

## De grenzen van het gewapende bestuursrecht – over omzeilbrieven en preventiedrang

### 1. Over grondwettelijk beschermde vrijheden en aanvullende omzendbrieven

Het recht om op straat te komen en het ongehoorden te uiten is een belangrijke pijler van de democratische rechtstaat. Het geeft de burger de mogelijkheid om, buiten de verkiezingen, de beleidsmakers te laten weten het wel of niet eens te zijn met het beleid.

Democratie is dan ook terecht meer dan enkel om de 4 à 5 jaar het inkleuren van een bolletje en verder zwijgen. Het is een interactief en (als alles goed gaat) vreedzaam proces.

Met deze toevoeging tussen haakjes wil ik niet zeggen dat men, als het even niet uitkomt, mag overgaan tot verzet. Ik verwijs daarmee naar bijvoorbeeld artikel 20 van de Duitse Grondwet, dat voorziet in verzet tegen de staatsmachten indien de democratie zelf in gevaar komt en als er geen andere oplossingen meer voorhanden zijn. Met deze provisie reageerde de naoorlogse Duitse constituant op de wijze waarop Hitler de macht had gegrepen.

Dat wil naar Belgisch recht alvast niet zeggen dat het recht op vergaderen (en dus ook betogen), vervat in onze Grondwet, een ongekanaliseerd wapen kan worden. De rechtstaat zorgt ervoor dat de democratie op voorzienbare wijze tot uitvoering komt, waarbij het recht de mal is die onze democratie vorm geeft.

De Grondwet voorziet zelf al in een beperking van het recht op betogen. Zo stelt artikel 26 van de Grondwet dat men slechts vreedzaam en ongewapend mag vergaderen. Verder moeten de vergaderende burgers zich gedragen naar de wetten.

Zelfs de Grondwet zegt dus dat het recht om te betogen niet absoluut is, zonder dat er nog maar sprake is van enige wettelijke beperking.

Wie zich niet vreedzaam verzamelt, kan een (op de wet gebaseerde) reactie van het bestuur verwachten, die de betoging niet moet tolereren. De betoging kan dan bijvoorbeeld uiteengedreven worden en er is dan geen betoging meer.

Anders is het wanneer individuen geweld plegen binnen een anders vreedzame betoging. Die individuen kunnen bestuurlijk worden aangehouden en misschien later zelfs gerechtelijk, om uiteindelijk vervolgd te worden voor gepleegde misdrijven.

Maar kunnen individuen die willen deelnemen aan een betoging ook preventief worden geweerd van diezelfde betoging?

Op 31 maart 2014 verscheen de Omzendbrief OOP41. Het betrof een interpretatieve omzendbrief waarbij gemeentelijke overheden ministeriële interpretatie kregen over artikel 133 van de nieuwe Gemeentewet (NGW).

Er werd geïnterpreteerd dat artikel 133 NGW aan de burgemeester een zeer ruime bevoegdheid toekent, waarmee hij

*“politiebesluiten en uitvoeringsmaatregelen [kan] nemen met een individuele en beperkte draagwijdte, gericht op één welbepaalde persoon of op een beperkt aantal plaatsen, op een welbepaalde plaats, voor een welbepaalde duur”.*

Ter herinnering nemen wij even artikel 133 NGW erbij:

*“De burgemeester is belast met de uitvoering van de wetten, de decreten, de ordonnanties, de verordeningen en de besluiten [...]”*

*Hij is in het bijzonder belast met de uitvoering van de politiewetten, de politiedecreten, de politieordonnanties, de politieverordeningen en de politiebepalingen. [...]*

*Onverminderd de bevoegdheden van de Minister van Binnenlandse Zaken, van de voorzitter van de Regering en van de bevoegde gemeentelijke instellingen, is de burgemeester de verantwoordelijke overheid inzake de bestuurlijke politie op het grondgebied van de gemeente."*

De burgemeester kan dus wel optreden ten aanzien van een individu. Dat wil mijns inziens nog niet zeggen dat hij (of zij) zonder meer *ad hoc*-maatregelen kan uitwerken zoals het uitkomt, die verder geen wettelijke grondslag kennen – *a fortiori* wanneer grondwettelijke vrijheden beperkt worden. De interpretatie in omzendbrief OOP41 komt dan ook (te) ruim over. Omzendbrieven zijn, net zomin als ministeriële besluiten, geen wetskrachtige normen. De toevoeging van het woord "interpretatief" wijzigt daar niets aan.

