

Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof

Lies Van Welde

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. André Alen

1. INLEIDING

Veel grondrechten worden nationaal via de Grondwet gewaarborgd. Daarnaast vinden heel wat grondrechten, die al dan niet reeds hun waarborg vinden in de Grondwet, tevens bescherming in internationale mensenrechtenverdragen. Indien een grondrecht zowel in de Grondwet als in een verdrag wordt gewaarborgd, is er sprake van ‘samenloop van grondrechten’. Een nadere precisering van dit begrip wordt in het eerste hoofdstuk gegeven. Daarbij aansluitend worden de verschillende vormen die samenloop kan aannemen uiteengezet. Wanneer zich een situatie van samenloop voordeed, heeft lange tijd onduidelijkheid geheerst over hoe de rechter die hiermee geconfronteerd werd, moest handelen. In een tweede paragraaf van het eerste hoofdstuk wordt uiteengezet hoe (verschillend) de rechtspraak deze lacune trachtte in te vullen.

Het probleem dat deze lacune en de uiteenlopende invulling ervan door de rechtspraak teweeg bracht, bleef niet houdbaar. Een tussenkomst van de wetgever werd onontbeerlijk en resulteerde in de invoering van een nieuwe paragraaf 4 in artikel 26 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof. In een tweede hoofdstuk zal de uiteindelijke keuze voor deze concrete oplossing nader worden besproken. Hierbij wordt nagegaan wat nu precies de gevolgen zijn die artikel 26, §4 met zich heeft meegebracht.

In het derde en laatste hoofdstuk wordt overgegaan tot een evaluatie van deze regeling. De discussies en verschillende denkpijpen die werden blootgelegd bij het zoeken naar de juiste oplossing die de bijzondere wetgever moest brengen, maken duidelijk dat het invoeren van artikel 26, §4 geen evidentie was. Het resultaat tracht tegemoet te komen aan verschillende visies en opinies. Graag zou ik toch de uitersten waartussen deze oplossing zich bevindt, nader onderzoeken en nagaan wat de verschillende bezwaren tegen deze posities zijn. Vervolgens wordt dan ook de vraag gesteld of de tussenoplossing die artikel 26, §4 opleverde een meerwaarde met zich meebrengt en worden de mogelijke problemen die door deze regeling kunnen rijzen besproken. Deze problemen situeren zich enerzijds op het vlak van de verenigbaarheid met het Europees

recht en anderzijds op het vlak van moeilijkheden die internrechtelijk (kunnen) rijzen.

Doorheen het ganse seminariewerk zal bij elk punt dat besproken wordt steeds veel aandacht uitgaan naar de verschillende visies, kritieken en voor- en nadelen die verschillende gevolgen met zich meebrengen, waarbij indien nodig ook de nodige nuanceringsen zullen worden aangebracht. Op die manier tracht ik een kritische analyse te bereiken en na te gaan of het reeds veelbesproken artikel 26, §4 haar doelstellingen waarmaakt en de oplossing biedt die ze beloofd werd te zijn.

2. PROBLEEMSTELLING

2.1. HET BEGRIP ‘SAMENLOOP VAN GRONDRECHTEN’

Samenloop van grondrechten doet zich voor wanneer een grondrecht zowel gewaarborgd wordt in de Grondwet als in een internationaal mensenrechtenverdrag¹. Dit geval moet dus duidelijk onderscheiden worden van de twee andere mogelijkheden, namelijk het geval waarin een grondrecht enkel en alleen zijn waarborg vindt in de Grondwet enerzijds, dan wel louter in het verdrag anderzijds. In geval van samenloop kunnen verschillende vormen worden onderscheiden, die hieronder worden toegelicht.

2.1.1. *Rechtstreekse of onrechtstreekse samenloop van grondrechten*

Rechtstreekse samenloop van grondrechten houdt in dat het gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in het geding zijn, in samenhang met het gelijkheidsbeginsel in internationale verdragsbepalingen met rechtstreekse werking, zoals bijvoorbeeld in artikel 26 BUPO en artikel 14 EVRM (hoewel dit laatste artikel een beperkter toepassingsgebied heeft). Onrechtstreekse samenloop daarentegen, wijst op de situatie waarin het gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod in het geding zijn in samenhang met een ander grondrecht dat in een verdrag is gewaarborgd². Het onderscheid tussen deze twee vormen van samenloop is van belang voor de wijze waarop het Grondwettelijk Hof te

¹ P. POPELIER, “Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?”, *R.W.* 2009-2010, 50; J. VELAERS, “Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet”, *R.W.* 2010-11, 771; J. VELAERS, “Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen”, *T.B.P.* 2005, 297.

² J. VELAERS, “Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen”, *T.B.P.* 2005, 304; J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, “De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten”, in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure, 2005, 104.

werk gaat bij de toetsing aan grondrechten en de houding van de rechtscolleges ten aanzien van samenloop van grondrechten.

2.1.2. Geheel of gedeeltelijk analoog gewaarborgd

Opdat er sprake zou zijn van samenloop van grondrechten is niet vereist dat het grondrecht geheel analoog is gewaarborgd in de Grondwet en in het verdrag, doch volstaat het dat het gedeeltelijk analoog is gewaarborgd.

Grondrechten zijn geheel analoog wanneer zij een gelijk toepassingsgebied, een gelijke draagwijdte en gelijke beperkingsvoorwaarden hebben. Een voorbeeld hiervan is het gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod in artikelen 10 en 11 GW in vergelijking met artikel 26 BUPO³. Daarentegen zijn grondrechten slechts gedeeltelijk analoog wanneer zij (deels) een gelijke draagwijdte maar een verschillend toepassingsgebied hebben. Hiervan kan opnieuw het discriminatieverbod in artikel 10 GW als voorbeeld dienen, doch dit keer in samenhang met artikel 14 EVRM. Dit laatste artikel heeft namelijk een beperkter toepassingsgebied, aangezien het enkel betrekking heeft op het genot van de rechten en vrijheden die vermeld zijn in het EVRM zelf. Grondrechten zijn eveneens gedeeltelijk analoog indien zij een gelijke draagwijdte hebben, maar verschillen in hun beperkingsvoorwaarden, zoals de vrijheid van meningsuiting in artikel 19 GW en artikel 10 EVRM⁴. Krachtens het beginsel van de ruimste rechtsbescherming moeten in dergelijk geval de beperkingsvoorwaarden cumulatief worden toegepast⁵.

2.2. SITUATIE VÓÓR ARTIKEL 26, §4

In het Belgische recht is er sprake van een dubbel toetsingssysteem inzake de toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan grondrechten. Deze dualiteit is historisch te verklaren⁶. In wat volgt, zal allereerst dit duale toetsingssysteem worden besproken. Daarna wordt vervolgd met een uiteenzetting van hoe de rechter in de praktijk te werk ging wanneer hij

³ Arbitragehof nr. 88/2004, 19 mei 2004.

⁴ T. MOONEN, "Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle", *Rev.b.dr.const.* 2011, afl. 2-3, 129; J. VELAERS, "Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten", *T.B.P.* 2010, afl. 7, 387.

⁵ J. VELAERS, "Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?", *T.B.P.* 2010, afl. 7, 388; J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *T.B.P.* 2005, 305; Zie onder meer: artikel 53 EVRM, artikel 5 BUPO, artikel 53 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

⁶ E. CLOOTS, "Samenloop van grondrechten. Is het einde van de 'guerre des juges' nabij?" *T.B.P.* 2006, 265; P. VAN ORSHOVEN, "Wie beoordeelt de schending van internationale mensenrechtenverdragen door de wetgevende macht?" *R.W.* 2007-2008, 878; J. VELAERS, "Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet", *R.W.* 2010-11, 771.

geconfronteerd werd met een geval van samenloop van grondrechten. Zoals zal blijken, gaf deze situatie aanleiding tot het ingrijpen van de wetgever. Hoewel in de rechtspraak namelijk aanvankelijk een *modus vivendi* was gegroeid, bleef het ontbreken van een regeling niet langer houdbaar toen een ‘guerre des juges’ leek te zijn ontstaan.

2.2.1. *Duaal toetsingssysteem: diffuse versus centrale toetsing*

Eenzijds is er in België een diffuus toetsingssysteem. Dit houdt in dat elke rechter, d.i. alle hoven en rechtbanken inclusief het Hof van Cassatie en alle administratieve rechtscolleges inclusief de Raad van State, bevoegd is om wetten, decreten en ordonnanties te toetsen aan internationale verdragsbepalingen met rechtstreekse werking⁷. Dit beginsel gaat terug tot 1971, waarbij het Hof van Cassatie in het arrest Franco-Suisse Le Ski, ook het ‘Smeerkaasarrest’ genoemd, oordeelde dat “wanneer het conflict bestaat tussen een internrechtelijke norm en een internationaalrechtelijke norm die rechtstreekse gevolgen heeft in de interne rechtsorde, de door het verdrag bepaalde regel moet voorgaan; dat deze voorrang volgt uit de aard zelf van het bij verdrag bepaald internationaal recht”⁸. Volgens het Hof van Cassatie moest dit ertoe leiden dat de rechter verplicht is om bij strijdigheid tussen de bepaling van het verdrag en de interne rechtsnorm, deze laatste buiten toepassing te laten⁹. Wat verdragen betreft, koos het Hof dus voor het monistische systeem¹⁰.

Anderzijds bestaat er een centraal toetsingssysteem. De bevoegdheid om wetten, decreten en ordonnanties te toetsen aan titel II van de Grondwet, is namelijk voorbehouden aan het Grondwettelijk Hof. Deze toetsing kan leiden tot de vernietiging van de getoetste normen, dan wel tot het antwoord op een prejudiciële vraag dat de norm de Grondwet schendt en dus buiten toepassing moet worden gelaten¹¹.

De bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof is niet altijd zo ruim geweest. Oorspronkelijk was het Grondwettelijk Hof (toen nog Arbitragehof), enkel bevoegd om toe te zien op de naleving van de bevoegdheidsverdelende regels. Sinds 1989 heeft het Hof echter eveneens de bevoegdheid om wetten, decreten

⁷ J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, “De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten”, in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure, 2005, 101.

⁸ Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, 967.

⁹ Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, 959.

¹⁰ M. TRAEEST, “Samenloop van grondrechten: artikel 26, §4 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof”, *N.J.W.* 2010, 132; J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 389.

¹¹ E. CLOOTS, “Samenloop van grondrechten. Is het einde van de ‘guerre des juges’ nabij?” *T.B.P.* 2006, 265.

en ordonnanties te controleren op hun verenigbaarheid met de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet. Vanaf dat ogenblik reeds, is het Grondwettelijk Hof begonnen aan een jurisprudentiële bevoegdheidsuitbreiding¹². Het Hof ging normen immers niet alleen toetsen aan artikelen 10 en 11 GW als zodanig, maar oordeelde dat de artikelen 10 en 11 GW een algemene draagwijdte hebben en elke discriminatie verbieden¹³. Op die manier achtte het Hof de artikelen 10 en 11 GW toepasselijk op alle rechten en vrijheden die aan de Belgen zijn toegekend, zowel deze die hun waarborg vinden in de Grondwet als deze die in internationale verdragen zijn neergelegd¹⁴. Hoewel het Hof nooit overging tot een rechtstreekse toetsing aan internationale verdragen, toetste het wel indirect aan deze verdragen, namelijk via artikel 10 en 11 GW, door te bepalen dat een schending van een grondrecht in een verdragsbepaling ten aanzien van een bepaalde categorie personen ook een schending van artikel 10 en 11 GW uitmaakt tegenover die personen wiens grondrecht niet geschonden is¹⁵. Ook om te toetsen aan de andere Grondwettelijke grondrechten, werd deze omweg gebruikt¹⁶.

In 2003 werd de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof nogmaals uitgebreid, dit keer tot alle bepalingen van titel II van de Grondwet evenals de artikelen 170, 172 en 191 GW. Aangezien het Hof nu rechtstreeks kon toetsen aan de andere grondrechten die in de Grondwet zijn gewaarborgd, was een onrechtstreekse toetsing via artikelen 10 en 11 GW, wat soms tot een verzochte omweg kon leiden, niet langer nodig¹⁷.

