

This item is the archived peer-reviewed author-version of:

De beoordeling van het rechterlijk overgangsrecht : wanneer de wetgever zelf richtlijnen geeft

Reference:

Verstraelen Sarah.- De beoordeling van het rechterlijk overgangsrecht : w anneer de wetgever zelf richtlijnen geeft
Rechtskundig weekblad - ISSN 1782-3463 - 78:20(2014-2015), p. 763-778
To cite this reference: <https://hdl.handle.net/10067/1241450151162165141>

De beoordeling van het rechterlijk overgangsrecht: wanneer de wetgever zelf richtlijnen geeft

Sarah Verstraelen

Postdoctoraal Onderzoeker FWO Vlaanderen

Universiteit Antwerpen, Onderzoeksgroep Overheid en Recht

Met de recente hervorming van de bevoegdheid, procedureregeling en organisatie van de Raad van State, wordt artikel 14^{ter} RvS-wet grondig gewijzigd. De wetgever voegt onder meer een tweede lid toe waarin hij richtlijnen geeft, en voorwaarden stelt opdat de Raad de werking in de tijd van een vernietigingsarrest kan moduleren. Deze toevoeging raakt aan enkele belangrijke punten die in de discussie omtrent het rechterlijk overgangsrecht opduiken, niet enkel in het objectieve, maar ook in het subjectieve contentieux. Het nieuwe artikel 14^{ter} RvS-wet biedt bijgevolg een uitgelezen kans om de problematiek van de temporele werking van rechterlijke beslissingen nader te belichten.¹

I. Inleiding

1. Vernietigingsarresten van de Raad van State hebben een principiële terugwerkende kracht; de vernietigde akte moet *ab initio* als gebrekkig beschouwd worden, en bijgevolg ook *ab initio* uit de rechtsorde verwijderd worden.² Eenzelfde gedachtegang vinden we terug voor wat de vernietigingsarresten van het Grondwettelijk Hof betreft; de terugwerkende kracht wordt als een logisch gevolg van het juridische procedé van de vernietiging beschouwd.³ De wetgever voorzag bij de oprichting van het toenmalige Arbitragehof onmiddellijk in de

¹ Mijn proefschrift behandelde net deze problematiek en wordt gepubliceerd bij Intersentia: S. VERSTRAELEN, *Rechterlijk overgangsrecht in het publiek en privaats procesrecht: nieuwe ontwikkelingen aangaande de werking in de tijd van vonnissen en arresten*, Antwerpen, Intersentia, 2014.

² Verslag uit naam der Vereenigde Commissiën van Justitie en van Binnenlandsche Zaken belast met het onderzoek van het Wetsontwerp houdende instelling van een Raad van State, *Parl.St. Senaat* BZ 1939, nr. 80, 38-39 en 53-54; Verslag uit naam der Vereenigde Commissiën van Binnenlandsche Zaken en van Justitie over het wetsontwerp houdende oprichting van een Raad van State, *Parl.St. Senaat* BZ 1946, nr. 58, 51; Wetsvoorstel tot wijziging van de gecoördineerde wetten op de Raad van State teneinde de aanpassing van de terugwerkende kracht van de arresten van de Raad van State mogelijk te maken, *Parl.St. Kamer* 1995-96, nr. 281/1, 1; Wetsvoorstel tot wijziging van de gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State, *Parl.St. Senaat* 2011-2012, nr. 5-1579/1, 3; S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 234.

³ Advies van de Raad van State van 25 maart 1981 bij ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St. Senaat* 1980-81, nr. 704/1, 40; Aanvullend advies van de Raad van State van 7 juli 1982 bij ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St. Senaat* 1981-82, nr. 246/2, 359-360; Nota van de heer P.-Ch. GOOSSENS, bijlage bij ontwerp van wet betreffende de gevolgen van de door het Arbitragehof gewezen vernietigende arresten op de rechterlijke beslissingen gewezen in strafzaken, *Parl.St. Senaat* 1983-84, nr. 579/2, 11.

mogelijkheid voor het Hof om die gevolgen van de vernietigde akte aan te wijzen welke als gehandhaafd moeten worden beschouwd of welke als voorlopig gehandhaafd worden voor de termijn die het Hof vaststelt.⁴ Deze mogelijkheid om af te wijken van de terugwerkende kracht, ligt intussen vervat in artikel 8, derde lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof.

2. De Raad van State kreeg pas in 1996, i.e. vijftig jaar na de oprichting, de bevoegdheid om de gevolgen van vernietigde normen te handhaven. Waar de wetgever zijn inspiratie haalde was zeer duidelijk: artikel 8, derde lid, bijzonder wet Grondwettelijk Hof werd bijna woordelijk herhaald en tijdens de parlementaire voorbereiding kwamen de handhavingsarresten van het Grondwettelijk Hof uitvoerig aan bod.⁵ Opmerkelijk genoeg werd de handhavingsbevoegdheid van de Raad van State beperkt tot de gevolgen van vernietigde verordeningsbepalingen. De minister vond het raadzaam de Raad eerst vertrouwd te maken met de nieuwe bevoegdheid en na een evaluatie, het systeem eventueel uit te breiden tot vernietigde individuele administratieve besluiten.⁶ Dat de Raad reeds in 1985 de gevolgen van een vernietigde individuele bestuurshandeling handhaafde, ging onopgemerkt voorbij.⁷

3. Het was niet verrassend dat met de recente hervorming van de bevoegdheid, procedureregeling en organisatie van de Raad van State, de toepassing van artikel 14^{ter} RvS-wet werd uitgebreid naar individuele bestuurshandelingen. De toevoeging van een tweede lid, alsook de uitsluiting van een ambtshalve optreden van de Raad, verbaasden daarentegen wel. De wetgever wenste door de hervorming de waarborgen verbonden aan de uitvoering van de afwijkende handhavingsprocedure, te verhogen.⁸ Of hij hierin slaagt, blijft nog de vraag. Nieuw artikel 14^{ter} RvS-wet luidt als volgt:

“Op verzoek van een verwerende of tussenkomende partij, en als de afdeling bestuursrechtspraak het nodig oordeelt, wijst ze die gevolgen van de vernietigde individuele akten of, bij wege van algemene beschikking, die gevolgen van de vernietigde

⁴ Zie art. 3, tweede lid, MvT bij ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St. Senaat* 1981-1982, nr. 246/1, 6-7.

⁵ Wetsvoorstel tot wijziging van artikel 14 van de wetten op de Raad van State gecoördineerd op 12 januari 1973, *Parl.St. Kamer* 1995-96, nr. 341/1, 2; Verslag namens de commissie voor de binnenlandse zaken, de algemene zaken en het openbaar ambt, *Parl.St. Kamer* 1995-96, nr. 644/4, 5-7.

⁶ *Parl.St. Kamer* 1995-96, nr. 644/4, 4.

⁷ RvS 31 mei 1985, nr. 25.424, Heyndels, *Arr.RvS* 1985, 223; R. ANDERSEN, “La modulation dans le temps des effets des arrêts d’annulation du Conseil d’État” in P. MARTENS, M. BOSSUYT, C. COURTOY, M.-F. RIGAUX en B. RENAULD (eds.), *Liber amicorum Michel Melchior, Limal, Anthemis*, 2010, 387; S. VERSTRAELEN, “Artikel 14^{ter} RvS-wet als alternatief voor legislatieve validatie? Of hoe het ene probleem door het andere vervangen wordt”, *TBP* 2012, 102-103.

⁸ MvT wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St. Senaat* 2012-2013, nr. 5-2277/1, 5.

reglementen aan, die als definitief moeten worden beschouwd of voorlopig gehandhaafd worden voor de termijn die ze vaststelt.

De in het eerste lid bedoelde maatregel kan enkel worden bevolen om uitzonderlijke redenen die een aantasting van het legaliteitsbeginsel rechtvaardigen, bij een met bijzondere redenen omklede beslissing en na een tegensprekelijk debat. Deze beslissing kan rekening houden met de belangen van derden.”

4. Het nieuwe artikel 14^{ter} RvS-wet trad in werking op 1 maart 2014.⁹ In het arrest nr. 227.232, dat dateert van 29 april 2014, verduidelijkte ook de Raad van State het temporeel toepassingsgebied van de nieuwe wetsbepaling.¹⁰ De Raad ging niet in op het verzoek tot een mogelijke handhaving van de gevolgen van een vernietigde individuele akte. Artikel 39 van de wet van 20 januari 2014 stipuleert immers dat het nieuwe artikel 14^{ter} RvS-wet enkel van toepassing is op elk beroep ingediend vanaf 1 maart 2014.¹¹ *In casu* werd het annulatieberoep ingediend op 7 januari 2013, waardoor de nieuwe norm nog niet van toepassing was.

5. De wijziging van artikel 14^{ter} RvS-wet raakt aan enkele belangrijke elementen binnen de discussie van het rechterlijk overgangsrecht. Vooreerst wordt het ambtshalve optreden van de Raad van State uitgesloten (II). Daarnaast wordt geëxpliciteerd dat een afwijking van de terugwerkende kracht, een aantasting van het legaliteitsbeginsel inhoudt (III). Voorts vereist de wetgever dat een handhaving enkel mogelijk is om uitzonderlijke redenen (IV). Tot slot worden ook enkele procedurele aspecten vooropgesteld: het dient een tegensprekelijk debat te betreffen en de beslissing dient met bijzondere redenen omkleed te zijn (V).

De bespreking die volgt, zal niet beperkt worden tot de handhavingsbevoegdheid in het objectieve contentieux. Ook in het subjectieve contentieux speelt de problematiek van het rechterlijk overgangsrecht. Het zal duidelijk worden dat ook voor de gewone rechter dezelfde bekommernissen aangaande de temporele werking van zijn rechtspraak aanwezig zijn.