## ***Het is niet de eerste keer dat de uitvoerende macht op zeer extensieve wijze omgaat met de haar toebedeelde machten.***

Het moet ook de minister van Binnenlandse zaken niet ontgaan zijn dat deze omzendbrief een zeer vage omschrijving geeft aan de burgemeesterlijke macht. Ook de minister weet dat het niet de bedoeling kan zijn dat burgemeesters grondrechtenbeperkende maatregelen nemen *à la tête du citoyen*. In de rechtstaat moeten grondrechtenbeperkende normen op voorhand voldoende duidelijk en concreet ingevuld worden.

Op 6 september 2022 verscheen dan ook een persbericht van de minister van Binnenlandse Zaken. Daarmee werd een nieuwe, **aanvullende** omzend-

brief aangekondigd, waarbij deze burgemeesterlijke machten nader werden ingevuld.

Daarin wordt artikel 133 NGW hernomen om er dan aan toe te voegen dat de burgemeester (onder bepaalde voorwaarden) een individu, bij wijze van preventie, kan verbieden deel te nemen aan een betoging.

Daar verbindt de minister (≠ de wetgever) dan wel voorwaarden aan. Zo moeten er concrete aanwijzingen zijn waaruit duidelijk blijkt dat een persoon beoogt rel te schoppen op een geplande betoging. Welke aanwijzingen voldoende zijn, is dan weer een feitenkwestie, waar de burgemeester over moet oordelen.

Op zich is de poging van de minister van Binnenlandse Zaken verdienstelijk. Op dit ogenblik kunnen mensen die onderweg zijn naar een betoging, en waarvan er redelijke gronden zijn te denken dat ze misdrijven gaan plegen (zoals goederen vernielen, vechtpartijen starten) administratief aangehouden worden. De rechtsgrond daarvan is artikel 31, 3° van de Wet op het Politieambt. Ze kunnen dan maximaal 24 uur worden vastgehouden. Is het dan inderdaad niet 'beter' om vooraf aan die personen te zeggen dat ze gewoonweg niet moeten opdagen? Minder werk voor de politie, en dergelijk verbod gaat minder ver dan iemand (maximaal) 24 uur opsluiten. De betrokken persoon kan immers verder nog gaan en staan waar hij of zij wil.

Daarbij maak ik mij wel al de bedenking of een dergelijk preventief verbod wel impact zal hebben op een "relschopper". Het lijkt mij dat zo iemand een verbod aan de laars lapt, en alsnog bestuurlijk moet worden aangehouden indien aan de voorwaarden van de bestuurlijke aanhouding voldaan wordt. Een en ander lijkt een slag in het water te zijn.

## **2. Van de indicatief (voltooid verleden tijd) naar de potentialis**

Naast bovenstaande (praktische) bedenking, lijken er ook juridische bezwaren te zijn. Zo wordt "relschoppen" door de minister niet omschreven.

Artikel 31, 3° WPA maakt het mogelijk om iemand bestuurlijk aan te houden wanneer er materiële aanwijzingen zijn dat iemand voorbereiding heeft getroffen om een misdrijf te plegen én dat dit misdrijf de openbare veiligheid ernstig in het gevaar brengt. Het voorgaande lijkt alvast op “releschoppen” op een betoging. Daarmee is er dus al een wettelijke bepaling voorhanden die iemand kan verhinderen deel te nemen aan een betoging, wanneer die de intentie heeft om rel te schoppen (i.e. goederen te vernielen en/of vechtpartijen te starten).