Wat de grondrechten in internationale verdragen echter betreft, kan het Hof nog steeds niet rechtstreeks toetsen en blijft een omweg nodig. Indien het gaat over grondrechten die gewaarborgd zijn in titel II van de Grondwet, leest het Hof deze in samenhang met de analoge verdragsbepalingen. Indien het gaat om grondrechten die niet neergelegd zijn in titel II van de Grondwet (bv. artikel 6 EVRM), worden deze nog steeds getoetst aan artikel 10 en 11 GW in samenhang gelezen met de internationale verdragsbepalingen. In beide gevallen worden de internationale verdragsbepalingen dus ruim betrokken bij de toetsing via een ‘verzoenende lezing’ dan wel via de artikelen 10 en 11 GW¹⁸. Het Hof stelt dat “wanneer een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een of meer van de voormelde

¹² A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 60-64.

¹³ Arbitragehof nr. 23/89, 13 oktober 1989; P. VANDEN HEEDEN en G. GOEDERTIER, “Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof?”, *T.B.P.* 2003, 459.

¹⁴ Arbitragehof nr. 18/90, 23 mei 1990.

¹⁵ Grondwettelijk Hof nr. 74/2010, 23 juni 2010, overweging B.27.1.

¹⁶ P. VANDEN HEEDEN en G. GOEDERTIER, “Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof?”, *T.B.P.* 2003, 459.

¹⁷ E. CLOOTS, “Samenloop van grondrechten. Is het einde van de ‘guerre des juges’ nabij?” *T.B.P.* 2006, 260; P. VANDEN HEEDEN en G. GOEDERTIER, “Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof?”, *T.B.P.* 2003, 463.

¹⁸ J. VELAERS, “Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen”, *T.B.P.* 2005, 299-303.

grondwetsbepalingen, de waarborgen vervat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel vormen met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen. De schending van een grondrecht houdt overigens *ipso facto* een schending in van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel. Daaruit volgt dat, wanneer een schending wordt aangevoerd van een bepaling van titel II of van de artikelen 170, 172 of 191 van de Grondwet, het Hof, bij zijn onderzoek, rekening houdt met internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen”¹⁹.

Aangezien de rechtsorde één geheel uitmaakt, is het feit dat het Grondwettelijk Hof bij zijn toetsing aan artikelen 10 en 11 GW en aan de andere bepalingen van titel II GW rekening houdt met de analoge internationaalrechtelijke verdragsbepalingen onvermijdelijk en zelfs wenselijk. Zo kan men immers komen tot een eenduidige interpretatie en op die manier vermijden dat men terugkeert naar de omweg via artikelen 10 en 11 GW²⁰. Bovendien zorgt deze samenlezing ervoor dat de Belgische grondrechten, die reeds dateren uit 1831, een actuele invulling krijgen, die beantwoordt aan hedendaagse standaarden inzake mensenrechtenbescherming²¹. Aangezien de interpretatie van het verdrag door het Grondwettelijk Hof ten slotte geen gezag van gewijsde heeft (nr. 50), moet geenszins afstand worden gedaan van deze samenlezing²².

2.2.2. *Van een modus vivendi naar een ‘guerre des juges’*

De combinatie van het diffuse met het centrale toetsingssysteem, deed de vraag rijzen naar hoe een rechter moest handelen wanneer hij geconfronteerd werd met een geval van samenloop van grondrechten. Het was onduidelijk of de hoven en rechtbanken, waaronder het Hof van Cassatie, evenals de administratieve rechtscolleges, waaronder de Raad van State, ook in dat geval verplicht waren een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid van de wettelijke norm met de Grondwet, dan wel (eerst) zelf mochten toetsen aan de rechtsreeks werkende verdragsbepalingen²³.

¹⁹ Arbitragehof nr. 136/2004, 22 juli 2004, overweging B.5.3. en B.5.4.; zie in dezelfde zin: Grondwettelijk Hof nr. 29/2010, 18 maart 2010; Grondwettelijk Hof nr. 105/2007, 19 juli 2007; Arbitragehof nr. 16/2005, 19 januari 2005; Arbitragehof nr. 162/2004, 20 oktober 2004; Arbitragehof nr. 158/2004, 20 oktober 2004.

²⁰ J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, “De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten”, in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure, 2005, 114.

²¹ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 406.

²² J. VELAERS, “Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet”, *R.W.* 2010-11, 794.

²³ J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, “De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten”, in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de*

Wat de houding van het Hof van Cassatie betreft ten aanzien van het al dan niet stellen van prejudiciële vragen in geval van samenloop van grondrechten en het erkennen van het gezag van gewijsde van de arresten van het Grondwettelijk Hof, zien we dat deze een zekere evolutie heeft doorgemaakt. Aanvankelijk waren zowel het Hof van Cassatie als de Raad van State steeds bereid om voorrang te verlenen aan de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof in geval van rechtstreekse samenloop. Men stelde immers steeds een prejudiciële vraag aan het Hof zonder eerst zelf te toetsen aan de internationale verdragsbepaling. Bovendien werd in dat geval het gezag van de gewijsde van de arresten van het Grondwettelijk Hof erkend. Het Hof van Cassatie en de Raad van State vonden het namelijk niet meer nodig om achteraf zelf nog een toetsing door te voeren aan de internationale verdragsbepaling. Op die manier leek een *modus vivendi* te zijn bereikt²⁴.

Na de reeds uiteengezette uitbreiding van de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof in 2003, namen de gevallen van rechtstreekse samenloop toe. In plaats van de vermelde houding inzake rechtstreekse samenloop door te trekken, leek het Hof van Cassatie deze handelswijze echter te veranderen in de arresten van 9 november 2004 en 16 november 2004²⁵.

In het arrest van 9 november 2004, de zogenaamde ‘Vlaams Blok-zaak’, werd opgeworpen dat de racismewet strijdig was met de vrijheid van meningsuiting, van vergadering en vereniging, zoals gewaarborgd in de grondwet en in het EVRM²⁶. In dit arrest werden vier verzoeken tot prejudiciële vraagstelling door het Hof van Cassatie afgewezen. Een van deze vier overwegingen luidde “dat de opgeworpen prejudiciële vraag niet dienstig is voor de beoordeling van de grief, zodat het Hof die vraag niet moet stellen”²⁷. Het Hof van Cassatie kan zich echter niet beroepen op de uitzondering van artikel 26 § 2, lid 3 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof op de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen “wanneer het rechtscollege meent dat het antwoord op de prejudiciële vraag niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen”. Deze weigering is aldus ongeoorloofd²⁸. Een andere overweging luidt “dat het EVRM primeert op de Grondwet; dat te dezen de Grondwet geen verdergaande

rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005, Brugge, Die Keure, 2005, 103.

²⁴ J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, “De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten”, in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure, 2005, 105-112 en 115-116.

²⁵ Cass. 9 november 2004; Cass. 16 november 2004, *Arr.Cass.* 2004, afl. 11, 1829, concl. DUINSLAEGER; P. POPELIER, “Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?”, *R.W.* 2009-2010, 50-51.

²⁶ VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 387.

²⁷ Cass. 9 november 2004, 23.

²⁸ F. MEERSSCHAUT, “De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet”, (noot onder Cass. 9 november 2004), *T.B.P.* 2005, 49.

eisen stelt (...) dan deze gesteld door het EVRM; dat in de eerste plaats het de rechter toekomt het EVRM uit te leggen en toe te passen; dat het Hof de opgeworpen vraag niet moet stellen”²⁹. Deze overweging is een doortrekking van de Franco-Suisse Le Ski-rechtspraak. MEERSSCHAUT stelt echter dat het Hof van Cassatie op deze manier “op flagrante wijze de exclusiviteit miskent die artikel 142 van de Grondwet aan het Arbitragehof heeft verleend om de grondwettigheid van de wetgevende normen te toetsen. Deze uitspraak is van aard de bevoegdheid van het Arbitragehof over prejudiciële vragen volledig uit te hollen”³⁰. Het is inderdaad zo dat het Hof van Cassatie aldus zelf de wet aan de Grondwet toetst en zich daarmee een bevoegdheid toe-eigent die voorbehouden is aan het Grondwettelijk Hof. Bovendien gaat de redenering dat een internationaal verdrag met rechtstreekse werking primeert op de Grondwet in dit geval niet op, aangezien in geval van grondrechten het beginsel van de ruimste rechtsbescherming geldt³¹.

In een arrest van 16 november 2004³² weigerde het Hof van Cassatie opnieuw een prejudiciële vraag te stellen op grond van soortgelijke overwegingen, namelijk: “de rechter is bevoegd om te oordelen dat een wet bestaanbaar is met een direct werkende verdragsbepaling; de Grondwet voorziet geen ruimere bescherming dan de betrokken verdragsbepaling; de wettelijke bepaling waarvan de schending met de Grondwet wordt opgeworpen is *in casu* bestaanbaar met het verdrag; een toetsing van de wet aan het verdragsrecht volstaat en de vraag om een prejudiciële vraag te stellen, moet worden verworpen”³³.

Het Hof toetste in deze arresten met andere woorden zelf de wet aan het EVRM, zonder eerst een prejudiciële vraag te stellen. Het was immers van oordeel dat een verdrag met rechtstreekse werking voorrang heeft op de Grondwet en dat, wanneer de Grondwet geen verdere eisen stelt dan de verdragsbepaling met rechtstreekse werking, een verdere toetsing van de wet aan de Grondwet overbodig is³⁴. Dit leidde tot grote rechtsonzekerheid en het ontstaan van risico’s op uiteenlopende interpretaties en tegenstrijdige uitspraken³⁵. Een tussenkomst van de wetgever drong zich op als enige

²⁹ Cass. 9 november 2004, 17.

³⁰ F. MEERSSCHAUT, “De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet”, (noot onder Cass. 9 november 2004), *T.B.P.* 2005, 51.

³¹ B. GORS, “Une cause de refus de renvoi préjudiciel: la primauté de la Convention européenne sur la constitution” *R.B.D.C.* 2005, 515-516.

³² Cass. 16 november 2004, *Arr.Cass.* 2004, afl. 11, 1829, concl. DUINSLAEGER.

³³ Cass. 16 november 2004, 3.

³⁴ M. TRAEEST, “Samenloop van grondrechten: artikel 26, §4 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof”, *N.J.W.* 2010, 133; P. VAN ORSHOVEN, “Wie beoordeelt de schending van internationale mensenrechtenverdragen door de wetgevende macht?” *R.W.* 2007-2008, 878.

³⁵ M. TRAEEST, “Samenloop van grondrechten: artikel 26, §4 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof”, *N.J.W.* 2010, 131.

mogelijkheid om een einde te maken aan de ‘guerre des juges’ die leek te zijn ontstaan³⁶.

3. TUSSENKOMST VAN DE BIJZONDERE WETGEVER: ARTIKEL 26, §4 VAN DE BIJZONDERE WET OP HET GRONDWETTELIJK HOF

De uiteindelijke invoeging van paragraaf 4 in artikel 26 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof op grond van de bijzondere wet van 12 juli 2009, kwam tot stand naar aanleiding van een voorstel, gebaseerd op de verslagen van de werkzaamheden van een werkgroep die zich boog over de problematiek inzake ‘samenloop van grondrechten’³⁷. Deze werkgroep bestond uit zowel academici en advocaten als magistraten van zowel het Grondwettelijk Hof als het Hof van Cassatie en de Raad van State. In dit hoofdstuk wordt besproken op welke manier het nieuwe artikel 26, §4 situaties van samenloop van grondrechten aanpakt. Achtereenvolgens wordt dan ook uiteengezet welk principe de regeling vooropstelt en hoe een rechter aldus te werk moet gaan, wat de concrete draagwijdte van de regeling is en welke de uitzonderingen hierop zijn.

3.1. PRINCIPE: EEN VOORRANGSREGELING

Artikel 26, §4, lid 1 bepaalt dat *“wanneer voor een rechtscollege wordt opgeworpen dat een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel een grondrecht schendt dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een bepaling van Europees of internationaal recht, het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag stelt over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet”*.

Deze regeling maakt duidelijk wat een rechter moet doen indien hij geconfronteerd wordt met de mogelijke schending van een grondrecht dat zijn waarborg vindt in de Grondwet en op analoge wijze wordt gewaarborgd in een internationaal verdrag. De rechter zal in elk geval eerst een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof over de verenigbaarheid van een norm met de grondrechten uit titel II van de Grondwet. Deze bepaling houdt

³⁶ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 387.