⁹ Art. 39 wet 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *BS* 3 februari 2014; Art. 51, 1° KB 28 januari 2014 tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, *BS* 3 februari 2014.

¹⁰ RvS 29 april 2014, nr. 227.232.

¹¹ Artikel 39 werd gewijzigd door artikel 31 van de wet 10 april 2014 houdende diverse bepalingen met betrekking tot de procedure voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en voor de Raad van State, *BS* 21 mei 2014. Deze wetswijziging veranderde evenwel niets aan de inwerkingtreding van de bepaling voor wat deze casus betreft: “artikel 3 zal van toepassing zijn op ..., alsook op elke aanvraag, moeilijkheid en elk beroep bedoeld in (de) artikel(en) (...)14 van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, ingediend te rekenen van die datum, en op de gelijktijdig dan wel later ingediende bijkomende vorderingen”.

II. Ambtshalve optreden

6. Vooraleer het belang van een ambtshalve optreden betreffende de temporele werking ingeschat kan worden, moet eerst nagegaan worden wanneer deze problematiek nu eigenlijk speelt.

A. Elke rechterlijke beslissing heeft een temporele werking

7. Elke rechterlijke beslissing heeft een temporele werking, ook wanneer de rechter hierover niet expliciet oordeelt. De rechter, de wetgever, alsook de partijen, dienen zich bewust te zijn van deze principiële temporele werking. Partijen moeten immers kunnen beoordelen of deze voor hen nefaste gevolgen teweeg zal brengen. Daarnaast dient ook de wetgever op een correcte wijze de reikwijdte van een rechterlijke beslissing in te schatten. Om de temporele werking van een nieuwe corrigerende wetgevende norm te bepalen, zal hij rekening moeten houden met de temporele werking van de jurisprudentiële regel.

8. Binnen de Belgische rechtsorde, kennen alle rechterlijke beslissingen een retroactieve werking. Een rechterlijke uitspraak heeft terugwerkende kracht (effect *ex tunc*) wanneer de uitspraak toegepast wordt op, en aldus rechtsgevolgen verbindt aan, rechtsfeiten en rechtshandelingen die ontstaan zijn *voor* de datum waarop de rechterlijke uitspraak gezag van gewijsde krijgt (zgn. anterieure feiten).¹² Zoals hiervoor reeds werd benadrukt, hebben vernietigingsarresten van het Grondwettelijk Hof en de Raad van State terugwerkende kracht; de vernietigde norm moet *ab initio* als gebrekkig beschouwd worden, en bijgevolg ook *ab initio* uit de rechtsorde verwijderd worden.¹³ Prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof kennen tevens een terugwerkende kracht: de aangevochten bepaling wordt geacht vanaf haar inwerkingtreding behept te zijn geweest met de vastgestelde ongrondwettigheid.¹⁴

Ook in het subjectieve contentieux wordt de terugwerkende kracht als logisch beschouwd: “*le juge décide aujourd’hui comment on aurait dû agir hier, ce qu’on aurait dû*

¹² P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 32; O.A. HAAZEN, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer, Kluwer, 2001, 392, 411; M.R.T. PAUWELS, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen* (proefschrift), Tilburg, Universiteit Tilburg, 2009, 28.

¹³ *Parl.St. Senaat* BZ 1939, nr. 80, 38-39 en 53-54; *Parl.St. Senaat* BZ 1946, nr. 58, 51; *Parl.St. Senaat* 1980-81, nr. 704/1, 40; *Parl.St. Senaat* 1981-82, nr. 246/2, 359-360; *Parl.St. Senaat* 1983-84, nr. 579/2, 11; *Parl.St. Kamer* 1995-96, nr. 281/1, 1; *Parl.St. Senaat* 2011-2012, nr. 5-1579/1, 3; S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State, Brugge, die Keure*, 2000, 234.

¹⁴ E. KRINGS, “Beschouwingen over de gevolgen van de door het Arbitragehof gewezen arresten”, *RW* 1985-86, 516-517; P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof, Antwerpen*, Intersentia, 2008, 381.

faire, ce dont on aurait dû s'abstenir"¹⁵.¹⁶ Een rechterlijke beslissing volgt immers noodzakelijkerwijze steeds na het ontstaan van de rechtsfeiten die aanleiding hebben gegeven tot de procedure.¹⁷ Als grondslag voor het principe van de terugwerkende kracht in het subjectieve contentieux, wordt vaak beroep gedaan op de declaratoire theorie.¹⁸ Volgens deze leer doet de rechter niets anders dan de wettekst uitleggen en verklaren hoe het recht altijd al was en verstaan had moeten worden.¹⁹ Het is opmerkelijk dat op basis van deze theorie tot een terugwerkende kracht besloten wordt. Volgens de declaratoire theorie is een overgang van oude naar nieuwe rechtspraak immers ondenkbaar; het oude precedent wordt eenvoudigweg als onbestaande beschouwd waardoor een overgangsrechtelijk vraagstuk niet aan de orde is. De rechter stelt het recht immers vast zoals het steeds bestaan heeft.²⁰ Ondanks het verschillende uitgangspunt, creëren het declaratoire en retroactieve karakter echter wel dezelfde gevolgen.

9. Naast de mogelijke retroactieve werking, zijn er nog twee mogelijke temporele werkingen te onderscheiden: een onmiddellijke en een uitgestelde werking. Bij een

¹⁵ F. RIGAUX, "Une machine à remonter le temps: la doctrine du précédent" in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Brussel, Bruylant, 1998, 56.

¹⁶ Zie o.a. J. RIVERO, "Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle", *AJDA* 1968, 15; J.K. GRODECKI, *Intertemporal conflict of laws*, Tübingen, Mohr, 1976, 9; F. OST, "L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles" in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Brussel, Bruylant, 1998, 92-93; H. LE BERRE, "La jurisprudence et le temps" in X (ed.), *Droits : Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2000, 76; F. OST en S. VAN DROOGHENBROECK, "Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions Belges", *Rev. Dr.ULB* 2002, 4; B.S. SHANNON, "The retroactive and prospective application of judicial decisions", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2003, 839; A. MARAIS, "Modulation dans le temps des revirements de jurisprudence", *La Semaine Juridique Edition Générale* 27 juni 2011, nr. 742, 1238; E. DIRIX, "Rechterlijk overgangsrecht", *RW* 2008-09, 1755; M. DE JONGH en A. SCHILD, "De leer van de redelijke uitkomst", *Nederlands Juristenblad* 2013, 2520.

¹⁷ W. VAN DEN BERGH, "Prospective Overruling", *Ars Aequi* 1975, 299; F. OST en S. VAN DROOGHENBROECK, "Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions Belges", *Rev. Dr.ULB* 2002, 4; P. MALINVAUD, "À propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence", *RTD Civ.* 2005, 313-314 en 316; P. SARGOS, "L'horreur économique dans la relation de droit", *Droit Social* 2005, 123; P. MORVAN, "Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable" (noot onder Cour de cassation 21 december 2006), *Receuil Dalloz* 2007, 839.

¹⁸ Zie o.a. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, Londen, A. Miller, 1796, volume I, sectie III, 71; P. SCHOLTEN, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijke recht: algemeen deel*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1954, 183; P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, Parijs, Éditions Dalloz et Sirey, 1960, 254-25; J.K. GRODECKI, *Intertemporal conflict of laws*, Tübingen, Mohr, 1976, 10; G.J. WIARDA, *3 typen van rechtsvinding*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, 13-18; O.A. HAAZEN, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, 60; N. MOLFESSIS, "Les revirements de Jurisprudence. Rapport Général", in X (ed.), *Les revirements de Jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Parijs, LexisNexis, 2005, 9-10; B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Oxford, Hart, 2008, 41.

¹⁹ P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, Parijs, Éditions Dalloz et Sirey, 1960, 24-25; F. BLANCQUAERT, "Het fenomeen retroactiviteit: een "gevaarlijke" fictie die nog steeds tot onze werkelijkheid behoort!?", *Jura Falc.* 1996-97, 57; O.A. HAAZEN, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, 58; E. DIRIX, "Rechterlijk overgangsrecht", *RW* 2008-09, 1755; S. VELU, "La modulation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de cassation: de la dynamite juridique?" in A. BOSSUYT, B. DECONINCK en E. DIRIX (eds.), *Liber spei et amicitiae Ivan Verougstraete*, Gent, Larcier, 144.

²⁰ P. SCHOLTEN, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijke recht: algemeen deel*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1954, 183; O.A. HAAZEN, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, 60; N. MOLFESSIS, "Les revirements de Jurisprudence. Rapport Général", in X (ed.), *Les revirements de Jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Parijs, LexisNexis, 2005, 9-10; B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Oxford, Hart, 2008, 41.

onmiddellijke werking (effect *ex nunc*) wordt de uitspraak toegepast op, en verbindt ze aldus rechtsgevolgen aan, rechtsfeiten en rechtshandelingen die ontstaan *na* de datum waarop de rechterlijke uitspraak gezag van gewijsde krijgt (zgn. posterieure feiten).²¹ Voor de uitspraken van het merendeel van de Europese grondwettelijke hoven, vormt deze onmiddellijke werking de algemene regel.²² Vanuit een rechtsvergelijkend perspectief is de terugwerkende kracht van vernietigingsarresten derhalve niet zo vanzelfsprekend als de Belgische wetgever doet uitschijnen.

10. Een rechterlijke uitspraak heeft tot slot een uitgestelde werking (effect *pro futuro*) wanneer de uitspraak toegepast wordt op, en aldus rechtsgevolgen verbindt aan, rechtsfeiten en rechtshandelingen die zich voordoen na verloop van een termijn die door de rechter wordt bepaald. Deze termijn strekt zich uit tot een ogenblik dat zich situeert nadat de uitspraak gezag van gewijsde verkrijgt.²³ Deze temporele werking maakt nergens de algemene principiële regel uit, maar is cruciaal wanneer de rechter de temporele werking van zijn uitspraak wenst te moduleren.