Artikel 31, 3° WPA heeft wel als voorwaarde dat het moet gaan om gepleegde voorbereidingen om misdrijven te plegen én dat de dreiging voor het begaan van misdrijven ernstig moet zijn.

Het contrast met de aanvullende omzendbrief is groot. Die omzendbrief stelt dat het individuele betogingsverbod reeds mogelijk is, wanneer een risico van ordeverstoring bestaat.

Weg met de voorwaarde van de (reeds gedane) voorbereiding om een misdrijf te plegen dat bovendien een ernstig gevaar oplevert. Het volstaat voor de omzendbrief dat er ordeverstoring zou kunnen zijn. De omzendbrief voegt daar *pro forma* dan wel aan toe dat de burgemeester enkel proportioneel mag optreden doch de rechtspraak zal wel weten welke waarde dergelijk breed begrip in de praktijk kan hebben.

Ieder zal natuurlijk wel beamen dat de rechtstaat zichzelf preventief mag beschermen tegen nakende misdrijven met een ernstig ordeverstoring karakter. Die zijn hier echter niet aan de orde. Het betogingsverbod is namelijk mogelijk wanneer het risico op ‘loutere’ ordeverstoring door een individu voorhanden is. We verglijden van ‘voltooide voorbereidingen’ om misdrijven te plegen naar een burger die wel eens ordeverstoring zou kunnen handelen. Van de indicatieve wijze naar de potentialis in een oogopslag.

De minister lijkt hier dus wel een zeer losse interpretatie te geven aan de machten van de burge-

meester. Deze moet zich nu niets meer aantrekken van de toepassingsvoorwaarden van artikel 31, 3° WPA, maar kan gewoon preventief stellen dat iemand niet naar de betoging mag komen. Het normdoel is ogenschijnlijk hetzelfde: verhinderen dat releschoppers vernielingen zaaien en vechtpartijen starten.

Komt dergelijke (potentiële) releschopper toch naar de betoging, dan wordt hij of zij nu gesanctioneerd (gestraft?) met een GAS-boete. Bovendien staat hij of zij volgens de omzendbrief ook geseind in de Algemene Nationale Gegevensbank van de politie. Bij een identiteitscontrole zal de politieambtenaar dan meteen zien dat de betrokkene een betogingsverbod heeft. Zullen de ordediensten zich in zo’n geval beperken tot het opstellen van een PV met het oog op een GAS-boete om die persoon vervolgens toch te laten deelnemen? We kunnen mijns inziens redelijkerwijze verwachten dat die persoon dan ook bestuurlijk zal worden aangehouden als hij toch deelneemt. De voorwaarden van artikel 31, 3° WPA verdwijnen als sneeuw voor de zon.

### 3. De omzendbrief als plaatsvervanger voor het wettelijke plaatsverbod?

Het bovenstaande wijst er op dat het preventieve betogingsverbod eigenlijk de voorwaarden van artikel 31, 3° WPA dreigt opzij te schuiven om vanuit handhavingsoogpunt efficiënter te kunnen optreden. De regelgever zet daarmee een eerder ontstane beleidslijn verder waarbij vrijheden niet beperkt werden omdat het absoluut noodzakelijk was, maar wel omdat het gemakkelijker is voor de handhaving. Voor dergelijke (niet-intentionele) afglijding moeten wij op zijn minst waakzaam blijven.

In werkelijkheid voert de minister ook een nieuw soort tijdelijk plaatsverbod in, maar zonder dat aan de wettelijke voorwaarden van het plaatsverbod is voldaan. Een tijdelijk plaatsverbod bestond namelijk al op grond van artikel 134sexies NGW.

Dit plaatsverbod gaf aanleiding tot een arrest van het Grondwettelijk Hof (23 april 2015, nr. 44/2015),

waarbij het Grondwettelijk Hof de mogelijkheid van burgemeesters om een individueel, tijdelijk plaatsverbod op te leggen bevestigde, zij het onder de strikte voorwaarden omschreven in de wet.