³⁷ J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, “De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten”, in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure, 2005, 99-123.

aldus een voorrangregeling in³⁸. Op die manier moet worden vermeden dat zich een herhaling voordoet van de rechtspraak in de arresten van november 2004 en tracht men terug te keren naar de *modus vivendi* waarvan sprake was voor deze rechtspraak³⁹.

Vooraleer de gewone rechter overgaat tot de toetsing van een bepaling aan het verdrag, dient hij een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof wiens bevoegdheid om normen te toetsen aan de Grondwet op die manier wordt gevrijwaard. Nadien kan de verwijzende rechter alsnog overgaan tot een toetsing aan de analoge verdragsbepaling. Dit zal echter overbodig zijn wanneer het Grondwettelijk Hof reeds een schending vaststelde van de Grondwet, waardoor de desbetreffende bepaling buiten toepassing dient te worden gelaten. Stelde het Hof echter geen schending vast, dan blijft de gewone rechter de bevoegdheid behouden om over te gaan tot een toetsing aan het verdrag⁴⁰. Er wordt dus, zoals ook werd bevestigd tijdens de parlementaire voorbereiding⁴¹, geenszins afbreuk gedaan aan de Franco-Suisse Le Ski-doctrine.

Zoals vermeld, betreft het Grondwettelijk Hof bij zijn toetsing aan titel II van de Grondwet in ruime mate analoge verdragsbepalingen, via een onrechtstreekse toetsing en verdragsconforme interpretatie, aangezien deze een onlosmakelijke geheel vormen met de interne grondrechten. Het Grondwettelijk Hof krijgt via de nieuwe regeling niet de bevoegdheid om rechtstreeks te toetsen aan het verdrag. Deze bevoegdheid blijft toebehoren aan de gewone rechter, die na het ontvangen van het antwoord op de prejudiciële vraag dat er geen schending van de Grondwet voorligt, de bevoegdheid blijft behouden om de verenigbaarheid na te gaan van de norm met het verdrag⁴².

3.2. DRAAGWIJDTE

Artikel 26, §4 is van toepassing in elk geval van samenloop, zij het rechtstreeks of onrechtstreeks, zij het in geval van geheel of gedeeltelijk analoog gewaarborgde grondrechten. Of er al dan niet sprake is van samenloop

³⁸ N. CARIAT, “Quelques réflexions quant à la compatibilité de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle avec le droit de l’Union européenne”, *J.T.* 2011, afl. 6446, 574; T. MOONEN, “Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle”, *Rev.b.dr.const.* 2011, afl. 2-3, 117.

³⁹ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 391.

⁴⁰ J. VELAERS, “Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet”, *R.W.* 2010-11, 791; J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 401.

⁴¹ Parl.St. Senaat, BZ 2007, nr. 4-12/1, p. 4-5.

⁴² T. MOONEN, “Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle”, *Rev.b.dr.const.* 2011, afl. 2-3, 124.

moet steeds *in concreto* worden nagegaan⁴³. Indien een grondrecht louter door een verdrag wordt gewaarborgd zonder dat dit tevens binnen het toepassingsgebied van de Grondwet valt, geldt onverkort de Franco-Suisse Le Ski-doctrine. Elke rechter kan dan toetsen aan de rechtstreeks werkende verdragsbepaling zonder dat een prejudiciële vraag moet worden gesteld aan het Grondwettelijk Hof, gezien het ontbreken van samenloop. Indien een grondrecht enkel wordt gewaarborgd door de Grondwet en er dus geen (gedeeltelijk) analoge verdragsbepaling is, moet de rechter wel degelijk een prejudiciële vraag stellen. Dit echter op grond van artikel 26 § 1, 3^o en niet op grond van artikel 26, §4, aangezien ook in dit geval geen sprake is van samenloop⁴⁴.

De plicht voor elke rechter, en dus ook voor het Hof van Cassatie, om in geval van samenloop van grondrechten eerst een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, strekt zich eveneens uit tot die gevallen waarin niet uitdrukkelijk door de partijen wordt opgeworpen dat het grondrecht dat in het geding is zowel zijn waarborg vindt in de Grondwet als in het verdrag. De rechter moet met andere woorden ambtshalve nagaan of er sprake is van samenloop en artikel 26, §4 van toepassing is en moet dan ook ambtshalve een prejudiciële vraag stellen, ongeacht of dit de wens is van de partijen. Men wil hiermee vermijden dat partijen door al dan niet samenloop van grondrechten in te roepen, zouden kunnen bepalen welke rechter over hun zaak uitspraak zou doen⁴⁵.

Dit lijkt echter op gespannen voet te staan met artikel 1080 van het Gerechtelijk Wetboek. Dit artikel bepaalt: “*Het verzoekschrift, dat zowel op het afschrift als op het origineel door een advocaat bij het Hof van Cassatie is ondertekend, bevat de uiteenzetting van de middelen van de eiser, zijn conclusie en de vermelding van de wettelijke bepalingen waarvan de schending wordt aangevoerd, een en ander op straffe van nietigheid*”. Krachtens deze bepaling lijkt het niet mogelijk dat het Hof van Cassatie zomaar buiten de grenzen treedt van de middelen die de partijen uitdrukkelijk hebben opgeworpen door ambtshalve onderzoek te voeren naar mogelijke samenloop⁴⁶.

⁴³ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 392-393.

⁴⁴ *Ibid.*, 392.

⁴⁵ *Ibid.*, 395; J. VELAERS, “Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet”, *R.W.* 2010-11, 774.

⁴⁶ P. POPELIER, “Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?”, *R.W.* 2009-2010, 52; M. TRAEEST, “Samenloop van grondrechten: artikel 26, §4 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof”, *N.J.W.* 2010, 132-133; J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 395.

De bijzondere wetgever heeft echter duidelijk de bedoeling gehad dat de verplichting om ambtshalve te onderzoeken of er sprake is van samenloop en daaropvolgend een prejudiciële vraag te stellen ook geldt voor het Hof van Cassatie en de Raad van State. Zo werd namelijk een amendement verworpen dat bepaalde dat geen afbreuk zou worden gedaan aan artikel 1080 Ger.W.⁴⁷ Bovendien werd de Franstalige tekst van het artikel aangepast in de zin van de Nederlandstalige tekst, die deze ambtshalve verplichting duidelijker zou inhouden⁴⁸.

Daarnaast zou het nieuwe artikel 26, §4 gelden als een *lex specialis* die aldus voorrang heeft op artikel 1080 Ger.W. Dit werd eveneens bevestigd in een advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State⁴⁹. Hoewel de Raad van State tevens de aanbeveling gaf om de voorrang van artikel 26, §4 en de bedoeling om de ambtshalve verplichting door te trekken naar het Hof van Cassatie duidelijk in de wettekst te omschrijven, werd dit niet gevolgd⁵⁰. Volgens VELAERS kan hierover echter geen twijfel bestaan en is de tekst van artikel 26, §4 duidelijk genoeg, gelet op de wet zelf en de parlementaire voorbereiding⁵¹.

Waar de bedoeling van de wetgever wellicht duidelijk is, heerst er over de vraag of artikel 26, §4 een *lex specialis* uitmaakt en op die manier voorgaat op de specifieke procedureregels voor het Hof van Cassatie echter meer discussie. Volgens TRAEST is dit argument niet overtuigend. Hij wijst ten eerste op het ontbreken van een uitdrukkelijke vermelding van deze voorrang in de wettekst. Daarenboven stelt hij zich de vraag of het “te vermetel is te stellen dat artikel 1080 Gerechtelijk Wetboek als specifiek procedurevoorschrift voor de cassatieprocedure de *lex specialis* is in vergelijking met het algemenere – want op alle rechtscolleges van toepassing zijnde – artikel 26 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof”⁵². Zoals hij zelf zegt, maakt dit in elk geval duidelijk dat het niet evident is om op te werpen dat het wel degelijk om een *lex specialis* zou gaan. Ten slotte rijst volgens hem de vraag of er geen ongelijkheid zou ontstaan. Immers: “waarom zou het Hof van Cassatie dan enkel in het geval waarin de eiser in cassatie schending van een grondrecht uit een internationaal verdrag inroept verder moeten gaan en ambtshalve moeten onderzoeken of er geen analoog grondrecht uit de Grondwet bestaat, terwijl dergelijk,

⁴⁷ *Parl. Hand.*, Senaat, 2007-2008, 26 juni 2008, 4-36, 36-37, 39 (Defraigne).

⁴⁸ Verslag, *Parl. St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 37.

⁴⁹ Advies R.v.St., Algemene Vergadering, 3 maart 2009, *Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, 1283/2, 24-25.

⁵⁰ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 397.

⁵¹ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 396-397; zie ook M.F. RIGAUX, “Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux: vers un renforcement du monopole du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle”, *J.T.* 2009, 650.

⁵² M. TRAEST, “Samenloop van grondrechten: artikel 26, §4 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof”, *N.J.W.* 2010, 134.

verdergaand onderzoek buiten dit geval niet mogelijk zou zijn⁵³? Ook POPELIER kaart het gevaar aan van het gebrek aan eenduidigheid wat betreft de ambtshalve verplichting van het Hof van Cassatie en het ontbreken van een uitdrukkelijk bepaling hieromtrent. Zij stelt dat “het Hof van Cassatie, zolang de partijen zelf niets opwerpen, een verwijzingsplicht kan ontduiken door zelf te zwijgen over een eventuele analoge bepaling in de Grondwet⁵⁴”.

Deze kritische stellingen leveren in elk geval stof tot nadenken. Welke stelling men ook aanhangt, het weze duidelijk dat een weigering door het Hof van Cassatie om ambtshalve een verdergaand onderzoek naar samenloop te voeren, in elk geval een miskenning zou zijn van het advies van de Raad van State en zou ingaan tegen de bedoeling van de bijzondere wetgever⁵⁵.

3.3. UITZONDERINGEN

3.3.1. *De uitzonderingen die gelden wanneer geen sprake is van samenloop van grondrechten*

De nieuwe regeling doet geen afbreuk aan de uitzonderingen die reeds golden voor de verplichting van het stellen van prejudiciële vragen buiten het geval van samenloop van grondrechten. Deze uitzonderingen, die neergelegd zijn in §§ 2 en 3 van artikel 26 luiden als volgt:

§2

1° wanneer de zaak niet door het betrokken rechtscollege kan worden behandeld om redenen van onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid, tenzij wanneer die redenen ontleend zijn aan normen die zelf het onderwerp uitmaken van het verzoek tot het stellen van de prejudiciële vraag;

2° wanneer het Grondwettelijk Hof reeds uitspraak heeft gedaan op een vraag of een beroep met een identiek onderwerp.

Het rechtscollege waarvan de beslissing vatbaar is voor, al naar het geval, hoger beroep, verzet, voorziening in cassatie of beroep tot vernietiging bij de Raad van State, is daartoe evenmin gehouden wanneer de wet, het decreet of de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel een regel of een artikel van de Grondwet bedoeld in § 1 klaarblijkelijk niet schendt of wanneer het rechtscollege meent dat het antwoord op de prejudiciële vraag niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen.

⁵³ *Ibid.*, 134.

⁵⁴ P. POPELIER, “Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?”, *R.W.* 2009-2010, 55.

⁵⁵ T. MOONEN, “Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle”, *Rev.b.dr.const.* 2011, afl. 2-3, 127-129.

§ 3

Behalve wanneer ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid van een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel met een van de in § 1 bedoelde regels of artikelen van de Grondwet en geen vraag of beroep met hetzelfde onderwerp bij het Hof aanhangig is, is een rechtscollege zowel in het geval de vordering spoedeisend is en de uitspraak over de vordering slechts een voorlopig karakter heeft, als in het geval het een procedure ter beoordeling van de handhaving van de voorlopige hechtenis betreft, er niet toe gehouden een prejudiciële vraag te stellen.

Wanneer een norm de Grondwet klaarblijkelijk niet schendt, spreekt men van een ‘*acte clair*’. In dat geval en in het geval waarin het stellen van de prejudiciële vraag niet pertinent is of niet noodzakelijk om uitspraak te kunnen doen, zijn de lagere rechters vrijgesteld van de verplichting tot het stellen van een prejudiciële vraag. Uit bovenstaande uitzonderingen blijkt dat de wetgever duidelijk strenger is voor de hoogste rechtscolleges, die ook in deze gevallen verplicht blijven een prejudiciële vraag te stellen.