Het is in het kader van deze uitgestelde werking, dat de discussie rond de eventuele handhaving van nieuwe gevolgen een plaats krijgt. Kan een norm ondanks de vaststelling dat deze on(grond)wettig of verouderd is, nog voor een bepaalde periode toegepast worden?²⁴ Bij de toekenning van de handhavingsbevoegdheid aan het Grondwettelijk Hof, had de wetgever dergelijke verregaande invulling niet voor ogen; de vrees voor een regelgevend optreden door het Hof was groot.²⁵ Uit de rechtspraak van het Hof blijkt echter dat het wel degelijk nieuwe

²¹ P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 32; O.A. HAAZEN, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer, Kluwer, 2001, 393, 435; M.R.T. PAUWELS, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen* (proefschrift), Tilburg, Universiteit Tilburg, 2009, 28.

²² Oostenrijk, Bulgarije, Cyprus, Tsjechië, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Italië, Letland, Litouwen, Luxemburg, Malta, Polen, Roemenie, Slowakije en Slovenië en ook de jongste Lidstaat Kroatië kennen een onmiddellijke werking toe aan de uitspraken van hun grondwettelijk hoven. F. HUFEN, *Restriction of the Effects of Judgments in Cases of Ascertainment of their Unconstitutionality – Summary*, Berlijn, Bundesministerium der Finanzen, 2008, 8, http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/Summary.pdf?__blob=publicationFile&v=3; H. SCHMITZ en S. KRASNIQI, “Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von Urteilen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union”, *EuropaRecht* 2010, 196-198; art. 131 Kroatische Grondwet; X. “The relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European courts – Report of the Constitutional Court of the Republic of Croatia”, *Conference of European Constitutional Courts XIIIth Congress*, 2002, 12, <http://www.confueconstco.org/>.

²³ P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 32; O.A. HAAZEN, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer, Kluwer, 2001, 399, 443; M.R.T. PAUWELS, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen* (proefschrift), Tilburg, Universiteit Tilburg, 2009, 28.

²⁴ Opgemerkt moet worden dat bij handhavingsarresten van het Belgische Grondwettelijk Hof en de Belgische Raad van State, niet de vernietigde norm de juridische grondslag vormt voor de gevolgen, maar wel het arrest waarin de handhaving wordt uitgesproken. Zie o.a. S. LUST en P. POPELIER, “Rechtshandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid: de positieve en negatieve bijdrage aan de rechtsvorming”, *RW* 2001-02, afl. 34, 1213.

²⁵ *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 111-117.

gevolgen handhaaft, meer nog, in maar liefst 37 van de 86 handhavingsarresten heeft het Hof zodoende geoordeeld.²⁶ Soms oordeelt het Hof zelfs zeer expliciet dat de gevolgen van de ongrondwettige norm gehandhaafd worden, zodat deze kan worden toegepast tot de aanneming van een nieuwe bepaling.²⁷ Ook een handhavingsmaatregel opgelegd door de Raad van State kan nieuwe gevolgen omvatten. Zo oordeelde de Raad van State dat de Franse Gemeenschap inbreuk maakte op de exclusieve bevoegdheid van de federale overheid om de toegang tot een bepaald beroep te regelen. De Franse Gemeenschap had het mogelijk gemaakt het diploma van meetkundige-schatter van onroerende goederen te behalen in het onderwijs voor sociale promotie via een zgn. ‘geïntegreerde proef’. De Raad besliste de gevolgen van vernietiging te handhaven tot het einde van het schooljaar. Op deze manier konden ook de diploma’s die dat jaar behaald werden in het onderwijs voor de sociale promotie, enkele maanden na het vernietigingsarrest, alsnog toegang verschaffen tot het beroep van meetkundige-schatter.²⁸

B. Modulering is inherent aan rechtsprekende functie

11. Rechterlijk overgangsrecht is geen synoniem voor de temporele werking van een rechterlijke uitspraak. Rechterlijk overgangsrecht impliceert een actief rechterlijk optreden: er is nood aan een overgang naar een ‘nieuwe’ norm. Zodanige situatie doet zich voor wanneer de rechter voor de eerste maal een geschilpunt beslecht, of wanneer er een daadwerkelijke ‘ommekeer’ in de rechtspraak plaatsvindt. Van dergelijke overgang is eveneens sprake wanneer een ongrondwettigverklaring of vernietiging wordt uitgesproken; men gaat van een situatie waar de on(grond)wettige norm toegepast kon worden, naar een rechtsorde waaruit de norm verdwenen is.

²⁶ GwH 14 juli 1997, nr. 43/97; GwH 23 december 1992, nr. 79/92; GwH 14 juli 1997, nr. 43/97; GwH 10 juni 1998, nr. 66/98; GwH 17 maart 2004, nr. 45/2004; GwH 24 maart 2004, nr. 49/2004; GwH 16 juni 2004, nr. 106/2004; GwH 30 juni 2004, nr. 114/2004; GwH 14 juli 2004, nr. 132/2004; GwH 22 september 2004, nr. 154/2004; GwH 21 december 2004, nr. 202/2004; GwH 19 januari 2005, nr. 11/2005; GwH 23 maart 2005, nr. 62/2005; GwH 1 juni 2005, nr. 101/2005; GwH 13 juli 2005, nr. 128/2005; GwH 19 juli 2005, nr. 131/2005; GwH 19 juli 2005, nr. 134/2005; GwH 14 december 2005, nr. 186/2005; GwH 8 november 2006, nr. 163/2006; GwH 15 maart 2007, nr. 39/2007; GwH 13 maart 2008, nr. 49/2008; GwH 27 mei 2008, nr. 81/2008; GwH 17 juli 2008, nr. 104/2008; GwH 21 januari 2009, nr. 11/2009; GwH 13 januari 2011, nr. 4/2011; GwH 27 januari 2011, nr. 8/2011; GwH 2 maart 2011, nr. 33/2011; GwH 12 maart 2011, nr. 37/2011; GwH 30 juni 2011, nr. 116/2011; GwH 15 maart 2012, nr. 45/2012; GwH 12 juli 2012, nr. 88/2012; GwH 30 oktober 2012, nr. 135/2012; GwH 14 februari 2013, nr. 7/2013; GwH 13 juni 2013, nr. 85/2013; GwH 21 november 2013, nr. 158/2013; GwH 30 juni 2014, nr. 96/2014; GwH 30 juni 2014, nr. 98/2014. De telling behelst 29 jaren, nl. van 1985 t.e.m. juni 2014. Zie jaarverslagen te consulteren op www.const-court.be; zie bijlage I. Statistiek in S. VERSTRAELEN, *Rechterlijk overgangsrecht in het publiek en privaat procesrecht: nieuwe ontwikkelingen aangaande de werking in de tijd van vonnissen en arresten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, te verschijnen.

²⁷ Zie o.a. GwH 14 juli 2004, nr. 132/2004, B.7.1.; GwH 13 maart 2008, nr. 49/2008, dictum.

²⁸ RvS 1 april 2005, nr. 142.753.

Omdat de problematiek van het rechterlijk overgangsrecht behandeld kan worden, vormt een ondubbelzinnige erkenning van het regelgevend optreden van de rechter bijgevolg een *conditio sine qua non*. De declaratoire theorie die uitgaat van de opvatting dat rechters niet aan rechtsschepping doen en dat zij enkel de wettekst toepassen en verklaren hoe het recht altijd al geweest is, werd inmiddels vervangen door de constitutieve theorie.²⁹ Door interpretatie vormt de rechter immers de rechtsregel. Ook het Grondwettelijk Hof en de Raad van State zijn overigens intussen meer dan louter ‘negatieve wetgevers’.³⁰ Hierbij kan gedacht worden aan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof betreffende lacunes in de regelgeving.³¹

12. Van zodra aanvaard wordt dat de rechter nieuwe normen kan poneren, moet vastgesteld worden dat er nood is aan overgangsrecht. De principiële temporele werking van een rechterlijke beslissing vormt hierbij het uitgangspunt, maar deze temporele werking kan soms al te verre gaande nefaste gevolgen met zich meebrengen zodat een temporele modulering vereist is. Zo handhaafde het Grondwettelijk Hof bijvoorbeeld de gevolgen van een vernietigde allocatie bestemd tot het financieren van kinderdagverblijven.³² De terugwerkende kracht zou er immers toe geleid hebben dat de toegekende financiering moest terugbetaald worden wat heel wat kinderdagverblijven in financiële problemen zou brengen.³³

13. De rechter kan de temporele werking van zijn beslissing moduleren. Meer nog, de temporele modulering is inherent aan de rechtsprekende functie.³⁴ Zij zorgt ervoor dat een

²⁹ Zie o.a. M. ADAMS, “De retroactieve werking van wijzigingen in de rechtspraak” in M. STORME (ed.), *Retroactiviteit van rechtsregels*, Leuven, Jura Falconis, 1998, 24; R. FOQUÉ, “Evenwicht van machten en rechtsstatelijke vernieuwing” in A. ALEN en L.J. WINTGENS (eds.), *De Trias Politica ruimer bekeken*, Gent, Larcier, 2000, 4; O.A. HAAZEN, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, 62-63; I. VEROUGSTRAETE, “Het beleid van de rechter: een beleid zonder risico (voor de rechter)?” in C. VAN SCHOUBROECK, W. DEVROE en K. GEENS (eds.), *Over grenzen: liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen, intersentia, 2011, 768.