Dat tijdelijke plaatsverbod is het verbod binnen te treden in een of meerdere duidelijke perimeters van plaatsen die als toegankelijk voor het publiek worden bepaald, gelegen binnen een gemeente, zonder evenwel het geheel van het grondgebied te beslaan.

Om dergelijk verbod op te leggen, moet er al sprake zijn van een (gepleegde) verstoring van de openbare orde of herhaaldelijk gepleegde inbreuken. Let ook hier weer op het voltooid deelwoord in de indicatief.

In de regel moet de burgemeester dan ook eerst de betrokkene waarschuwen. De beslissing van de burgemeester voor het plaatsverbod moet ook door het College gedragen worden (minstens bevestigd) nadat de betrokkene gehoord werd.

Dit plaatsverbod kent tenslotte een maximale duur omschreven in de wet en kan slechts enkele keren herhaald worden.

Het valt te onderstrepen dat deze regeling omtrent het tijdelijke plaatsverbod werd opgenomen in een **wettekst** die al deze zaken duidelijk omschrijft.

Dat geldt niet voor het betogingsverbod omschreven in de aanvullende omzendbrief.

De minister omschrijft in die omzendbrief het betogingsverbod als een verbod binnen een duidelijke perimeter, voor een tijdelijke duur, waarbij de betrokkene gehoord moet worden. Een en ander lijkt verdacht veel op het plaatsverbod van artikel 134*sexies* NGW.

De maatregel van het betogingsverbod is in wezen dezelfde als die van het plaatsverbod. De voorwaarden om hem toe te passen zijn echter veranderd. Ze zijn soepeler dan de voorwaarden van artikel 134*sexies* NGW.

Zo ruimde ook hier de indicatieve wijze in de voltooid verleden tijd plaats voor de potentialis. Men moet geen (herhaalde) inbreuken begaan hebben, maar men zou het wel eens kunnen doen; en dat is voldoende voor het betogingsverbod.

In de doctrine schreef TODTS, in haar overigens zeer interessant doctoraatschrift, dat de wetgever door de invoering van het plaatsverbod van artikel 134*sexies* NGW gekozen heeft voor een bijzondere regeling van plaatsverbod. Daarom kan een plaatsverbod in elk geval niet opgelegd worden op grond van artikel 133 NGW waarbij zij verwijst naar de rechtspraak van de Raad van State en het adagium *lex specialis derogat legi generali*.

Ik kan deze redenering enkel bijtreden. Net zoals het betogingsverbod de voorwaarden van artikel 31, 3° WPA niet kan opzij schuiven, kan het ook de voorwaarden van artikel 134*sexies* NGW niet zomaar omzeilen. De omzendbrief licht ook niet toe waarom het reeds bestaande plaatsverbod ontoereikend zou zijn.

#### 4. De grenzen van het gewapende bestuursrecht dringen zich op aan alle staatsmachten

Het is niet de eerste keer dat de uitvoerende macht op zeer extensieve wijze omgaat met de haar toebedeelde machten.

Zo is er het zogenaamde “hufferarrest” van het Hof van Cassatie. Het betrof het geval van een wegpiraat, die op 18 juni 2019 gevaarlijk rijgedrag had vertoond, veroordeeld werd door de politierechtbank, maar vrijgesproken door de correctionele rechtbank zetelend in graad van beroep. De Antwerpse burgemeester had volgens de correctionele rechtbank op 3 juli 2019 namelijk al een sanctie opgelegd, op grond van de hoger vermelde artikelen 133 en 135 NGW. Zo moest hij bijvoorbeeld een cursus volgen vooraleer zijn wagen aan hem werd teruggegeven. De burgemeester had eigenlijk een straf opgelegd

en in de rechtstaat kan men geen twee keer voor dezelfde feiten gestraft worden.