3.3.2. De uitzonderingen die gelden in geval van samenloop van grondrechten

Naast het hernemen van bovenstaande uitzonderingen, werden daarenboven drie nieuwe uitzonderingen voorzien die enkel gelden in geval van samenloop.

Artikel 26, §4, lid 2 bepaalt:

“In afwijking van het eerste lid geldt de verplichting een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof niet:

1° in de gevallen bedoeld in de paragrafen 2 en 3;

2° wanneer het rechtscollege oordeelt dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk niet geschonden is;

3° wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van een internationaal rechtscollege blijkt dat de bepaling uit het Europees of internationaal recht klaarblijkelijk geschonden is;

4° wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk geschonden is.

Hier ziet men dat de uitzonderingen die gelden op de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen niet alleen talrijker zijn, maar tevens worden uitgebreid naar de hoogste rechtscolleges. Op die manier tracht men tegemoet te komen aan de noodzaak van een vlotte rechtsbedeling en moet vermeden worden dat de ‘redelijke termijn’ in het gedrang komt⁵⁶.

⁵⁶ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 398.

a. Klaarblijkelijke niet-schending van de Grondwet

Wanneer er sprake is van samenloop, zijn nu ook het Hof van Cassatie en de Raad van State niet langer verplicht een prejudiciële vraag te stellen in geval van klaarblijkelijke niet-schending. Deze uitzondering is een uitbreiding van de ‘*acte clair*’-theorie die reeds in paragraaf 2 was neergelegd en vereist aldus dat de niet-schending ‘manifest’ is.

Deze uitzondering heeft tot veel vragen en kritiek geleid. Ten eerste heeft het rechtscollege, inclusief het Hof van Cassatie, wanneer het tot niet-schending besluit, geen enkele controlebevoegdheid, noch grondwettelijk, noch verdragsrechtelijk. Dit brengt risico’s met zich mee. Het valt namelijk moeilijk in te zin hoe een rechter enerzijds kan besluiten tot een manifeste niet-schending van de Grondwet en anderzijds van oordeel kan zijn dat er wel degelijk een schending is van de verdragsbepaling⁵⁷.

Daarnaast moet er opdat de rechter zich op de uitzondering kan beroepen, een grondige motivering aan ten grondslag liggen, waarbij men niet kan volstaan met een loutere verwijzing naar de wetsbepaling die de uitzondering bevat. De motivering moet integendeel omstandig en pertinent zijn⁵⁸. Deze motiveringsverplichting werd echter niet uitdrukkelijk in de wet opgenomen.

Bovendien heerst er onduidelijkheid over wanneer een niet-schending nu precies ‘manifest’ is. Dit is echter een zeer belangrijke vraag. Wanneer immers het Hof van Cassatie besluit tot een klaarblijkelijke niet-schending en aldus geen prejudiciële vraag stelt, heeft dit tot belangrijk gevolg dat het Grondwettelijk Hof zich niet langer kan uitspreken en dus niet langer het laatste woord heeft over de toetsing aan de Grondwet⁵⁹. POPELIER stelt zeer kritisch dat deze regeling die net tot doel had om het in de Grondwet verankerde toetsingsmonopolie van het Grondwettelijk Hof om normen te toetsen aan de Grondwet te vrijwaren, in tegendeel tot gevolg heeft dat dit monopolie wordt afgezwakt⁶⁰. Waar de bijzondere wetgever, zoals reeds

⁵⁷ T. MOONEN, “Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle”, *Rev.b.dr.const.* 2011, afl. 2-3, 134-135; M.F. RIGAUX, “Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux: vers un renforcement du monopole du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle”, *J.T.* 2009, 650.

⁵⁸ T. MOONEN, “Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle”, *Rev.b.dr.const.* 2011, afl. 2-3, 135; P. POPELIER, “Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?”, *R.W.* 2009-2010, 54; J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 399.

⁵⁹ T. MOONEN, “Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle”, *Rev.b.dr.const.* 2011, afl. 2-3, 133-134.

⁶⁰ P. POPELIER, “Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?”, *R.W.* 2009-2010, 54-55.

vermeld, een terugkeer beoogde naar de *modus vivendi* van voor de Cassatie-arresten van 2004, merkt POPELIER op dat de positie van het Grondwettelijk Hof nu echter nog zwakker is. Immers, het Hof van Cassatie toetste normen aan rechtstreeks werkende verdragen, maar stelde wel nog prejudiciële vragen indien de Grondwet een ruimere bescherming bood of indien het een geval betrof van rechtstreekse samenloop waarbij louter het gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod in het geding waren. Nu kan het Hof van Cassatie echter zelf deze grondwettigheidstoets doorvoeren en hoeft het enkel nog een prejudiciële vraag te stellen indien het een schending vermoedt⁶¹. Naar mijn mening haalt deze auteur een sterk punt aan, doch moet dit genuanceerd worden in die zin dat het Hof van Cassatie in de arresten van 2004 ook reeds een zekere grondwettigheidstoets doorvoerde die enkel aan het Grondwettelijk Hof toekwam. In elk geval heeft de creativiteit die het Hof van Cassatie in het verleden hanteerde om prejudiciële vragen te vermijden, bij velen tot de vrees geleid dat het Hof (te) gretig gebruik zou maken van deze nieuwe uitzondering.

Ten slotte wordt geoordeeld, door verschillende auteurs maar tevens door de Raad van State, dat het incoherent is om de ‘*acte clair*’-theorie in geval van samenloop door te trekken naar de hoogste rechtscolleges zodat dit een algemene uitzondering wordt, terwijl dit niet het geval is in paragraaf 2⁶². Wanneer er geen sprake is van samenloop, kunnen de hoogste rechtscolleges zich dus nog steeds niet beroepen op de uitzondering van klaarblijkelijke niet-schending.

VELAERS kaart deze kritieken aan en wijst hen af als zijnde niet overtuigend. Hij wijst terecht op het belang van het eerbiedigen van de ‘redelijke termijn’ en daarbij aansluitend het belang om niet-pertinente vragen te vermijden⁶³. Hij verwijst hiervoor naar het arrest CILFIT van het Hof van Justitie. Het Hof stelde hierin dat “de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident kan zijn dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost”. Een rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep moet dan ook geen prejudiciële vraag stellen “wanneer zij heeft vastgesteld (...) dat de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident is dat redelijkerwijze geen

⁶¹ *Ibid.*, 54-55.

⁶² Advies R.v.St., Algemene Vergadering, 3 maart 2009, *Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, 1283/2, nr. 22; T. MOONEN, “Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle”, *Rev.b.dr.const.* 2011, afl. 2-3, 134-135; P. POPELIER, “Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?”, *R.W.* 2009-2010, 51; M.F. RIGAUX, “Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux: vers un renforcement du monopole du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle”, *J.T.* 2009, 650; J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 400.

⁶³ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 399.

ruimte voor twijfel kan bestaan”⁶⁴. De auteur stelt echter zelf, net zoals MOONEN, die naar hetzelfde arrest verwijst, dat het Hof van Justitie als enige kan waken over de uniforme toepassing en uitlegging van het recht in de Unie in de verschillende lidstaten, waardoor een filter tussen het nationale en supranationale niveau nodig is. In België daarentegen, kunnen het Hof van Cassatie en de Raad van State hierop toezien zodat het risico van uiteenlopende rechtspraak veel kleiner is⁶⁵. Bovendien stelt MOONEN dat er op Unieniveau geen sprake is van incoherentie, aangezien deze uitzondering algemeen is en niet beperkt blijft tot welbepaalde vragen⁶⁶.

Wat de vrees betreft inzake het overvloedig aanwenden van deze uitzondering door het Hof van Cassatie, wijst de VELAERS zelf op het feit dat het Hof in het verleden inderdaad zeer bedreven bleek in het vermijden van prejudiciële vragen. Wat hij echter, naar mijn mening terecht, opmerkt is dat dit wel eens net het gevolg zou kunnen zijn van de strenge regeling en de bezorgdheid van het Hof van Cassatie om uitspraak te doen binnen de redelijke termijn, waardoor het zich gedwongen voelde om nutteloze vragen te vermijden⁶⁷.

Ten slotte betreurt ook hij de incoherentie die gecreëerd werd door de uitzondering enkel door te trekken op het vlak van samenloop⁶⁸. Hoewel VELAERS niet overtuigd zegt te zijn van de verschillende kritieken, gaat hij blijkbaar toch met verschillende punten akkoord.

b. Klaarblijkelijke schending van het internationaal recht of van de Grondwet

De twee laatste bijkomende uitzonderingen hebben betrekking op een manifeste schending van een bepaling van internationaal en Europees recht (zowel verdragen als afgeleid internationaal recht) of van titel II van de Grondwet. Deze uitzondering verwijst naar de theorie van de ‘*acte éclairé*’. Het is namelijk vereist dat men de klaarblijkelijke schending kan vaststellen op grond van een arrest van een internationaal rechtscollege, zoals bv. het Europees Hof voor de Rechten van de Mens of het Hof van Justitie, resp. van het Grondwettelijk Hof, waarin deze schending reeds werd verduidelijkt. Wat de arresten van internationale rechtscolleges betreft, zal niet altijd duidelijk

⁶⁴ HvJ nr. 283/81, 6 oktober 1982 (Cilfit e.a. / Ministerie van Volksgezondheid).

⁶⁵ T. MOONEN, “Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle”, *Rev.b.dr.const.* 2011, afl. 2-3, 135; J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 399-400.

⁶⁶ T. MOONEN, “Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle”, *Rev.b.dr.const.* 2011, afl. 2-3, 135.

⁶⁷ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 400.

⁶⁸ *Ibid.*, 400.

zijn in welke mate deze kunnen worden toegepast op een internrechtelijke situatie. Het is niet vereist dat dit rechtscollege zich specifiek over de in het geding zijnde Belgische wet heeft uitgesproken, maar het zou in tegendeel volstaan indien er reeds een uitspraak voorhanden is over een vergelijkbare buitenlandse wet⁶⁹.

4. EVALUATIE. APPRECIATIE VAN EN KRITIEK OP ARTIKEL 26, §4

In wat voorafging, werd de regeling die artikel 26, §4 vooropstelt, besproken. Hierbij werd de focus gelegd op wat de bepaling concreet tracht te bereiken. In dit laatste hoofdstuk wordt deze regeling echter van op enige afstand benadert. Zo zal ten eerste het compromiskarakter van de bepaling in het licht worden geplaatst en zal worden ingegaan op de keuze voor een combinatie van het diffuse met het centrale toetsingssysteem. Daaropvolgend worden enkele kritieken, vragen en twijfels besproken, die deze regeling deed opwaaien. Naast vragen omtrent de verenigbaarheid van deze voorrangregeling met het Europese recht, bracht artikel 26, §4 ook op internrechtelijk vlak gevolgen met zich mee. Na een uitvoerige bespreking van de geldigheid naar Europees recht, wordt kort ingegaan op deze interne kwesties.

4.1. GEEN VOLLEDIG DIFFUUS DAN WEL CENTRAAL TOETSINGSSYSTEEM.

Artikel 26 §4 tracht een compromis te bereiken door te zoeken naar een middenweg tussen verschillende visies en belangen. Er werd niet gekozen voor hetzij enkel een centrale toetsing, hetzij enkel een diffuse toetsing. In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de vraag of het doorvoeren van een volledig centraal dan wel diffuus systeem mogelijk en wenselijk zou zijn en of de middenweg die artikel 26, §4 biedt een meerwaarde met zich meebrengt.

4.1.1. Bezwaren tegen een volledig centraal toetsingssysteem

Kiezen voor een volledig centraal systeem zou impliceren dat het Grondwettelijk Hof een toetsingsmonopolie verkrijgt inzake grondrechten⁷⁰.

Naar aanleiding van de uitbreiding van de toetsingsmogelijkheden van het Grondwettelijk Hof in 2003, werd reeds een voorstel gedaan tot het invoegen van een artikel 32*bis* in de Grondwet, dat het EVRM zou constitutionaliseren⁷¹. De bevoegdheidsuitbreiding die vervolgens zou worden

⁶⁹ *Ibid.*, 398.

⁷⁰ E. CLOOTS, “Samenloop van grondrechten. Is het einde van de ‘guerre des juges’ nabij?” *T.B.P.* 2006, 269.