³⁰ Zie o.a. H. KELSEN, “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, *Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger* 1928, 224-225; T. KOOPMANS, “Retrospectivity reconsidered”, *Cambridge Law Journal* 1980, 296-299; F. OST, “L’heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles” in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Brussel, Bruylant, 1998, 96; F. RIGAUX, “Une machine à remonter le temps: la doctrine du précédent” in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Brussel, Bruylant, 1998, 61; A.R. BREWER-CARIAS, “Hans Kelsen, Judicial Review, and the negative legislator”, in A.R. BREWER-CARIAS (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 10.

³¹ A.R. BREWER-CARIAS, “Constitutional courts’ interference with the legislator regarding legislative omissions” in A.R. BREWER-CARIAS (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 125-172.

³² GwH 8 december 2011, nr. 184/2011.

³³ *Ibid.*, overw. B.9.2.

³⁴ M.V. POLAK, “Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht”, *RM Themis* 1984, 259; P. POPELIER, “Het verval van het recht op planschadevergoeding. Van wettelijk naar rechterlijk overgangsrecht” (noot onder Cass. 17 maart 2000), *CDPK* 2001, 464; N. MOLFESSIS, “Les revirements de Jurisprudence. Rapport Général”, in X (ed.), *Les revirements de Jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Parijs, LexisNexis, 2005, 38; M. TASCHER, *Les*

rechterlijke uitspraak kan opgesplitst worden in twee delen. In eerste instantie zal de rechter uitspraak doen over het inhoudelijke vraagstuk. Doordat hij (nog) geen rekening moet houden met de mogelijke gevolgen van zijn uitspraak, zal hij daadwerkelijk ‘rechtspreken’. Is de norm strijdig met hogere rechtsnormen? Dient de vaste rechtspraak, bijvoorbeeld omwille van gewijzigde omstandigheden, aangepast te worden? De inhoudelijke beoordeling van het juridisch vraagstuk wordt op die manier niet beïnvloed door de mogelijke gevolgen van de uitspraak. Het is pas in tweede instantie dat de rechter deze moet beoordelen. Geeft de uitspraak aanleiding tot al te verregaande gevolgen, dan kan de rechter de temporele werking van zijn uitspraak beperken. Bijgevolg is ook geen wettelijke basis vereist opdat de rechter de temporele werking van zijn uitspraak kan moduleren.³⁵

14. Ook gewone rechters, inclusief het Hof van Cassatie, kunnen zich bijgevolg uitspreken over de temporele werking van hun beslissingen. Artikel 6 Ger.W. staat hieraan niet in de weg. Dit artikel sluit een systeem van *bindende* precedents uit³⁶ en behelst als het ware een verkapte motiveringsverplichting; de rechter mag verwijzen naar andere rechterlijke beslissingen om zijn eigen uitspraak te onderbouwen en motiveren, maar hij mag deze niet slaafs volgen.³⁷ De rechter moet de redenen opgeven waarom hij zich bij een eerdere beslissing aansluit voor de beslechting van het voorliggende geschil.³⁸ Een temporele modulering bindt bijgevolg op geen enkele wijze rechters die in andere gedingen uitspraak moeten doen.

Uitspraken van het Hof van Cassatie kennen weliswaar een zeer sterke precedentwaarde, maar zijn, met uitzondering van artikel 1120 Ger.W., evenmin bindend voor de feitenrechters.³⁹ Dit wordt bevestigd door het zeer beperkte gezag van gewijsde dat aan

revirements de jurisprudence de la Cour de cassation, Besançon, Université de Franche-Comté, 2011, 316 en 356, beschikbaar via <http://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00790014>

³⁵ Zie contra R. MCMANUS, “Predicting the Past: The Declaratory Theory of the Common Law – From Fairytale to Nightmare”, *Judicial Review* 2007, 244.

³⁶ Art. 1120 Ger.W. is hier een belangrijke uitzondering en installeert wel degelijk een bindend precedent.

³⁷ Op de belangrijke uitzondering van artikel 1120 Ger.W. komen we hierna terug. S. VAN OVERBEKE, “Verwijzing naar rechtspraak in de rechterlijke beslissing” (noot onder Cass. 12 april 1994), *RW* 1994-1994, 501; M. ADAMS, “Een rechtstheoretische glosse bij artikel 6 van het Gerechtelijk Wetboek” (noot onder Rb. Hasselt 10 november 1994), *RW* 1994-1995, 1087; P. VANLERSBERGHE, “Art. 6 Ger.W.” in *OGR-artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Kluwer, 1999, afl. 45, 28.

³⁸ Cass. 6 januari 2005, C.02.0522.F; Cass. 18 september 2006, AR S050020N.

³⁹ C. MOULY, “Le revirement pour l’avenir”, *JCP G* 1994, 325; M. ADAMS, *De precedentenwerking van rechterlijke uitspraken* (proefschrift), Leuven, KUL, 1997, 316 et seq.; F. OST en S. VAN DROOGHENBROECK, “Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions Belges”, *Rev. Dr. ULB* 2002, 9-10; S. AMRANI MEKKI, “Quelques réflexions procédurales”, *RTD Civ.* 2005, 298; M. ADAMS, “Precedent versus gravitational force of court decisions in Belgium: between theory, law and facts” in E. HONDIUS (ed.), *Precedent and the law*, Brussel, Bruylant, 2007, 149 et seq.; C. STORCK, “Remarque sur l’autorité des arrêts de la Cour de Cassation”, *RNBE* 2007, 250; S. VELU, “La modulation dans le temps des

deze uitspraken toekomt; de uitspraak van het Hof bepaalt enkel de omvang van de cassatie voor de feitenrechter naar wie de zaak verwezen wordt, inhoudelijk is deze laatste op geen enkele manier gebonden aan de uitspraak van het Hof.⁴⁰ Zou het Hof een temporele beperking van zijn uitspraak opleggen, dan vormt dit geen schending van artikel 6 Ger.W., aangezien de feitenrechters hierdoor niet gebonden zijn.

C. Problematische uitsluiting

15. De keuze van de wetgever om niet langer te voorzien in de mogelijkheid voor de Raad van State om ambtshalve een handhavingsmaatregel op te leggen, is dan ook zeer betwistbaar. Uit de rechtspraak van andere hoogste rechtscolleges blijkt immers dat de mogelijkheid om te moduleren net cruciaal is opdat de rechter tot de inhoudelijk ‘correcte’ oplossing kan komen. Hierbij valt onder meer te denken aan de Belgische Raad van State die reeds voor 1996 de gevolgen van een vernietiging handhaafde⁴¹, aan de Franse Raad van State die in het arrest *Association AC!* afweek van de principiële terugwerkende kracht⁴², aan de Nederlandse Hoge Raad en het Franse Hof van Cassatie die zonder wettelijke bepaling een onmiddellijke of uitgestelde werking toekennen⁴³ en aan het Hof van Justitie dat de bevoegdheid om de gevolgen van een vernietigde handeling definitief te handhaven uitbreidde naar een voorlopige handhaving, alsook uitbreidde tot de prejudiciële procedure⁴⁴. Het meest gekende voorbeeld is waarschijnlijk afkomstig uit de rechtspraak van het Belgisch Grondwettelijk Hof. Hoewel de handhavingsbevoegdheid zoals neergelegd in artikel 8, derde lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof, enkel toegekend werd in het kader van vernietigingsarresten, maakte het Hof naar analogie van deze bevoegdheid gebruik in het prejudiciële arrest nr. 125/2011

effets des arrêts de la Cour de cassation: de la dynamite juridique?” in A. BOSSUYT, B. DECONINCK en E. DIRIX (eds.), *Liber spei et amicitiae Ivan Verougstraete*, Gent, Larcier, 2011, 145.

⁴⁰ A. WYLLEMAN, “Het gezag van gewijsde: uitdrukking van het rechterlijk gezag”, *TPR* 1988, 52; C. STORCK, “Remarque sur l’autorité des arrêts de la Cour de cassation”, *RNBE* 2007, 250; P. GÉRARD, H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROUGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Brussel, Bruylant, 2012, 364-365.

⁴¹ RvS 31 mei 1985, nr. 25.424, *Arr. RvS* 1985, 223.

⁴² Conseil d’État 11 mei 2004, nr. 255886, *Association AC! et autres*.

⁴³ Zie o.a. Hoge Raad 27 maart 1981, *NJ* 1981, nr. 335, 1123-1126; Hoge Raad 27 november 1981, *NJ* 1982, nr. 503, 1727; Hoge Raad 6 januari 1998, *NJ* 1998, nr. 367, 2103-2106; Hoge Raad 27 februari 2001, *NJ* 2001, nr. 499, 3701-3703; *Cour de Cassation* 9 februari 1988, nr. 86-11557; *Cour de Cassation* 12 april 1988, nr. 87-11199; *Cour de Cassation* 8 juli 2004, nr. 01-10426; *Cour de Cassation* 21 december 2006, nr. 00-20493.

⁴⁴ Zie o.a. HvJ 43-75, *Defrenne v. Belgische luchtvaartmaatschappij Sabena*, 1976; HvJ C-437/97, *Evangelischer Krankenhausverein Wien v. Abgabenberufungskommission Wien*, 2000; HvJ C-372/98, *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, 2000; HvJ C-184/99, *Rudy Grzelczyk v. Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve*, 2001; HvJ C-366/99, *Joseph Griesmar v. Ministre de l’Economie, des Finances et de l’Industrie en Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l’Etat et de la Décentralisation*, 2001; HvJ C-73/08, *Nicolas Bressol e.a. v. Gouvernement de la Communauté française*, 2010; HvJ C-338/11 tot C-347/11, *Santander Asset Management SGICC SA v. Directeur des résidents à l’étranger et des services généraux*, 2012; HvJ C-525/11, *Mednis SIA v Valsts ienenumu dienests*, 2012.

betreffende de ongelijke behandeling van arbeiders en bedienden.⁴⁵ Het Hof wees op de rechtsonzekerheid en ernstige financiële moeilijkheden die een niet-gemoduleerde vaststelling van ongrondwettigheid zou meebrengen.⁴⁶ Ook in latere prejudiciële arresten is een gelijkaardige overweging terug te vinden.⁴⁷

16. Dat de Raad van State overigens slechts in uitzonderlijke gevallen ambtshalve een handhavingsmaatregel oplegt, maakt de uitsluiting van dergelijk optreden nog opmerkelijker.⁴⁸ De wetgever diende op geen enkele manier te vrezen voor een excessief gebruik. Het is dus niet duidelijk waarom een wezenlijk kenmerk van een temporele modulering, namelijk de flexibiliteit, afgenomen wordt.