Het Antwerpse parket tekende cassatieberoep aan. Het openbaar ministerie bij het Hof van Cassatie, stelde in een conclusie dat de correctionele rechtbank terecht had aangenomen dat men niet twee keer mag gestraft worden enerzijds en dat de sanctie van de burgemeester een straf was anderzijds. De concluderende advocaat-generaal besloot tot verwerping van het beroep in een verder zeer interessante analyse over het onderscheid tussen een straf en een bestuurlijke maatregel.

Daarmee was echter nog één vraag onbeantwoord gelaten. Mócht de burgemeester eigenlijk wel zover gaan? Was die eerste sanctie *überhaupt* wel wettig genomen? Het Hof van Cassatie verbrak mijns inziens terecht alsnog het bestreden vonnis omdat de rechter eerst moest nagaan of de sanctie van de burgemeester wel wettig was. Bij gebreke aan wettige sanctie, moet daar geen rekening mee gehouden worden door de (straf)rechter.

Het is alvast eigenaardig dat het Hof van Cassatie hiermee enigszins aangeeft dat er vragen gesteld moeten worden omtrent de wettigheid van dit gemeentelijke optreden.

De uitvoerende macht (die *nota bene* als opdracht de uitvoering van de wet heeft) moet nochtans weten dat zij zich op glad ijs begeeft met dergelijke extensieve interpretaties.

Reeds geruime tijd probeert de minister van Binnenlandse Zaken namelijk een wet betreffende de gemeentelijke bestuurlijke handhaving tot stand te brengen. De bedoeling is om, eveneens op grond van een soort risicoanalyse, te verhinderen dat ondernemingen in werkelijkheid het criminele milieu dienen.

Met een eerste ontwerp wilde de minister een soort uitbatingsvergunning introduceren. Burgemeesters moesten daarmee nagaan of er geen **ernstige** aanwijzing bestaat dat een uitbating (i) gebruikt

wordt om pakweg geld wit te wassen, (ii) gebruikt wordt om strafbare feiten te plegen of (iii) voorheen al gebruikt werd om strafbare feiten te plegen. De Raad van State, afdeling wetgeving, vond een en ander wel héél vaag en sprak van termen

*“die even ruim en omvattend als vaag en onbepaald zijn, [dat] het gevaar [bestaat] dat het voorontwerp aldus begrepen wordt dat het niet uitsluit dat met die politimaatregelen doelstellingen worden nagestreefd die verder reiken dan de grenzen van de materiële openbare orde [...]”*. (Advies van de Raad van State 63.791/2/V van 6 augustus 2018)

Merk op dat ook hier weer gesproken wordt over minstens ernstige aanwijzingen of risico's.

Bovendien herinnerde de Raad er in dit advies aan dat, wanneer er grondrechten beperkt worden de wet krachtens artikel 162 van de Grondwet zélf in voldoende duidelijke en voorzienbare bewoordingen moet bepalen hoe en onder welke voorwaarden de bestuurlijke overheid kan optreden. De Raad merkte op dat ook de wetgever zich aan bepaalde grenzen moet houden.

De lezer zal het mij vergeven wanneer ik in de artikelen 133 en 135 NGW niet lees dat de burgemeester een individueel betogingsverbod kan opleggen bij een louter risico op enig ordeverstoring gedrag (van welke aard dan ook).

Ook uit de conclusie van advocaat-generaal De Smet bij het zogenaamde hufferarrest leren we alvast, met verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM, dat een bestuurlijke in elk geval voorzienbaar moet zijn. Ook de wet heeft, wanneer het om zogenaamd bestuurlijk handhavingsrecht gaat, dus haar grondwettelijke en mensenrechtelijke grenzen.

## 5. De rol van de advocaat bij te verregaande preventiedrang

In 2002 kwam een SPIELBERG-film uit, getiteld *Minority Report*. Het is een film waarbij een poli-

tie-eenheid werd opgericht die moorden moest voorkomen. Een soort waarzeggend figuur voor-spelde dat een moord zou gepleegd worden en de politie-eenheid kon, nog voor de moord gepleegd was, de potentiële dader aanhouden en doen be-rechten.