⁷¹ Zie het voorstel tot herziening van de Grondwet: *Parl. St.* Senaat, 2000-2001, 575/1.

doorgevoerd, zou dan eveneens betrekking hebben op dit nieuwe artikel, wat tot gevolg zou hebben gehad dat het Grondwettelijk Hof een toetsingsmonopolie zou krijgen inzake grondrechten⁷². Daardoor zou elke rechter, inclusief het Hof van Cassatie en de Raad van State, verplicht zijn hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof⁷³. Dit voorstel stootte echter op veel bezwaren.

Ten eerste zou het voorstel strijdig zijn met artikel 142 van de Grondwet⁷⁴. Dit artikel bepaalt dat de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof kan worden uitgebreid tot andere bepalingen van de Grondwet, doch niet tot internationale verdragen. Daarnaast zou afbreuk worden gedaan aan het beginsel dat elke rechter kan toetsen aan internationale verdragsbepalingen met rechtstreekse werking en daarmee strijdige normen buiten toepassing kan laten. Zo zou dus, wat het EVRM betreft, afstand worden gedaan van de Franco-Suisse Le Ski-doctrine⁷⁵. Dit beginsel wordt echter beschouwd als zijnde een algemeen rechtsbeginsel en zelfs een algemeen beginsel van constitutioneel recht. In die zin kan de wetgever er geen afbreuk aan doen, maar is hiervoor een herziening van de Grondwet vereist, aangezien dit beginsel hiërarchisch boven de bijzondere wet, doch onder de Grondwet staat⁷⁶. Bovendien staat een regeling die het niet mogelijk maakt dat elke rechter de mogelijkheid heeft om te toetsen aan internationale verdragen, en meer bepaald aan wetten die in het kader van het Unierecht worden uitgevaardigd, op gespannen voet met het Europees recht en de rechtspraak van het Hof van Justitie. Die bepaalt immers dat elke rechter de mogelijkheid moet hebben om normen te toetsen aan het Unierecht en hiermee strijdige normen buiten toepassing moet kunnen laten om de werking van het Unierecht te verzekeren⁷⁷. Een volledig centrale toetsing zou trouwens geen garantie zijn voor een uniforme interpretatie van grondrechten, aangezien deze niet alleen in het EVRM zijn neergelegd, maar tevens in andere verdragen op dewelke artikel 32*bis* geen betrekking had⁷⁸.

⁷² P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 151.

⁷³ P. VANDEN HEEDEN en G. GOEDERTIER, "Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof?", *T.B.P.* 2003, 461-463; J. VELAERS, "Het Arbitragehof 'derde fase': de Bijzondere Wet van 9 maart 2003", *R.W.* 2003-04, 1406.

⁷⁴ G. MAES, "De uitbreiding door het Arbitragehof van zijn referentienormen met alle verdragsrechtelijke grondrechtenbepalingen die België verbinden", *R.W.* 2004-05, 875; J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *T.B.P.* 2005, 299.

⁷⁵ P. POPELIER, "Wie is de hoeder van onze grondrechten?", noot onder Cass. 16 november 2004, *R.W.* 2005-06, 388; J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *T.B.P.* 2005, 298.

⁷⁶ J. VELAERS, "Het Arbitragehof 'derde fase': de Bijzondere Wet van 9 maart 2003", *R.W.* 2003-04, 1406.

⁷⁷ HvJ nr. 106/77, 9 maart 1978 (*Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal*), *Jur.* 1978, 629; J. VELAERS, "Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscollages bij samenloop van grondrechten?", *T.B.P.* 2010, afl. 7, 390.

⁷⁸ P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 76-78.

Het voorstel werd uiteindelijk ingetrokken. De verschillende bezwaren die werden opgeworpen, tonen aan dat het doorvoeren van een louter centraal systeem ook nu geen optie zou zijn geweest.

4.1.2. Bezwaren tegen een volledig diffuus toetsingsstelsel

Het doorvoeren van een volledig diffuus systeem zou impliceren dat het Grondwettelijk Hof zou worden opgeheven of minstens zijn bevoegdheid zou verliezen om te toetsen aan titel II van de Grondwet⁷⁹.

Het toetsingsmonopolie inzake grondwettigheidscontrole door het Grondwettelijk Hof is echter een belangrijke verworvenheid en maakt integraal deel uit van onze Belgische rechtsstaat⁸⁰. Bovendien biedt het Grondwettelijk Hof enkele belangrijke waarborgen die de gewone rechter niet biedt. Zo zijn er ten eerste verschillende waarborgen met betrekking tot de onafhankelijkheid van het Hof⁸¹. De leden van het Hof worden namelijk voor het leven benoemd⁸² en kunnen slecht uit hun ambt worden ontzet of worden geschorst bij wijze van een arrest dat in voltallige zitting wordt uitgesproken⁸³. Daarnaast is er een strikte regeling inzake onverenigbaarheden⁸⁴ en is er bovendien een sterke financiële onafhankelijkheid⁸⁵. Ook de samenstelling van het Hof is van belang. Zo zetelen er evenveel Nederlandstalige als Franstalige rechters⁸⁶ en zijn deze rechters zowel juristen als politici⁸⁷. Het Hof bestaat uit twaalf rechters die allen deelnemen aan de belangrijkste deliberaties en van wie er minstens zeven rechters steeds zetelen⁸⁸. Ten slotte hebben de arresten van het Grondwettelijk Hof die vaststellen dat de Grondwet geschonden is belangrijke gevolgen. Deze zijn immers niet alleen bindend ten aanzien van de rechter die de prejudiciële vraag zelf gesteld heeft en aldus de strijdige

⁷⁹ J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, “De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten”, in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure 2005, 119.

⁸⁰ E. CLOOTS, “Samenloop van grondrechten. Is het einde van de ‘guerre des juges’ nabij?” *T.B.P.* 2006, 269.

⁸¹ C. COURTOY, “De betrekkingen tussen de grondwettelijke hoven en de andere nationale rechtscolleges, met inbegrip van de interferentie, terzake, van het optreden van de Europese rechtscolleges”, *T.B.P.* 2002, 375.

⁸² Artikel 32 bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof, 6 januari 1989, *B.S.* 7 januari 1989.

⁸³ Artikel 49 en 56 bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof.

⁸⁴ Artikel 44 tot 48 bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof.

⁸⁵ C. COURTOY, “De betrekkingen tussen de grondwettelijke hoven en de andere nationale rechtscolleges, met inbegrip van de interferentie, terzake, van het optreden van de Europese rechtscolleges”, *T.B.P.* 2002, 375.

⁸⁶ Artikel 31 bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof.

⁸⁷ Artikel 34 bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof.

⁸⁸ M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, “Het Grondwettelijk Hof en samenloop van grondrechten na Melki en Chartry”, in *Liber Americum. Jo Stevens*, Brugge, Die Keure, 2011, 91; P. POPELIER, “Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?”, *R.W.* 2009-2010, 59.

bepaling buiten toepassing dient te laten. Ook elke andere rechter kan dit doen, zonder eerst zelf nog een prejudiciële vraag te moeten stellen, voor zover de rechter zich conformeert aan het arrest⁸⁹. Daarnaast wordt de termijn om een beroep tot vernietiging in te stellen heropend⁹⁰. Een uitspraak van een gewone rechter zou daarentegen veel minder rechtszekerheid bieden, aangezien deze slechts gezag heeft *inter partes*, daarnaast de procesgang jarenlang kan aanslepen in beroep en in cassatie en bovendien in de tussentijd door andere rechters tegenstrijdige uitspraken kunnen worden geveld⁹¹.

Men mag dus niet over het hoofd zien dat het opheffen van het Grondwettelijk Hof of minstens het ontzeggen van de bevoegdheid om te toetsen aan titel II van de Grondwet wellicht een vereenvoudiging van de procedure met zich meebrengt, maar daardoor een belangrijke meerwaarde zou verloren gaan.

4.1.3. Meerwaarde van een gecombineerd toetsingssysteem als compromis

Het doorvoeren van een strikte scheiding tussen enerzijds het toetsen aan grondrechten in de Grondwet en anderzijds aan grondrechten in internationaalrechtelijke verdragsbepalingen zou niet wenselijk zijn wat betreft efficiënte rechtsbescherming⁹². Zoals reeds vermeld, is het onvermijdelijk en tevens wenselijk dat verschillende grondrechten in samenhang met elkaar worden gelezen, dat de eenheid inzake fundamentele rechten en vrijheden wordt gewaarborgd en dat tegenstrijdige uitspraken worden vermeden⁹³. De rechtsorde vormt immers één geheel. Het uit elkaar trekken van de toetsing van normen aan enerzijds de Grondwet en anderzijds het verdrag, kan er dan ook toe leiden dat verschillende rechters tot een andere uitspraak komen met betrekking tot formeel verschillende regels die echter materieel dezelfde lading dekken. Dit brengt de rechtszekerheid in het gedrang⁹⁴. Hoewel enkele argumenten kunnen worden aangebracht die een strikte keuze tussen beide toetsingssystemen kunnen motiveren⁹⁵, meen ik dat deze niet opwegen tegen

⁸⁹ C. COURTOY, “De betrekkingen tussen de grondwettelijke hoven en de andere nationale rechtscolleges, met inbegrip van de interferentie, terzake, van het optreden van de Europese rechtscolleges”, *T.B.P.* 2002, 406; J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 391.

⁹⁰ Artikel 4, lid 2 bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof.

⁹¹ M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, “Het Grondwettelijk Hof en samenloop van grondrechten na Melki en Chartry”, in *Liber Amoricum. Jo Stevens*, Brugge, Die Keure, 2011, 91-93.

⁹² J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, “De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten”, in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure 2005, 119.

⁹³ P. VAN ORSHOVEN, “Wie beoordeelt de schending van internationale mensenrechtenverdragen door de wetgevende macht?” *R.W.* 2007-2008, 878.

⁹⁴ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 389.

⁹⁵ J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, “De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij

de zonet omschreven gevaren en nadelen van een dergelijke scheiding. Er zijn naar mijn mening meer argumenten die overtuigen van de bezwaren tegen zowel een geheel centraal als een geheel diffuus toetsingssysteem.

4.2. KRITIEK OP EN VRAGEN OMTRENT ARTIKEL 26, §4

Op het eerste zicht, lijkt de voorrangsregeling van artikel 26, §4 een goed compromis te zijn, dat een lacune in de wetgeving vult en daardoor rechtszekerheid en eenduidigheid met zich meebrengt. Bij nader onderzoek blijkt echter dat deze regeling toch ook enkele problemen creëert waaraan niet zonder meer kan worden voorbijgegaan en dat minstens met betrekking tot een aantal aspecten ernstige vragen rijzen.

In wat voorafging werden reeds enkele bedenkingen geformuleerd. Deze zullen hier dan ook niet worden herhaald. Ik verwijs nog kort naar de stelling dat waar de regeling van artikel 26, §4 tot doel had om de Grondwettelijk verankerde bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om te toetsen aan de Grondwet te vrijwaren, net met zich meebrengt dat het monopolie van het Hof wordt verzwakt. Dit sterk punt van kritiek werd reeds uiteengezet en genuanceerd. Ook de kritiek dat deze regeling niet voor een coherent geheel zorgt, werd reeds besproken.

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de problemen die deze regeling al dan niet met zich meebracht. Ten eerste wordt de verenigbaarheid ervan met het Unierecht nagegaan. Daarna volgt kort een bespreking van mogelijke moeilijkheden op internrechtelijk vlak.

4.2.1. Geldigheid naar Europees recht

In geval van samenloop is de gewone rechter voortaan verplicht om eerst een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof met het oog op de toetsing van de norm aan titel II van de Grondwet, alvorens in voorkomend geval zelf nog de norm te toetsen aan het verdrag. Daardoor loopt deze laatste toetsing vertraging op. Dit leek volgens sommigen op gespannen voet te staan met de onmiddellijkheidsvereiste die het Hof van Justitie in sommige rechtspraak voorop stelt⁹⁶. Na een weergave van de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie, volgt een nadere verklaring van de nieuwe bepaling met betrekking tot het stellen van prejudiciële vragen aan dit Hof. Ten slotte wordt concreet nagegaan onder welke voorwaarden een dergelijke voorrang aan de

samenloop van grondrechten”, in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure, 2005, 116-119.