17. Tot slot valt moeilijk te begrijpen waarom de verzoekende partij niet het recht heeft om aan de Raad van State een dergelijke handhavingsmaatregel te vragen. In een arrest van 29 december 2011 kende de Raad van State een voorlopige handhavingsmaatregel toe op vraag van de verzoekende partij.⁴⁹ In het arrest stond de indexeringsmethode van de medische index centraal. Het Federaal Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg adviseerde een methode waarbij drie variabelen speelden, maar in het uiteindelijke KB werd voor de vaststelling van de indexcijfers enkel rekening gehouden met de eerste twee. De Raad stelde vast dat het KB niet afdoende gemotiveerd was, aangezien uit het administratief dossier niet bleek waarom de derde variabele niet werd toegevoegd en of er zelfs een afweging was gemaakt om deze al dan niet toe te voegen.⁵⁰ Assuralia, verzoekende partij, stelde evenwel vast dat reeds heel wat verzekeringsmaatschappijen op grond van de vernietigde indexcijfers, hun verzekeringspremies hadden geïndexeerd. Door de terugwerkende kracht van de vernietiging zouden zij geen indexeringen meer kunnen doorvoeren, noch zouden zij reeds gedane verhogingen nog kunnen verantwoorden. Assuralia wees op het rechtsonzeker karakter en de afbreuk die hiermee gedaan zou worden aan de rechtmatige verwachtingen van

⁴⁵ GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011.

⁴⁶ GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011, B.5.5.; S. VERSTRAELEN, “Toen barstte de bom: het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid”, *RW* 2011-12, 1241.

⁴⁷ GwH 28 juni 2012, nr. 85/2012; GwH 17 januari 2013, nr. 1/2013; GwH 17 januari 2013, nr. 3/2013; GwH 28 maart 2013, nr. 48/2013; GwH 3 april 2014, nr. 60/2014; GwH 24 april 2014, nr. 67/2014.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld RvS 5 februari 1998, nr. 71.610; RvS 30 juni 1998, nr. 74.861; RvS 10 mei 2006, nr. 158.604; RvS 10 mei 2006, nr. 158.605; RvS 11 maart 2009, nr. 191.272; D. LINDEMANS, “Het behoud van gevolgen van een door de Raad van State nietig verklaarde reglementaire bepaling” in I. COOREMAN, D. LINDEMANS en L. PEETERS (eds.), *De tenuitvoerlegging van arresten van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2012, 166; F. TULKENS, “Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel. Quand le juge maintient les effets de ce qu’il annule”, *JT* 2012, 739-740.

⁴⁹ RvS 29 december 2011, nr. 217.085.

⁵⁰ Ibid., F. EGGERMONT, “Enkele beschouwingen inzake de toepassing van art. 14ter RvS-wet” (noot onder RvS 21 december 2011, nr. 217.085), *RW* 2012-1, 254.

de verzekeraars. De uiteenzetting van Assuralia overtuigde de Raad en aangezien deze door de verwerende partij niet werd tegengesproken, maakte de Raad toepassing van artikel 14^{ter} RvS-wet.⁵¹

III. Aantasting legaliteitsbeginsel

18. Elke temporele werking behelst een afweging tussen het rechtszekerheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel.⁵² Bij een terugwerkende kracht primeert het legaliteitsbeginsel; het 'beste' recht wordt toegepast op een eerder ontstane situatie, een on(grond)wettige norm wordt *ab initio* uit de rechtsorde verwijderd. De opvatting omtrent wat rechtmatig is, wordt bijgevolg als hoogste goed beschouwd.⁵³

19. Bij een onmiddellijke werking wordt een evenwicht nagestreefd tussen het rechtszekerheids- en legaliteitsbeginsel: voor wat betreft de anterieure rechtsfeiten, primeert de rechtszekerheid. De nieuwe norm of vernietiging heeft geen gevolgen voor in het verleden ontstane rechtsfeiten; de gevolgen hiervan worden gehandhaafd. Voor wat de posterieure rechtsfeiten daarentegen betreft, staat het nastreven van legaliteit voorop; noch de ongrondwettige norm, noch de verouderde jurisprudentiële norm vinden verder toepassing.⁵⁴

20. Tot slot primeert duidelijk de bescherming van de rechtszekerheid wanneer een uitgestelde werking wordt opgelegd. De betwiste norm zal, ondanks het expliciete oordeel van de rechter dat deze verouderd⁵⁵, dan wel on(grond)wettig is⁵⁶, verder toepassing vinden en dit niet enkel op anterieure, maar ook op posterieure feiten. Voor de door de rechter aangeduide termijn wordt het vertrouwen van de burgers beschermd en, in het geval van een vernietiging, wordt aan de regelgever de nodige tijd toegekend om de on(grond)wettigheid te verhelpen.

⁵¹ RvS 29 december 2011, nr. 217.085.

⁵² A.G.L. NICOL, "Prospective overruling: a new device for English Courts?", *Modern Law Review* 1976, 542; F. OST, "L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles" in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Brussel, Bruylant, 1998, 92; J.J.J. SILLEN, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving*, Kluwer, Nijmegen, 2010, 184-185; F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK, "The shadow of Marckx for a Renewed Debate on the Temporal Effects of Judgments of the European Court of Human Rights", *The Global Community. Yearbook of International Law & Jurisprudence* 2011, 251.

⁵³ F. OST, "L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles" in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Brussel, Bruylant, 1998, 92, 95-96; F. MELLERAY, "Réjouissant mais déroutant", *RTD Civ.* 2005, 319.

⁵⁴ Zie ook F. OST, "L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles" in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Brussel, Bruylant, 1998, 92, 95-96; M. MAHIEU en G. PIJCKE, "L'autorité dans le temps des arrêts préjudiciels prononcés par la Cour constitutionnelle" in P. MARTENS, M. BOSSUYT, C. COURTOY, M.-F. RIGAUX en B. RENAULD (eds.), *Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 153.

⁵⁵ In het subjectieve contentieux.

⁵⁶ In het objectieve contentieux.

Pas na verloop van de termijn dient de ‘optimale’ rechtsregel toegepast te worden, of kan de on(grond)wettige norm niet langer toegepast worden.⁵⁷

21. De toevoeging in artikel 14^{ter} RvS-wet dat de uitzonderlijke redenen *een aantasting van het legaliteitsbeginsel moeten rechtvaardigen*, draagt dan ook weinig bij. Het biedt de Raad van State geen houvast, aangezien elke afwijking van de terugwerkende kracht een inperking van het legaliteitsbeginsel zal inhouden. De parlementaire voorbereiding toont aan dat deze toevoeging geïnspireerd is op arrest nr. 18/2012 van het Grondwettelijk Hof, waarin de verhouding tussen artikel 14^{ter} RvS-wet en artikel 159 Gw. aan de orde was.⁵⁸ Het Hof stelde vast dat de wetgever met artikel 14^{ter} RvS-wet een evenwicht heeft getracht te vinden tussen het beginsel van de wettigheid van de reglementaire handelingen, verankerd in artikel 159 Gw., en het beginsel van de rechtszekerheid.⁵⁹ De ontwerptekst van artikel 14^{ter} die ter advies aan de Raad van State werd voorgelegd, stipuleerde overigens nog uitvoeriger dat een handhavingsmaatregel enkel mogelijk is om *uitzonderlijke redenen, met name wanneer die rechtvaardigen dat het rechtszekerheidsbeginsel primeert op het legaliteitsbeginsel*.⁶⁰

IV. Uitzonderlijke redenen

A. Belangenafweging

22. Het nieuwe artikel 14^{ter} RvS-wet bepaalt dat een handhavingsmaatregel enkel mogelijk is wanneer *uitzonderlijke redenen* aanwezig zijn die de aantasting van het legaliteitsbeginsel rechtvaardigen. De Raad van State overweegt in zijn advies dat het niet noodzakelijk was te vermelden dat het handhaven van de gevolgen bevolen moet worden om uitzonderlijke redenen. De Raad stelt vast dat een handhavingsmaatregel uit de aard van de zaak zelf uitzonderlijk is, en alleen als uitzonderlijk kan worden opgevat. De afdeling Bestuursrechtspraak wijst er in haar rechtspraak immers zelf op dat ze deze handhavingsbevoegdheid met de nodige wijsheid en omzichtigheid aanwendt.⁶¹ Sinds 1996

⁵⁷ F. OST, “L’heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles” in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Brussel, Bruylant, 1998, 92, 95-96.

⁵⁸ GwH 9 februari 2012, nr. 18/2012.

⁵⁹ *Ibid.*, B.9.3.

⁶⁰ *Parl.St. Senaat 2012-2013*, nr. 5-2277/1, 72.

⁶¹ RvS 21 november 2001, nr. 100.963; RvS 6 november 2006, nr. 164.368; RvS 8 november 2006, nr. 164.522; RvS 13 december 2011, nr. 216.841 (*grande modération*); GwH 20 december 2012, nr. 154/2012, B.3.; GwH 21 februari 2013, nr. 14/2013, B.3.; *Parl.St. Senaat 2012-2013*, nr. 5-2277/1, 97-98; R. ANDERSEN, “La modulation dans le temps des effets des arrêts d’annulation du Conseil d’État” in P. MARTENS, M. BOSSUYT, C. COURTOY, M.-F. RIGAUX en B. RENAULD (eds.), *Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 387.

werd in amper 58 zaken de toepassing gevraagd en/of gemaakt van het voormalige artikel 14^{ter} RvS-wet.⁶² Slechts in 19 van deze arresten handhaafde de Raad van State ook daadwerkelijk de gevolgen van de vernietigde bepaling. Dit beperkt aantal is zeker opmerkelijk gelet op de grote hoeveelheid vernietigingsarresten die de Raad elk jaar vel.