Vorkomen is beter dan genezen, niet?

Het verhaal neemt een wending wanneer een van de agenten, gespeeld door Tom Cruise, zelf het voorwerp van zo'n voorspelling wordt. *Spoiler alert*: die voorspelling komt niet uit. Alle preventief aangehouden en opgesloten mensen moesten te-rug vrijgelaten worden.

Dergelijke *science fiction* is hier niet aan de orde, al wordt aan de burgemeester wel gevraagd om een risico te voorspellen en op grond daarvan een grondrecht te beperken. Hoe dan ook is de drang naar verregaande preventie iets waar we als demo-cratische rechtstaat zeer omzichtig mee moeten omspringen. Uit de besproken aanvullende om-zendbrief lijkt het dat de minister lovenswaardige intenties heeft. Efficiënte handhaving heeft echter haar grenzen. De democratische rechtstaat kan niet risicoloos bestaan. De risicoloze maatschappij, waarbij preventie het hoogste goed wordt, is een dystopie – geen democratie.

Het kan bovendien niet de bedoeling zijn dat de voorwaarden van twee andere wetsbepalingen (art. 31, 3° WPA en art. 134*sexies* NGW) worden omzeild, hoe oprecht het voornemen van de beleidsmaker ook is. Als een burgemeester wil vermijden dat er misdrijven worden gepleegd door relschoppers op een betoging, dan geldt artikel 31, 3° WPA **en de voorwaarden ervan**. Als een burgemeester een tijdelijk plaatsverbod wil opleggen (omdat er geen sprake is van nakende misdrijven met een ernstig ordeverstoring karakter) dan geldt artikel 134*sexies* NGW **en de voorwaarden daarvan**. Omzendbrie-ven mogen geen omzeilbrieven worden.

En willen we eigenlijk wel een preventief beto-gingsverbod voor individuen, zelfs indien er geen materiële aanwijzingen zijn dat er voorbereidin-gen werden getroffen voor het plegen van een misdrijf met ernstig ordeverstoring karakter (cfr. art. 31, 3° WPA)? Voorziet de wet met de artikelen 134*sexies* NGW en/of 31, 3° WPA niet in voldoende preventie met de juiste criteria én waarborgen?

Is ook de proactieve recherche om misdrijven te voorkomen, zoals die heden al bestaat met artikel 18*bis*, § 2 Sv. niet voldoende? Mij lijkt het dat, op het niveau van de regelgeving, de staat voldoende middelen te harer beschikking heeft om misdrij-ven te voorkomen. Daartoe is natuurlijk wel ver-eist dat justitie voldoende middelen krijgt op het niveau van politie en parket. Ook de rechtbanken moeten de middelen krijgen om de dossiers met voldoende zorg te kunnen behandelen.

De wet bestuurlijke handhaving, de *ad hoc* be-stuurlijke sanctionering van wegpiraten en een individueel betogingsverbod bij omzendbrief; het lijken allemaal maatregelen van een uitvoerende macht die het laken naar zich toe trekt zonder vol-doende rekening te houden met het (weliswaar ondergefinancierd) wapenarsenaal dat justitie al heeft. Daarbij verliest de regelgever ook meer en meer het wettigheidsbeginsel uit het oog.

Het grondrechtencontentieux wint daarmee aan belang. Of dat een goede zaak is, is niet zeker. Het is niet wars van enig cynisme dat de burger (of diens advocaat) *c.q.* de rechter (zoals het Hof van Cassatie nog zei in het hufterarrest) zelf meer en meer de (grond)wettigheid van een regeling moeten nagaan. Dat geldt des te meer nu er een tendens lijkt te zijn bij de uitvoerende macht om de grenzen van haar macht op te zoeken. De ad-voocaat van vandaag doet er mijns inziens dan ook goed aan om geregeld de Grondwet erbij te halen wanneer hij geconfronteerd wordt met handelin-gen van het bestuur.