⁹⁶ Zie onder andere: P. VAN NUFFEL, “Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie: leidraad voor de rechtspraktijk na het Verdrag van Lissabon”, *R.W.* 2009-2010, 1170-1171.

toetsing aan grondrechten in de Grondwet verenigbaar kan zijn met het Unierecht en of ons artikel 26, §4 hieraan voldoet.

a. Rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent de voorrang van het Unierecht⁹⁷

Het Hof van Justitie ziet toe op de toepassing en uitlegging van het Europese recht door de verschillende lidstaten⁹⁸. Indien tijdens een geschil hangende voor een nationale rechter een vraag rijst met betrekking tot de correcte uitlegging en toepassing van een bepaling van Unierecht, kan de nationale rechter hierover een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie⁹⁹.

Volgens de rechtspraak van het Hof beschikt de nationale rechter over de “meest uitgebreide bevoegdheid” om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof en moet dit kunnen op elk passend moment en zelfs ambtshalve¹⁰⁰. De nationale rechter mag niet zodanig door de rechtspraak van een hogere rechterlijke instantie gebonden zijn dat hem wordt belet om het Hof een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid van die rechtspraak met het Unierecht¹⁰¹. Het komt aan de nationale rechter toe om te beoordelen “of een prejudiciële verwijzing noodzakelijk is voor het wijzen van zijn vonnis, alsmede in welk stadium van de procedure een prejudiciële vraag naar het Hof van Justitie moet worden verwezen”¹⁰².

In het arrest *Simmenthal* werd gesteld dat “met de vereisten welke in de eigen aard van het Gemeenschapsrecht besloten liggen onverenigbaar is elke bepaling van een nationale rechtsorde of enige wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden de uitwerking van het Gemeenschapsrecht te verminderen doordat aan de inzake de toepassing van dit recht bevoegde rechter de macht wordt ontzegd aanstonds bij deze toepassing al het nodige te doen voor de terzijdestelling van de nationale wettelijke bepalingen die eventueel in de weg staan aan de volle uitwerking van de Gemeenschapsregels”¹⁰³. Uit de bewoordingen dat dit ‘aanstonds’ moet kunnen, lijkt aldus een onmiddellijkheidsvereiste te volgen¹⁰⁴. Het Hof besliste

⁹⁷ Zie ook: K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 596 e.v.

⁹⁸ Artikel 19 VEU.

⁹⁹ Artikel 19 VEU, 3. b) en artikel 267 VWEU.

¹⁰⁰ HvJ 16 januari 1974, (Rheinmühlen Düsseldorf), 166/73, *Jur.* 1974, 33, overweging 3; HvJ (Grote Kamer) nr. C-210/06, 16 december 2008 (*Cartesio*), overweging 88.

¹⁰¹ HvJ 16 januari 1974, (Rheinmühlen Düsseldorf), 166/73, *Jur.* 1974, 33, overweging 1; HvJ (Grote Kamer) nr. C-210/06, 16 december 2008 (*Cartesio*), overweging 95.

¹⁰² HvJ nr. C-351/89, 27 juni 1991, (*Mecanarte e.a.*), *Jur. HvJ* 1991, I, 3317, overweging 49; zie ook: HvJ nr. 36/80, 71/80, 10 maart 1981 (*Irish Creamery Milk / Ierse Regering*), overwegingen 7-8.

¹⁰³ HvJ nr. 106/77, 9 maart 1978 (*Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal*), *Jur.*, 1978, 629, overweging 22.

¹⁰⁴ P. GERARD, “De hoeder van de meerlagige Europese Constitutie tussen unierecht en grondwet in Frankrijk en België”, *S.E.W.* 2011, afl. 4, 162.

dat de nationale rechter “verplicht is zorg te dragen voor de volle werking dezer normen, daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de – zelfs latere – nationale wetgeving buiten toepassing latende, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten”¹⁰⁵. Een arrest van een Grondwettelijk Hof mag de gewone rechter niet verhinderen om zelf aan het EU-recht te toetsen¹⁰⁶.

Bovendien werd in het *Factortame*-arrest beslist dat elke nationale rechter de bevoegdheid heeft om bewarende of voorlopige maatregelen te nemen om een schending van het Europees recht te voorkomen dan wel te doen ophouden en dat de rechter daarbij elke nationale norm die hem deze mogelijkheid ontzegt, buiten toepassing moet kunnen laten¹⁰⁷.

b. Geen volgorde in prejudiciële vragen, wel vertraging van toetsing aan Europees recht

VAN NUFFEL laat zich zeer kritisch uit over de regeling die artikel 26, §4 tot stand bracht. Hij stelt dat deze voorrangregeling die bepaalt dat in geval van samenloop de rechter *eerst* een prejudiciële vraag dient te stellen aan het Grondwettelijk Hof “lijkt te verhinderen dat de rechter eerst een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie stelt of nog, dat hij naast het Grondwettelijk Hof tegelijk ook het Hof van Justitie een prejudiciële vraag stelt. Eveneens verboden lijkt het dat de rechter die overtuigd is van de schending van het in het Unierecht beschermde grondrecht meteen de nationale wet als strijdig met het Unierecht buiten toepassing laat”¹⁰⁸. Volgens hem is deze wetgeving in strijd met de bovengeschetste rechtspraak van het Hof van Justitie.

Artikel 26, §4 houdt echter, zoals reeds uiteengezet, enkel een volgorde in de toetsing in (nr. 18). Bij het toetsen van grondrechten die hun waarborg vinden in zowel titel II van de Grondwet als in een verdrag, dient voorrang te worden verleend aan de toetsing aan de Grondwet, maar dit betekent niet dat er een volgorde zou zijn in het stellen van prejudiciële vragen. Het gaat enkel om een ‘volgorde van onderzoek van verschillende middelen’¹⁰⁹. Artikel 26, §4 sluit aldus niet uit dat de rechter, met het oog op de latere toetsing aan het Unierecht, tegelijkertijd met de vraag aan het Grondwettelijk Hof, ook reeds

¹⁰⁵ HvJ nr. 106/77, 9 maart 1978 (*Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal*), Jur., 1978, 629, overweging 24; zie ook: HvJ (Grote Kamer) nr. C-555/07, 19 januari 2010 (*Küçükdeveci*), overwegingen 53-54.

¹⁰⁶ HvJ nr. C-351/89, 27 juni 1991 (*Mecanarte e.a.*), Jur. HvJ 1991, I, 3317.

¹⁰⁷ HvJ nr. C-213/89, 19 juni 1990 (*Queen / Secretary of State for Transport*), Jur. HvJ 1990, I, 2433, concl. TESAURO, G, overweging 21.

¹⁰⁸ P. VAN NUFFEL, “Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie: leidraad voor de rechtspraak na het Verdrag van Lissabon”, *R.W.* 2009-2010, 1170-1171.

¹⁰⁹ P. GERARD, “De hoeder van de meerlagige Europese Constitutie tussen unierecht en grondwet in Frankrijk en België”, *S.E.W.* 2011, afl. 4, 162.

een vraag stelt aan het Hof van Justitie¹¹⁰. De voorrangregeling doet aldus geen afbreuk aan de bovenstaande rechtspraak van het Hof van Justitie die bepaalt dat de nationale rechter in elk stadium en zelfs ambtshalve een prejudiciële vraag moet kunnen stellen indien hij dit noodzakelijk acht voor het wijzen van zijn vonnis.

Wanneer de schending wordt opgeworpen van een grondrecht dat zowel door de Grondwet als door een internationaal verdrag wordt gewaarborgd, dan wel wanneer de rechter samenloop van grondrechten vaststelt op grond van ambtshalve onderzoek, moet steeds *eerst* een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof worden gesteld. Dit houdt geenszins in dat het Grondwettelijk Hof op die manier een absoluut monopolie heeft verworven met betrekking tot het toetsen aan grondrechten. De verwijzende rechter kan immers nadien, indien het Hof heeft vastgesteld dat de Grondwet niet is geschonden, alsnog overgaan tot een toetsing aan de verdragsbepaling¹¹¹. Hoewel deze bevoegdheid dus niet aan de rechter wordt ontnomen, impliceert deze regeling echter een vertraging van de toetsing aan het verdrag. Buiten de uitzonderingen die in artikel 26, §4 zijn neergelegd, dient de nationale rechter immers eerst het antwoord van het Grondwettelijk Hof af te wachten alvorens hij ingeval van niet-schending van de Grondwet, zelf nog kan overgaan tot een toetsing aan het verdrag. Deze vertraging van de toetsing aan het Europees recht lijkt op gespannen voet te staan met de Simmenthal-rechtspraak dat de nationale rechter deze bevoegdheid ‘aanstonds’ moet kunnen uitoefenen¹¹². Hierdoor is de vraag gerezen in welke mate en/of onder welke voorwaarde(n) een dergelijke voorrangregeling verenigbaar is met het Europese recht en de rechtspraak van het Hof van Justitie. Naar aanleiding van prejudiciële vragen die werden opgeworpen voor het Hof van Justitie, bracht het arrest Melki hier meer duidelijkheid over.

c. Het Melki-arrest en de voorwaarden van verenigbaarheid met het Unierecht

De twijfels over de verenigbaarheid met het Unierecht van een regeling die voorrang verleent aan de toetsing aan grondrechten in de Grondwet, leidde ertoe dat hieromtrent reeds vroeg prejudiciële vragen werden gesteld aan het Hof van Justitie. Het Franse recht voorziet in een voorrangsbepaling inzake de toetsing aan grondrechten die vergelijkbaar is met deze die we sinds artikel 26, §4 in België kennen. Daardoor rezen ook in Frankrijk vragen met betrekking

¹¹⁰ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 401-403.

¹¹¹ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 401.

¹¹² M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, “Het Grondwettelijk Hof en samenloop van grondrechten na Melki en Chartry”, in *Liber Americum. Jo Stevens*, Brugge, Die Keure, 2011, 96; J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 403-404.

tot de verenigbaarheid van deze regeling met het Europese recht. Het Franse Hof van Cassatie stelde daarop prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. In het Melki-arrest¹¹³ sprak het Hof van Justitie zich uit over de verenigbaarheid van een voorrang van de toetsing aan grondrechten in de Grondwet met het Europees recht. Ook door België werd een prejudiciële vraag gesteld. In de zaak Chartry tegen de Belgische Staat, vroeg de rechtbank van eerste aanleg van Luik of artikel 26, § 4 niet strijdig is met artikel 6 EU-verdrag en artikel 234 EG-verdrag, thans artikel 267 VWEU¹¹⁴. Wat deze zaak betreft, oordeelde het Hof van Justitie dat het geschil een puur interne situatie betrof zonder aanknoping met de Verdragsbepalingen inzake vrij verkeer en dat het evenmin ging om een nationale maatregel die ter uitvoering van het Unierecht is genomen. Om die reden was het Hof niet bevoegd om de prejudiciële vraag te beantwoorden¹¹⁵. Niettemin, bevestigde het Hof in de zaak Chartry de voorwaarden die het had uitgewerkt in het Melki-arrest.

In de zaken Melki en Abdeli aanvaardde het Hof van Justitie de voorrang inzake de toetsing aan de Grondwet en het gevolg daarvan dat de rechter niet ‘aanstonds’ de met het Europees recht strijdige nationale wet buiten toepassing kan laten. Deze erkenning ging echter gepaard met het opleggen van een aantal strikte voorwaarden die voldaan moeten zijn opdat een dergelijke voorrangregeling verenigbaar zou zijn met het Europese recht, welke door het Hof in het Melki-arrest werden omschreven¹¹⁶.

Het Hof stelde “dat art. 267 VWEU zich verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die een incidentele procedure voor toetsing van de grondwettigheid van de nationale wetten invoert, voor zover de voorrang van deze procedure ertoe leidt dat noch vóór de toezending van een grondwettigheidsvraag aan de nationale rechter die met de toetsing van de grondwettigheid van de wetten is belast noch, in voorkomend geval, na de beslissing van deze rechter over die vraag, geen van de andere nationale rechters zijn bevoegdheid kan uitoefenen om zich met prejudiciële vragen tot het Hof te wenden dan wel zijn verplichting daartoe kan nakomen. Daarentegen verzet art. 267 VWEU zich niet tegen een dergelijke nationale wettelijke regeling, voor zover de andere nationale rechters vrij blijven, – op elk ogenblik van de procedure dat zij passend oordelen – ook na de incidentele procedure voor grondwettigheidstoetsing – het Hof alle prejudiciële vragen voor te leggen die zij noodzakelijk achten, – alle maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn om de voorlopige rechterlijke bescherming van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten te verzekeren, en

¹¹³ HvJ (Grote Kamer) nr. C-188/10, C-189/10, 22 juni 2010 (Melki).