Bovendien achtte de afdeling Wetgeving het moeilijk verenigbaar enerzijds te poneren dat de afdeling Bestuursrechtspraak de gevolgen kan handhaven *als het dit nodig acht*, maar anderzijds limitatieve criteria te formuleren.⁶³ Artikel 8, derde lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof bevat evenmin criteria, maar dit heeft het Hof er niet van weerhouden te voorzien in een strikte toepassing, zo overweegt de Raad.⁶⁴ De jaarverslagen van het Hof tonen aan dat het in 86 van de 353 vernietigingsarresten de gevolgen van de vernietigde norm handhaafde.⁶⁵

23. Hoe kan een rechter nu bepalen welke temporele werking in een gegeven situatie de optimale is? Deze vraag is niet eenvoudig te beantwoorden; “*la décision du juge crée des droits au profit de certains justiciables tandis qu’elle en ôte parallèlement à d’autres*”.⁶⁶ De rechter zal bijgevolg steeds een heel aantal belangen moeten afwegen wanneer hij uitspraak doet over de temporele werking van zijn beslissing.⁶⁷ Welke specifieke belangen dit zijn, is afhankelijk van de concrete voorliggende casus.

24. Hoewel het niet mogelijk is om een exhaustieve opsomming te geven, blijkt uit rechtsvergelijkend onderzoek wel dat bepaalde belangen steeds opnieuw opduiken. Vier grote groepen kunnen onderscheiden worden.

25. Vooreerst kunnen een heel aantal belangen onder de strikte noemer van rechtszekerheid geplaatst worden. De bescherming van de rechtszekerheid kent evenwel vele invalshoeken. Wanneer de rechter bijgevolg overweegt dat “de terugwerkende kracht van de uitspraak beperkt wordt gelet op de eisen van rechtszekerheid”, dan is dit weinigzeggend. Net

⁶² De berekening behelst de arresten van de Raad van State t.e.m. april 2014. Zie bijlage 1. Statistiek in S. VERSTRAELEN, *Rechterlijk overgangsrecht in het publiek en privaats procesrecht: nieuwe ontwikkelingen aangaande de werking in de tijd van vonnissen en arresten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, te verschijnen.

⁶³ *Parl.St. Senaat* 2012-2013, nr. 5-2277/1, 98.

⁶⁴ *Ibid.*, vn. 3.

⁶⁵ De telling behelst 29 jaren, nl. van 1985 t.e.m. juni 2014. Zie jaarverslagen te consulteren op www.const-court.be; zie bijlage 1. Statistiek in S. VERSTRAELEN, *Rechterlijk overgangsrecht in het publiek en privaats procesrecht: nieuwe ontwikkelingen aangaande de werking in de tijd van vonnissen en arresten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, te verschijnen.

⁶⁶ È. MATRINGE, “L’office du juge et le déploiement dans le temps des effets de sa décisions en droit français et en droit suisse”, *Jurisdoctoria* 20100, n° 7, 75.

⁶⁷ T.S. CURRIER, “Time and change in judge-made law: prospective overruling”, *Virginia Law Review* 1965, 240-242 en 250-252; T. KOOPMANS, “Retrospectivity reconsidered”, *Cambridge Law Journal* 1980, 302.

zoals bij de verwijzing naar ‘buitensporige gevolgen’⁶⁸ of ‘onbillijkheid’⁶⁹, is het criterium van de rechtszekerheid een ‘*catch-all phrase*’; ze is in zo goed als elke uitspraak omtrent het overgangsrechtelijk aspect toepasbaar. Het gebeurt zeer frequent dat de rechter enkel verwijst naar ‘de rechtszekerheid’ om een temporele werking te verantwoorden.⁷⁰ Zo oordeelde de Voorzitter van het Nederlandse College van Beroep voor het Bedrijfsleven in een verzoek tot schorsing dat “ter wille van de rechtszekerheid geen plotselinge wijziging is gewenst van de ter zake in voorafgaande jaren ontwikkelde jurisprudentie”.⁷¹ Dergelijke overweging is echter niet voldoende; ze geeft immers geen blijk van een daadwerkelijke belangenafweging.⁷² Dat de Hongaarse regelgeving expliciet vermeldt dat het Hongaarse Grondwettelijk Hof om redenen van rechtszekerheid de temporele werking van zijn uitspraak kan moduleren, is dan ook weinigzeggend.⁷³ Het argument van rechtszekerheid moet altijd geconcretiseerd worden in de desbetreffende casus.

Onder de strikte noemer van rechtszekerheid, vallen onder meer de bescherming van legitieme verwachtingen en het gewekt vertrouwen, het belang van de voorzienbaarheid en voorspelbaarheid van het rechterlijk optreden en de goede trouw van partijen. Dit laatste criterium speelt een belangrijke rol in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het Hof zal in een prejudicieel arrest omtrent de uitlegging van de Verdragen enkel afwijken van de terugwerkende kracht van zijn arrest, wanneer partijen te goeder trouw gehandeld hebben.⁷⁴ Financiële en budgettaire overwegingen spelen ook vaak een doorslaggevende rol om een terugwerkende kracht te beperken. Zo vereist het Hof van Justitie naast de goede trouw ook dat de uitspraak ernstige economische gevolgen teweeg zou brengen, alvorens het de terugwerkende kracht van een prejudicieel uitleggingsarrest beperkt.⁷⁵ Het Grondwettelijk

⁶⁸ GwH 21 december 2004, nr. 202/2004, B.30.1.; GwH 19 juli 2007, nr. 105/2007, B.21.

⁶⁹ M.V. POLAK, “Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht”, *RM Themis* 1984, 258.

⁷⁰ GwH 31 januari 1989, nr. 1/89; GwH 9 juli 1992, nr. 56/92; GwH 31 maart 2004, nr. 59/2004; GwH 14 september 2006, nr. 137/2006; GwH 21 maart 2007, nr. 49/2007.

⁷¹ Voorzitter CBB 19 april 1984, *AB* 1985, nr. 554, 1436.

⁷² P. DEUMIER, “Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps: fondement et mode d’emploi d’un nouveau pouvoir des juge”, *RTD civ.* 2007, 79-80.

⁷³ Section 45 (4) Act CLI of 2011 on the Hungarian Constitutional Court.

⁷⁴ HvJ C-197/94 en C-252/94, *Société Beautiaa v. Directeur des services fiscaux des landes en société Française maritime*, 1996, § 48; HvJ C-372/98, *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food ex parte J.H. Cooke & Sons*, 2000, § 42; HvJ C-402/03, *Skov v. Bilka Lavprisvarehus*, 2006, § 51; HvJ C-184/04, *Uudenkaupungin kaupunki*, 2006, § 55; HvJ C-290/05 en C-333/05, *Ákos Nádasdi v. Vám- és Pénzügyőrség Észak-Alföldi Regionális Parancsnoksága*, 2006, § 63; HvJ C-313/05, *Maciej Brzezinski v. Dyrektor Izby Celnej w Warszawie*, 2007, § 56; HvJ C-138/07, *Belgische Staat v. Cobelfret*, 2009, § 68; HvJ C-2/09, *Regionalna Mitniceska Direksia – Plovdiv v. Petar Dimitrov Kalinchev*, 2010, § 50; HvJ C-525/11, *Mednis SIA v. Valsts ienemumu dienestst*, 2012, § 42; HvJ C-92/11, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*, 2013, § 59; HvJ C-262/12, *Association Vent De Colère! Fédération nationale en anderen v. Ministre de l’Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement en Ministre de l’Économie, des Finances et de l’Industrie*, 2013, § 40.

⁷⁵ *Ibid.*

Hof houdt niet enkel rekening met de mogelijke gevolgen op het overheidsbudget, maar het hiervoor aangehaalde arrest betreffende de allocatie voor kinderdagverblijven toont aan dat het ook rekening houdt met de financiële belangen van de burgers.⁷⁶

Voorts heeft de rechter niet uitzonderlijk oog voor de mogelijke administratieve gevolgen van zijn uitspraak. Toen het *US Supreme Court* in 1954 oordeelde dat er in het staatsonderwijs niet langer plaats was voor de doctrine van ‘*separate but equal*’, hiermee een einde makend aan de rassendiscriminatie, werd snel duidelijk dat zelfs een onmiddellijke werking van deze uitspraak niet mogelijk was.⁷⁷ De uitspraak had gevolgen voor miljoenen mensen in verschillende staten, onder meer op het niveau van de administratie van de scholen, de organisatie van het schooltransport, de inrichting van de scholen enzovoort. Het Hof oordeelde dat alle betrokken partijen ‘*with all deliberate speed*’ moesten optreden om aan de uitspraak te voldoen.⁷⁸ Toen acht jaren later het Hof uitspraak deed over een zaak waar zwarte personen nog steeds de toegang geweigerd werden tot publieke parken en recreatievoorzieningen, oordeelde het Hof dat de vereiste van ‘*deliberate speed*’ geen onbepaalde termijn omvat om de barrières tussen blank en zwart op te heffen.⁷⁹ Tot slot zullen ook de maatschappelijke impact en de gevolgen voor derden de temporele werking beïnvloeden. Wanneer de rechterlijke beslissing, en vooral de terugwerkende kracht hiervan, gevolgen zal hebben voor een groot aantal belanghebbenden, niet enkel partijen, maar ook derden, wordt de kans op een modulering van het temporele effect groter.⁸⁰

26. De tweede groep belangen kan geplaagd worden onder de noemer ‘respect voor het regelgevend optreden’. Zo kan de rechter de terugwerkende kracht beperken ter bescherming van de doelstelling van de norm of om de continuïteit van het beleid te verzekeren. Wat deze laatste bekommernis betreft, kan gewezen worden op de verplichtingen van de lidstaten binnen de Europese Unie. Het Grondwettelijk Hof handhaafde reeds meermaals de gevolgen van een vernietigde norm omdat deze laatste, ondanks diens ongrondwettelijk karakter,

⁷⁶ GwH 8 december 2011, nr. 184/2011. Zie ook GwH27 januari 1993, nr. 6/93; GwH 14 juli 1994, nr. 57/94; GwH 15 mei 1996, nr. 30/96; GwH 17 maart 2004, nr. 45/2004; GwH 24 mei 2012, nr. 67/2012.