¹¹⁴ Rb. Luik 23 november 2009, Claude Chartry t/ Belgische Staat.

¹¹⁵ HvJ (Beschikk.) (5e k.) nr. C-457/09, 1 maart 2011 (Chartry); P. VAN NUFFEL, weergave Beschikk. HvJ (5e k.) nr. C-457/09, 1 maart 2011 (Chartry), *T.B.P.* 2012, 304-305.

¹¹⁶ N. CARIAT, “Quelques réflexions quant à la compatibilité de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle avec le droit de l’Union européenne”, *J.T.* 2011, afl. 6446, 573-574.

– na een dergelijke incidentele procedure de betrokken nationale wettelijke bepaling buiten toepassing te laten indien zij die in strijd met het recht van de Unie achten¹¹⁷.

In wat volgt, wordt elke voorwaarde¹¹⁸ apart besproken, waarbij per voorwaarde telkens wordt nagegaan of de Belgische wetgeving hieraan voldoet.

De eerste voorwaarde houdt in dat de nationale rechter te allen tijde een prejudiciële vraag moet kunnen stellen aan het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie vereist niet dat *eerst* aan haar een prejudiciële vraag wordt gesteld. In bepaalde omstandigheden kan het nuttig zijn dat de problemen van zuiver nationaal recht zijn opgelost op het moment van verwijzing naar het Hof¹¹⁹.

Zoals reeds vermeld, houdt artikel 26, §4 slechts een toetsingsvolgorde in en geenszins een volgorde in prejudiciële vragen, waardoor de rechter zijn bevoegdheid behoudt om op elk ogenblik, zelfs gelijktijdig met het stellen van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof, een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie. De verwijzende rechter heeft dus een keuzemogelijkheid. Ten eerste kan hij tegelijk twee prejudiciële vragen stellen, de ene aan het Grondwettelijk Hof en de andere aan het Hof van Justitie. Dit kan een overschrijding van de redelijke termijn vermijden, aangezien op die manier wordt vermeden dat de procedure grote vertraging oploopt. Ten tweede kan hij enkel een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof, het antwoord hierop afwachten en daarna alsnog een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie. Dit kan zeer nuttig zijn aangezien het Grondwettelijk Hof bij zijn toetsing vaak in ruime mate internationaalrechtelijke bepalingen betreft, waardoor de rechter eventueel met het antwoord op deze ene prejudiciële vraag kan volstaan, indien hij het niet meer nodig acht nog een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie. De bijzondere wetgever heeft alleszins geen afbreuk willen doen van de Franco-Suisse Le Ski-doctrine¹²⁰. Deze eerste voorwaarde lijkt aldus te zijn vervuld.

¹¹⁷ HvJ (Grote Kamer) nr. C-188/10, C-189/10, 22 juni 2010 (Melki), overweging 57.

¹¹⁸ Enkel de drie zonet vermelde algemene voorwaarden zullen worden besproken. In het arrest wordt echter nog een vierde voorwaarde neergelegd die inhoudt dat wanneer wetgeving getoetst wordt die een richtlijn omzet, er voorrang wordt verleend aan de gecentraliseerde toetsing door het Hof van Justitie van het secundaire aan het primaire EU-recht. Deze voorwaarde wordt niet verder besproken. Zie ook: M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, “Het Grondwettelijk Hof en samenloop van grondrechten na Melki en Chartry”, in *Liber Amoricum. Jo Stevens*, Brugge, Die Keure, 2011, 100; J. VELAERS, “Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet”, *R.W.* 2010-11, 783-784.

¹¹⁹ HvJ nr. 36/80, 71/80, 10 maart 1981 (Irish Creamery Milk / Ierse Regering), overweging 6.

¹²⁰ M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, “Het Grondwettelijk Hof en samenloop van grondrechten na Melki en Chartry”, in *Liber Amoricum. Jo Stevens*, Brugge, Die Keure, 2011, 107; J. VELAERS, “Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet”, *R.W.* 2010-11, 786.

De tweede voorwaarde houdt een bevestiging in van de bovenvermelde Factortame-rechtspraak die bepaalt dat de nationale rechter steeds voorlopige of bewarende maatregelen moet kunnen treffen om een schending van het Europese recht te vermijden of stop te zetten met het oog op effectieve rechtsbescherming (nr. 39, *in fine*). Het Hof bepaalde: “Voor zover het nationale recht voorziet in de verplichting tot inleiding van een incidentele procedure voor grondwettigheidstoetsing die de nationale rechter belet een nationale wettelijke bepaling die hij in strijd acht met het Unierecht, onmiddellijk buiten toepassing te laten, is voor de werking van het bij art. 267 VWEU ingevoerde stelsel niettemin vereist dat die rechter de vrijheid heeft om enerzijds alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de voorlopige rechterlijke bescherming van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten te verzekeren, en anderzijds die nationale wettelijke bepaling na een dergelijke incidentele procedure terzijde te laten, wanneer die volgens hem strijdt met het recht van de Unie”¹²¹.

Wat de Belgische regeling op dit punt betreft, lijkt ook hier geen probleem te zijn. Wat de kortgedingprocedures betreft, kan de rechter zich immers op een uitzondering beroepen waardoor hij niet verplicht is een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Artikel 26 § 3 bepaalt namelijk dat “(...) een rechtscollège in het geval de vordering spoedeisend is en de uitspraak over de vordering slechts een voorlopig karakter heeft (...) er niet toe gehouden is een prejudiciële vraag te stellen”. De rechter kan in dat geval meteen uitspraak doen en maatregelen nemen om de rechten die partijen aan het Unierecht ontnemen te vrijwaren¹²². De aanhef van dit artikel stelt echter dat deze uitzondering niet geldt “wanneer ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid van een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel met een van de in § 1 bedoelde regels of artikelen van de Grondwet en geen vraag of beroep met hetzelfde onderwerp bij het Hof aanhangig is”. Deze afwijking houdt weliswaar in dat de rechter in dat geval toch de plicht heeft een prejudiciële vraag te stellen, maar staat er niet aan in de weg dat hij ook in die situatie voorlopige maatregelen oplegt met het oog op de voorlopige rechtsbescherming¹²³. Naast artikel 26 § 3 kan ook artikel 19 Ger.W. worden aangehaald. Het tweede lid van dit artikel bepaalt: “Alvorens recht te doen, kan de rechter, in elke stand van de rechtspleging, een voorafgaande maatregel bevelen om de vordering te onderzoeken of een tussengeschied te regelen dat betrekking heeft op een dergelijke maatregel, dan wel de toestand van de partijen voorlopig te regelen”. In deze tussenvonnissen kan de rechter uiteenlopende maatregelen nemen alvorens de einduitspraak wordt gewezen¹²⁴. Indien men een Unieconforme interpretatie van de

¹²¹ HvJ (Grote Kamer) nr. C-188/10, C-189/10, 22 juni 2010 (Melki), overweging 53.

¹²² J. VELAERS, “Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet”, *R.W.* 2010-11, 789.

¹²³ *Ibid.*, 789-790.

¹²⁴ D. LINDEMANS, “Voorlopige maatregelen door de rechter ten gronde: artikel 19 Ger.W.”, *T.B.H.* 1989, 223-224.

Belgische regeling hanteert, kan men dus stellen dat de rechter op grond van dit artikel voorlopige of bewarende maatregelen kan nemen tot bescherming van de rechten die de partijen ontleen aan het Unierecht en dus tegen de toepassing van een norm die vermoedelijk strijdig is met dit recht¹²⁵. Ook aan deze voorwaarde lijkt aldus te zijn voldaan.

De derde en laatste algemene voorwaarde stelt dat de verwijzende rechter na de uitspraak van het Grondwettelijk Hof nog steeds de mogelijkheid moet hebben om alsnog te toetsen aan de analoge verdragsbepaling en ingeval van schending de hiermee strijdige norm buiten toepassing te laten. Ook voor deze voorwaarde wordt opnieuw verwezen naar de vroegere, hierboven uiteengezette, Simmenthal-rechtspraak. Een centrale toetsing door het Grondwettelijk Hof aan grondrechten in de Grondwet is dus toegelaten, maar dit mag niet leiden tot een toetsingsmonopolie van dit Hof. Een diffuus toetsingssysteem moet blijven garanderen dat elke rechter kan toetsen aan het Europees recht¹²⁶. Het is echter ook in deze Simmenthal-rechtspraak dat bepaald werd dat de rechter ‘aanstands’ alles moet kunnen doen om de werking van het Unierecht te verzekeren. De vertraging die de toetsing aan grondrechten in het verdrag oploopt ten gevolge van de vereiste dat vóór deze toetsing een prejudiciële vraag dient te worden gesteld aan het Grondwettelijk Hof, werd door velen problematisch geacht op het vlak de van verenigbaarheid met het Unierecht¹²⁷. Het Hof van Justitie stelde in dit arrest immers dat een nationale regeling strijdig zou zijn “ook al zou de hieruit voortvloeiende belemmering voor de volledige werking van het Gemeenschapsrecht slechts van tijdelijke aard zijn”¹²⁸. In het Melki-arrest werd deze onmiddellijkheidsvereiste echter genuanceerd. Er zou aan deze vereiste voldaan zijn indien de rechter in staat is om meteen een “voorlopige rechtsbescherming te verlenen”¹²⁹. Hierbij wordt dus door het Hof aanvaard dat de verwijzende rechter de met het Unierecht strijdige norm pas buiten toepassing laat nadat hij de nationale grondwettigheidstoets door het Grondwettelijk Hof heeft afgewacht¹³⁰. Deze ‘onmiddellijkheid’ kan echter minstens als mogelijkheid worden behouden¹³¹.

¹²⁵ J. VELAERS, “Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet”, *R.W.* 2010-11, 790.

¹²⁶ N. CARIAT, “Quelques réflexions quant à la compatibilité de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle avec le droit de l’Union européenne”, *J.T.* 2011, afl. 6446, 574-575.

¹²⁷ Zie onder andere: P. VAN NUFFEL, “Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie: leidraad voor de rechtspraktijk na het Verdrag van Lissabon”, *R.W.* 2009-2010, 1170-1171.

¹²⁸ HvJ nr. 106/77, 9 maart 1978 (*Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal*), *Jur.*, 1978, 629, overweging 23.

¹²⁹ HvJ (Grote Kamer) nr. C-188/10, C-189/10, 22 juni 2010 (Melki), overweging 53.

¹³⁰ J. VELAERS, “Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet”, *R.W.* 2010-11, 785.

¹³¹ P. GERARD, “De hoeder van de meerlagige Europese Constitutie tussen unierecht en grondwet in Frankrijk en België”, *S.E.W.* 2011, afl. 4, 162.

Zoals reeds vermeld, doet artikel 26, §4 geen afbreuk aan de Franco-Suisse Le Ski-doctrine. De gewone rechter blijft dus bevoegd om grondrechten te toetsen aan rechtstreeks werkende verdragsbepalingen, weliswaar nadat hij het antwoord van het Grondwettelijk Hof op een prejudiciële vraag heeft afgewacht. Deze toetsing aan het verdrag zal echter overbodig zijn wanneer het Grondwettelijk Hof een schending heeft vastgesteld van de Grondwet, aangezien de strijdige norm in dat geval buiten toepassing moet worden gelaten¹³². Indien echter geen schending werd vastgesteld, kan de rechter alsnog overgaan tot een toetsing aan het verdrag. Het Grondwettelijk Hof heeft namelijk alleen de bevoegdheid om te toetsen aan de Grondwet. Hoewel het Hof een verdragsconforme lezing hanteert en aldus in ruime mate analoge verdragsbepalingen bij zijn toetsing betreft, heeft het nog steeds niet de bevoegdheid om rechtstreeks aan het verdrag te toetsen¹³³ (nr. 18). Het is dan ook enkel de uitspraak over de verenigbaarheid van een norm met de Grondwet, eventueel in samenhang gelezen met analoge verdragsbepalingen, die de rechter bindt en dus gezag van gewijsde heeft. Wat de toetsing aan het verdrag betreft, blijft de rechter vrij om uitspraak te doen over het al dat niet verenigbaar zijn van de norm met het verdrag. Hij is daarbij niet gebonden door de uitspraak van het Grondwettelijk Hof, ook al heeft het Hof onrechtstreeks aan het verdrag getoetst door analoge bepalingen bij zijn toetsing aan titel II van de Grondwet te betrekken¹³⁴. Hoewel dit beperkt gezag van gewijsde internrechtelijk voor problemen kan zorgen, voldoet de regeling van artikel 26, §4 daardoor aan de laatste vereiste die het Hof van Justitie stelde opdat een dergelijke voorrangsregeling niet strijdig zou zijn met het Unierecht.

In het licht van de analyse van de verschillende voorwaarden en de toetsing van de Belgische voorrangsregeling hieraan, lijkt deze te voldoen aan de vereisten en aldus conform te zijn met het Unierecht.

4.2.2. *Gevolgen voor het interne recht*

Zoals reeds vermeld, bracht de regeling van artikel 26, §4 ook enkele moeilijkheden met zich mee die hun effect hebben in het interne recht. De twee mogelijke problemen die hieronder worden besproken, hangen zeer nauw

¹³² J. VELAERS, “Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet”, *R.W.* 2010-11, 791.

¹³³ VAN NUFFEL, P., “Het Europees recht in de rechtspraak van het Arbitragehof. Prejudiciële vragen, te veel gevraagd?”, *T.B.P.* 2005, afl. 4-5, 246.

¹³⁴ M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, “Het Grondwettelijk Hof en samenloop van grondrechten na Melki en Chartry”, in *Liber Amoricum. Jo Stevens*, Brugge, Die Keure, 2011, 107; P. GERARD, “De hoeder van de meerlagige Europese Constitutie tussen unierecht en grondwet in Frankrijk en België”, *S.E.W.* 2011, afl. 4, 164; J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 405-406; J. VELAERS, “Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet”, *R.W.* 2010-11, 793.

met elkaar samen. Ten eerste komt namelijk het beperkte gezag van gewijsde van de arresten van het Grondwettelijk Hof aan bod. Dit kan leiden tot het gevaar dat tegenstrijdige uitspraken kunnen worden geveld. Dit uitvloeisel van het eerste probleem wordt als tweede knelpunt besproken.

a. Beperkt gezag van gewijsde van de uitspraak van het Grondwettelijk Hof

Hierboven vond reeds een bespreking plaats van de voorwaarden die het Hof van Justitie in het Melki-arrest neerlegde en waaraan voldaan moet zijn opdat de voorrang van de grondwettigheidscontrole verenigbaar zou zijn met het Unierecht. Daarbij werd uiteengezet dat de verwijzende rechter na de uitspraak van het Grondwettelijk Hof nog steeds over de mogelijkheid moet beschikken om alsnog te toetsen aan de analoge verdragsbepaling en ingeval van schending de hiermee strijdige norm buiten toepassing te laten (nr. 47). Eveneens werd vermeld dat artikel 26, §4 het Hof geenszins bevoegd maakt om rechtstreeks te toetsen aan het internationaal en Europees recht, maar dat daarentegen deze bevoegdheid blijft toebehoren aan elke gewone rechter, zoals neergelegd in het Smeerkaas-arrest. Het probleem dat dit kan veroorzaken werd kort aangekaart.

Het is namelijk zo dat het antwoord van het Grondwettelijk Hof slechts bindend is voor de rechter wat betreft de uitspraak over het al dan niet verenigbaar zijn van de norm in kwestie met de Grondwet. Wanneer het Hof geen schending vaststelt van de Grondwet, behoudt de verwijzende rechter aldus de volle bevoegdheid om alsnog na te gaan of de norm verenigbaar is met het verdrag, zonder daarbij gebonden te zijn door het arrest van het Grondwettelijk Hof, zelfs al heeft het Hof een analoge verdragsbepalingen in haar toetsing betrokken. Het Hof is niet bevoegd om uitspraak te doen over de verenigbaarheid van deze norm met het verdrag en het arrest heeft op dit vlak dan ook geen gezag van gewijsde¹³⁵. De Raad van State oordeelde in een arrest van 2 juli 2002 met betrekking tot het gezag van gewijsde van een arrest over een beroep tot vernietiging dat “de bindende kracht bedoeld in artikel 9, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 beperkt is tot hetgeen het Grondwettelijk Hof heeft beslist in verband met de toetsing van de bestreden norm aan de Grondwet (...), eventueel in samenhang met bepalingen van Europees of internationaal recht. De andere rechtscolleges blijven bevoegd om de bedoelde norm te toetsen aan bepalingen van Europees of internationaal recht, ook als het Grondwettelijk Hof die bepalingen onrechtstreeks als referentienormen in zijn beoordeling zou hebben betrokken. Dit geldt in het

¹³⁵ P. GERARD, “De hoeder van de meermalige Europese Constitutie tussen unierecht en grondwet in Frankrijk en België”, *S.E.W.* 2011, afl. 4, 164; J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 405-406; J. VELAERS, “Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet”, *R.W.* 2010-11, 793.

bijzonder voor bepalingen van Europees of internationaal recht waarbij een grondrecht op geheel of gedeeltelijk analoge wijze als in titel II van de Grondwet wordt gewaarborgd¹³⁶. Dit kan er echter toe leiden dat waar naar het oordeel van het Hof geen schending van de Grondwet voorhanden is, de gewone rechter toch een schending van het verdrag vaststelt¹³⁷.

b. Mogelijkheid van tegenstrijdige uitspraken

Aangezien het gezag van gewijsde van de arresten van het Grondwettelijk Hof beperkt blijft tot het oordeel over de grondwettigheid, is het niet ondenkbaar dat de rechter die na de vaststelling door het Hof dat de Grondwet niet is geschonden overgaat tot een toetsing aan het verdrag, toch oordeelt dat dit verdrag wel geschonden is. Formeel gaat het over verschillende uitspraken, namelijk enerzijds een oordeel over de verenigbaarheid van een norm met grondrechten uit titel II van de Grondwet en anderzijds een oordeel over de verenigbaarheid van deze norm met een analoog grondrecht in een verdrag. Toch kan men in dergelijk geval spreken van een tegenstrijdige uitspraak aangezien de grondrechten materieel (gedeeltelijk) dezelfde inhoud hebben. Dit brengt de rechtszekerheid en de samenhang van de rechtsorde in het gedrang¹³⁸. Bovendien lijkt dit gevolg te strijden met de bedoeling van de bijzondere wetgeving om tegenstrijdige uitspraken net te vermijden¹³⁹. VELAERS verwijst echter naar het verleden waarin het Hof enkel kon toetsen aan de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet. Ook toen was de verwijzende rechter slechts gebonden op het vlak van de toetsing aan de Grondwet, maar ging hij daarentegen zelden over tot een autonome toetsing aan de verdragsbepaling. Hij wijst op het feit dat de arresten van het Hof dan wel geen juridisch gezag van gewijsde hebben, doch dat er een sterke overtuigingskracht van uitgaat en dat ze steunen op feitelijk gezag. De auteur stelt dat de bijzondere wetgever die geen extra waarborgen opnam om dergelijke tegenstrijdige uitspraken te vermijden, wellicht ook nu rekende op dezelfde “constructieve loyaliteit” tussen de verschillende rechtscolleges en dat de kans op tegenstrijdige uitspraken eerder klein is¹⁴⁰. Ook POPELIER wijst op het belang van een goede verstandhouding en stelt dat “de enige remedie het opbouwen van wederzijds respect is voor vaste rechtspraak die door de verschillende rechtscolleges werd gevormd”¹⁴¹.

¹³⁶ RvS (9e k.) nr. 206.397, 2 juli 2010, *R.W.* 2010-11, afl. 19, 806 en <http://www.rw.be/> (11 januari 2011), noot VELAERS, J., overweging 11.2.

¹³⁷ P. POPELIER, “Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?”, *R.W.* 2009-2010, 55.

¹³⁸ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 407.

¹³⁹ M. TRAEST, “Samenloop van grondrechten: artikel 26, §4 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof”, *N.J.W.* 2010, 131.

¹⁴⁰ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?”, *T.B.P.* 2010, afl. 7, 407-408.

¹⁴¹ P. POPELIER, “Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?”, *R.W.* 2009-2010, 55-56.

5. Besluit

Samenloop van grondrechten is een fenomeen dat door de toenemende hoeveelheid mensenrechtenverdragen en de steeds verder uitgebreide toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof, steeds aan belang heeft gewonnen en zich alsmear vaker voordeed. Het naast elkaar bestaan van enerzijds een centraal toetsingssysteem en anderzijds een diffuus toetsingssysteem dat historisch en organisch gegroeid is, maakte het invullen van de leemte die bestond wegens het ontbreken van een regeling omtrent de wijze waarop een rechter in geval van samenloop moest handelen, er niet makkelijker op. De regeling die artikel 26, §4 invoerde, wilde gerechtelijke vrede brengen en tracht het centrale en diffuse toetsingssysteem op een werkzame manier samen te laten bestaan. Beide toetsingssystemen hebben immers hun eigen specifieke waarden en garanties en het afschaffen van het ene of het andere lijkt wegens verschillende bezwaren niet wenselijk of haalbaar. Het artikel heeft een ruime draagwijdte en is in vele gevallen van toepassing, doch stelt ook verschillende uitzonderingen voorop om eveneens een vlotte rechtsbedeling te kunnen garanderen.

Waar de doelstellingen van de regeling lovenswaardig zijn en de regeling op het eerste zicht een evenwichtig compromis bereikt, blijkt bij nader onderzoek dat deze toch niet op alle vlakken tot een bevredigend resultaat leidt. Waar evenwel geen twijfel hoeft te bestaan over de verenigbaarheid ervan met het Europese recht, rijzen wel verschillende vragen betreffende internrechtelijke kwesties. Uiteenlopende visies van verschillende auteurs tonen aan dat er voor de meeste probleemstellingen zowel argumenten *pro* als *contra* zijn en de regeling dus in elk geval kan worden verdedigd. Over verschillende punten van kritiek en twijfel lijken zij het echter met elkaar eens te zijn.

Opdat artikel 26, §4 haar doelen in praktijk kan bereiken en opdat de verschillende twijfels en kritische stellingen geen waarheid zouden worden, is het noodzakelijk dat de verschillende rechtscolleges goed overeenkomen en samenwerken. Dikwijls keert als antwoord terug dat het feit of een probleem zich al dan niet zal voordoen, afhankelijk is van hoe de rechtscolleges met deze regeling en met elkaar zullen omgaan. Zo heeft het handelen van het Hof van Cassatie een grote invloed op de goede werking van dit artikel. Dit Hof wordt immers geacht ambtshalve te onderzoeken of er samenloop voorligt, moet zorgvuldig en loyaal omspringen met de nieuwe uitzondering op het stellen van een prejudiciële vraag in geval van klaarblijkelijke niet-schending, is enkel gebonden door het oordeel van het Grondwettelijk Hof over de grondwettigheid en kan aldus een tegenstrijdig oordeel vellen wat betreft de verenigbaarheid met het verdrag, enzoverder. Bijgevolg zijn respect voor de bedoeling van de bijzondere wetgever, loyauteit, vertrouwen en samenwerking tussen de verschillende rechtscolleges zeer belangrijke vereisten die moeten

worden geëerbiedigd opdat het evenwicht van het compromis dat artikel 26, §4 inhoudt, niet aan het wankelen zou worden gebracht.

Ten slotte mag men niet vergeten dat deze hele kwestie gaat over effectieve rechtsbescherming en de waarborging van fundamentele grondrechten. Naar mijn mening behoort het zoeken naar een oplossing voor een dergelijk probleem in de eerste plaats te draaien rond de vraag op welke manier de rechtszoekende de meest effectieve bescherming van zijn grondrechten kan afdwingen, veeleer dan dat een bevoegdheidsverdeling moet worden gehandhaafd en een compromis moet worden bereikt. De afhankelijkheid van loyauteit tussen de rechtscolleges onderling maakt het niet alleen onzeker dat de oplossing in praktijk wordt toegepast zoals door de wetgever beoogd, doch brengt ook het risico met zich mee dat de rechtszoekende bij het ontbreken hiervan in de kou blijft staan. Zoals ARTS stelde, moet men te allen tijde in het achterhoofd houden dat alle rechtscolleges uiteindelijk één belang dienen: dat van de rechtzoekende in een humaan georganiseerde samenleving¹⁴².

¹⁴² A. ARTS, “De constitutionele rechter. Een bedreiging voor het recht?”, in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d’un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 124.