⁷⁷ USSC 17 mei 1954, *Brown v. Board of Education*, geraadpleegd via <http://supreme.justia.com>; T.S. CURRIER, “Time and change in judge-made law: prospective overruling”, *Virginia Law Review* 1965, 231.

⁷⁸ USSC 31 mei 1955, *Brown v. Board of Education*, geraadpleegd via <http://supreme.justia.com>.

⁷⁹ USSC 27 mei 1963, *Watson v City of Memphis*, geraadpleegd via <http://supreme.justia.com>; R.J. TRAYNOR, “Quo vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility”, *Hastings Law Journal* 1976-1977, 545; C. MOULY, “Le revirement pour l’avenir”, *JCP G* 1994, 328.

⁸⁰ Zie tevens C. MOULY, “Le revirement pour l’avenir”, *JCP G* 1994, 326.

voldeed aan Europese vereisten.⁸¹ Het vermijden van legislatieve lacunes, alsook het voorkomen van legislatieve validaties, zijn overwegingen die de rechter tevens kan betrekken in de belangenafweging. Tot slot is een vaak gehoord argument om een handhavingsmaatregel op te leggen, dat de wetgever de nodige tijd dient te krijgen om een keuze te maken en regelgevend op te treden. De Franse *Conseil constitutionnel* verantwoordt een uitgestelde werking niet uitzonderlijk “*afin de permettre au législateur d’apprécier les suites qu’il convient donner à cette déclaration d’inconstitutionnalité*”.⁸²

27. De derde categorie van belangen ziet op de eigenheid van het rechtsgebied. De belangen die spelen in het strafrecht, burgerlijk recht of fiscaal recht zijn immers moeilijk te vergelijken en afhankelijk van de aard van het rechtsgebied, zal de rechter tot een andere belangenafweging komen. Zo neemt de problematiek van de terugwerkende kracht een prominente plaats in binnen het strafrecht; *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege*. Bij het fiscale vraagstuk spelen de staatsfinanciën een cruciale rol⁸³ en binnen het domein van de contractuele vrijheid is dan weer het vertrouwen in rechtsregels van groot belang.⁸⁴

28. Tot slot dient de rechter in elke uitspraak oog te hebben voor de specifieke positie van de verzoekende partij(en), zgn. *case in point*, alsook van andere hangende zaken. We komen hier zo dadelijk op terug.

29. In het ontwerp van artikel 14^{ter} RvS dat aan de Raad van State ter advies werd voorgelegd, stipuleerde de bepaling uitdrukkelijk dat een handhaving enkel mogelijk was wanneer uitzonderlijke redenen rechtvaardigen *dat het rechtszekerheidsbeginsel primeert op het legaliteitsbeginsel*. Hier werd evenwel aangetoond dat de overweging van rechtszekerheid meerder invalshoeken kent; ofwel zou de opvatting van rechtszekerheid zo strikt ingevuld kunnen worden, dat bijvoorbeeld redenen van de continuïteit van de openbare dienst er niet onder vallen⁸⁵, ofwel zou het begrip rechtszekerheid zo ruim opgevat kunnen worden dat,

⁸¹ GwH 21 januari 2009, nr. 11/2009; GwH 2 maart 2011, nr. 33/2011; GwH 15 maart 2012, nr. 45/2012; GwH 14 juni 2012, nr. 76/2012.

⁸² *Conseil constitutionnel* (CC) 25 maart 2011, nr. 2010-108; Zie ook CC 30 juli 2010, nr. 2010-14/22; CC 22 september 2010, nr. 2010-32; CC 13 januari 2011, nr. 2010-83; CC 1 april 2011, nr. 2011-112; CC 9 juli 2011, nr. 2010-135/140; CC 21 oktober 2011, nr. 2011-190; CC 13 januari 2012, nr. 2011-208; CC 6 april 2012, nr. 2012-226; CC 20 april 2012, nr. 2012-235; CC 27 juli 2012, nr. 2012-268.

⁸³ I.J.J. BURGERS, “De dynamiek van goed koopmansgebruik en prospective overruling”, *RM Themis* 1992, 1241; J.M. SMITS, “Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie” in X (ed.), *Tijd en onzekerheid*, Deventer, Kluwer, 2000, 25.

⁸⁴ X, “Prospective Operation of Decisions Holding Statutes Unconstitutional or Overruling Prior Decisions”, *Harvard Law Review* 1946-1947, 441-443; N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, *TPR* 1989, 934-935; I.J.J. BURGERS, “De dynamiek van goed koopmansgebruik en prospective overruling”, *RM Themis* 1992, 1241; B. VAN DEN BERGH, ““Recht zkt zekerheid” voor vaste relatie”, *RW* 2010-11, 355.

⁸⁵ Dit was de bekommernis van de Raad van State, *Parl.St. Senaat* 2012-2013, nr. 5-2277/1, 98.

zoals hiervoor reeds vermeld, elke afwijking van de terugwerkende kracht ter bescherming van de rechtszekerheid kan verantwoord worden. Het valt dan ook toe te juichen dat deze overweging van rechtszekerheid niet in de uiteindelijke tekst is weerhouden.

B. Rekening houden met de belangen van derden

1° Case in point en andere hangende gedingen

30. Zojuist werd gewezen op de bijzondere positie van de *case in point*, alsook van andere hangende gedingen. Er ontstaat immers een spanning tussen de partij die streefde naar de vernieuwing van de norm, dan wel de vernietiging ervan, en de partij die de oude norm waarop hij vertrouwde nog steeds wenst toegepast te zien. Vaak wordt gesproken van het zgn. ‘beloningsargument’ of de zng. ‘profijtregel’; partijen procederen niet *pour la beauté du droit*, zij wensen ook zelf voordeel te halen uit hun inspanningen.⁸⁶ Niet zelden worden de artikelen 6 en 13 EVRM opgeworpen om dit argument te staven. Zij beschermen immers het recht op een effectief beroep en een daadwerkelijk rechtsmiddel. De uitsluiting van het voordeel van de uitspraak, zou hierop inbreuk kunnen maken.⁸⁷

31. Tegen dit idee van het beloningsargument zijn echter een heel aantal bemerkingen in te brengen. Vooreerst is het moeilijk verdedigbaar dat diegenen die de jurisprudentiële regel of on(grond)wettige norm plichtsbewust gevolgd hebben, hiervoor gestraft moeten worden.⁸⁸ Voorts kan niet ontkend worden dat elke procedure een risico is; er bestaat geen zekerheid omtrent de uitkomst.⁸⁹ Bovendien zal niet altijd duidelijk zijn in wiens voordeel de ‘nieuwe’ norm nu speelt.⁹⁰ Dit is vooral het geval wanneer meer dan twee partijen betrokken zijn. HAAZEN werpt overigens terecht op dat een ommekeer in de rechtspraak niet zelden te danken

⁸⁶ T.S. CURRIER, “Time and change in judge-made law: prospective overruling”, *Virginia Law Review* 1965, 214-216; W. FRIEDMANN, “Limits of judicial lawmaking and prospective overruling”, *Modern Law Review* 1966, 605; A.G.L. NICOL, “Prospective overruling: a new device for English Courts?”, *Modern Law Review* 1976, 546; R.J. TRAYNOR, “Quo vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility”, *Hastings Law Journal* 1976-1977, 546; W.H. HEEMSKERK, “Noot onder Hoge Raad 27 november”, *NJ* 1982, nr. 503, 1733; W. V. SCHAEFER, “Prospective rulings: two perspectives”, *Supreme Court Review* 1982, 23; M.V. POLAK, “Omgaan en overgaan”, *WPNR* 1986, 301; R.P.C. CORNELISSE, “Hoge Raad gaat om; rechtszekerheid en prospective overruling”, *NTFR* 2003, 2; E. DIRIX, “Rechterlijk overgangsrecht”, *RW* 2008-09, 1759.

⁸⁷ *Conseil d’État* 11 mei 2004, nr. 255886, *Association AC! et autres*; D. RENDERS, “Le maintien des effets d’un règlement annulé par le Conseil d’État et le respect des droits fondamentaux”, *JT* 2002, 764; P. MALINVAUD, “À propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence”, *RTD Civ.* 2005, 317; C. RADÉ, “De la rétroactivité des revirements de jurisprudence”, *Recueil Dalloz* 2005, 989; N. MOLFESSIS, “Les revirements de Jurisprudence. Rapport Général”, in X (ed.), *Les revirements de Jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Parijs, LexisNexis, 2005, 30; P. DEUMIER, “Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps: fondement et mode d’emploi d’un nouveau pouvoir des juge”, *RTD civ.* 2007, 79.

⁸⁸ O.A. HAAZEN, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, 461.

⁸⁹ R.J. TRAYNOR, “Quo vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility”, *Hastings Law Journal* 1976-1977,

⁹⁰ Hoge Raad 27 februari 2001, *NJ* 2001, nr. 499, 3702.

is aan de proceslustige verliezers.⁹¹ Tot slot zijn er ook partijen voor wie een zuivere onmiddellijke of uitgestelde werking volstaat. Het betreft hier de zgn. *repeat players*, zoals overheidsinstanties, belangenorganisaties en verzekeringsmaatschappijen. Zij zullen in latere procedures alsnog kunnen profiteren van de vernietiging of de nieuwe jurisprudentiële regel.

32. Om de concrete zaak het voordeel van de nieuwe norm of van de vernietiging alsnog toe te kennen, kan een gematigde onmiddellijke of uitgestelde werking opgelegd worden.⁹² In dergelijke situatie zal enkel voor die specifieke zaak de terugwerkende kracht van de uitspraak ten volle spelen.⁹³ Een belangrijke kritiek op de toepassing van de gematigde onmiddellijke of uitgestelde werking schuilt in de mogelijke schending van het gelijkheidsbeginsel.⁹⁴ Vooreerst wordt immers een onderscheid gemaakt tussen de zaak waar de rechter als eerste de nieuwe jurisprudentiële norm formuleerde of de vernietiging uitsprak en andere hangende gedingen. De ongelijke behandeling berust hier louter op de toevallige omstandigheid in welke zaak als eerste een beslissing ten gronde wordt geformuleerd.⁹⁵ De uitsluiting van de *case in point* van de temporele werking kan dan ook enkel indien alle hangende gedingen waar de toepassing van dezelfde jurisprudentiële norm wordt gevraagd, van het voordeel van de terugwerkende kracht kunnen genieten.

Daarnaast wordt er ook een onderscheid gemaakt tussen de partijen die reeds een procedure opgestart hadden en de zogenaamde ‘thuisblijvers’.⁹⁶ Toch kan hier moeilijk verdedigd worden dat dit onderscheid ongerechtvaardigd gemaakt wordt. In hoeverre kunnen partijen die reeds tijd, moeite en geld staken in een gerechtelijke procedure vergeleken worden met zij die dit niet gedaan hebben? Bovendien zal de onmiddellijke of uitgestelde werking niet veel voordeel meer hebben indien de nieuwe regel ook retroactief voor alle thuisblijvers dient te gelden. Ook het EHRM oordeelde reeds dat de uitsluiting van de

⁹¹ O.A. HAAZEN, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer, Kluwer, 2001, 461.

⁹² R.P.C. CORNELISSE, “Hoge Raad gaat om; rechtszekerheid en prospective overruling”, *NTRF* 2003, 1.

⁹³ M.V. POLAK, “Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht”, *RM Themis* 1984, 257.

⁹⁴ T.S. CURRIER, “Time and change in judge-made law: prospective overruling”, *Virginia Law Review* 1965, 237 en 239; J. STONE, *Precedent and Law*, Sydney, Butterworths, 1985, 189.

⁹⁵ R.J. TRAYNOR, “Quo vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility”, *Hastings Law Journal* 1976-1977, 559; O.A. HAAZEN, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer, Kluwer, 2001, 462-463; B. JURATOWITCH, “The Temporal Effect of Judgments in the United Kingdom” in P. POPELIER, S. VERSTRAELEN, D. VANHEULE en B. VANLERBERGHE (eds.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge, Intersentia, 2014, 174.

⁹⁶ J. DE BOER, “Ongelijke ‘overruling’”, *NJB* 1992, 855-856; O.A. HAAZEN, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer, Kluwer, 2001, 462; X. LAGARDE, “Modulation dans le temps des effets d’un revirement de jurisprudence : l’assemblée plénière de la Cour de cassation confirme” (noot onder zie Cour de Cassation 21 december 2006), *La Semaine Juridique Editions Générale* 20 juni 2007, nr. 25, II 10111; B. JURATOWITCH, “The Temporal Effect of Judgments in the United Kingdom” in P. POPELIER, S. VERSTRAELEN, D. VANHEULE en B. VANLERBERGHE (eds.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge, Intersentia, 2014, 174; Zie ook *Parl.St. Kamer 2007-2008*, nr. 1276/1, p. 3-7; GwH 26 november 2009, nr. 186/2009, B.9.3.

handhavingsmaatregel voor de verzoekende partij en niet voor de thuisblijvers, geen schending van het gelijkheidsbeginsel uitmaakt.⁹⁷

33. Voor wat het Belgische objectieve contentieux betreft, moeten hier de woorden ‘bij wege van algemene beschikking’ benadrukt worden. In 1985 werden deze woorden toegevoegd aan (huidig) artikel 8, derde lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof.⁹⁸ Hierdoor wenste de wetgever willekeur te vermijden en kan het Hof niet beslissen om de rechtsgeldigheid van bepaalde individuele rechterlijke beslissingen of bestuurshandelingen te handhaven.⁹⁹ Het Hof zou immers zelf het gelijkheidsbeginsel schenden indien het bijzondere, voor individuele gevallen bedoelde, uitzonderingen op de terugwerkende kracht zou bepalen.¹⁰⁰ Het is uit deze overweging dat, gelet op het voorgaande ten onrechte, afgeleid wordt dat het Hof geen uitzondering kan maken voor de verzoekende partijen en/of andere hangende gedingen.¹⁰¹ Om dezelfde redenen werd in het voormalig artikel 14^{ter} RvS-wet tevens expliciet vermeld dat een handhavingsmaatregel enkel ‘bij wege van algemene beschikking’ kon vastgesteld worden.¹⁰² Op voorstel van de Raad van State werd de overweging wederom opgenomen in het nieuwe artikel 14^{ter} RvS-wet, maar dit enkel in het geval de vernietigde bepaling een reglement betreft.¹⁰³

In het kader van de toepassing van artikel 4, tweede lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof, sloot het Grondwettelijk Hof evenwel reeds individuele zaken uit van de handhavingsmaatregel.¹⁰⁴ Behoudens deze enkele gevallen heeft noch het Hof, noch de Raad van State in die zin uitspraak gedaan. Bijgevolg kan een handhavingsmaatregel ertoe leiden dat de verzoekende partij van het voordeel van de vernietiging verstoken blijft.¹⁰⁵ In het hiervoor reeds vermelde arrest nr. 18/2012 overwoog het Grondwettelijk Hof evenwel dat wanneer de Raad van State het nodig zou achten, rekening houdend met de omstandigheden

⁹⁷ Besl. EHRM, *Mihka v. Austria*, 1996.

⁹⁸ Art. 1 wet van 10 mei 1985 betreffende de gevolgen van de door het Arbitragehof gewezen vernietigende arresten, *BS* 12 juni 1985.

⁹⁹ *Parl.St. Senaat* 1983-84, nr. 579/3, 29; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 320.

¹⁰⁰ *Parl.St. Senaat* 1988-89, nr. 483/2, 49; M.-F. RIGAUX, “L’effet rétroactif des arrêts d’annulation rendus par la Cour d’arbitrage et les effets de la norme annulée”, *JT* 1986, 590.

¹⁰¹ J. THEUNIS, “Tussen wettigheid en rechtszekerheid: het laten voorbetoestaan van onwettigheden in het licht van het Europese recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 3*, Brugge, die Keure, 2012, 391.

¹⁰² *Parl.St. Kamer* 1995-96, nr. 644/4, 6; Zie o.a. S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 243-244; A. WIRTGEN, “Bespreking van technieken van pragmatisch en billijk conflictbeheer door de Raad van State” in G. DEBERSAQUES, M. VAN DAMME, S. DE CLERQ en G. LAENEN (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State: 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 288-289.

¹⁰³ Adv. RvS *Parl.St. Senaat* 2012-2012, nr. 5-2271/1, 100.

¹⁰⁴ Zie o.a. GwH 9 juli 1992, nr. 56/92; GwH 13 april 2005, nr. 68/2005; GwH 30 oktober 2008, nr. 140/2008.

¹⁰⁵ Zie bv. P. HENRY, “La difficile mise en œuvre des zones d’aménagement différé en Région wallonne” (noot onder GwH 30 mei 2000, nr. 63/2000, *JLMB* 2000, 1362).

van de zaak, hij niettemin van de handhaving van de gevolgen van de nietig verklaarde verordening de rechtzoekenden kan uitsluiten die tijdig een beroep tot nietigverklaring tegen de verordening hebben ingediend, en dit met inachtneming van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.¹⁰⁶

Hiervoor werd reeds duidelijk dat voor de formulering van het nieuwe artikel 14^{ter} RvS-wet, de wetgever in belangrijke mate heeft rekening gehouden met arrest nr.18/2012. Jammer genoeg heeft voorgaande overweging niet voldoende aandacht gekregen. Er kan namelijk moeilijk ingezien worden hoe partijen die gerechtelijke stappen hebben ondernomen, zich in dezelfde positie bevinden als personen die dit niet hebben gedaan.¹⁰⁷ Een gelijke behandeling van onderscheiden situaties dringt zich niet op, dus een uitsluiting van verzoekende partijen en andere hangende gedingen van de handhavingsmaatregel, kan bijgevolg wel verantwoord worden.

34. Tot slot moet opgemerkt worden dat door een handhavingsmaatregel ook een aansprakelijkheidsvordering onmogelijk wordt. De handhavingsbeslissing geeft immers een geldige grondslag aan de gevolgen van vernietigde norm. Met de handhavingsmaatregel wil de rechter de terugwerkende kracht beperken, maar door aansprakelijkheidsvorderingen toe te laten, zou deze opnieuw ten volle spelen; het nuttig effect van de handhavingsmaatregel zou ontnomen worden.¹⁰⁸ Hierbij kan gedacht worden aan de situatie waar de rechter een uitgestelde werking toekent omdat een retroactieve vernietiging van de norm al te verregaande financiële gevolgen zou hebben voor de overheid. Dergelijke financiële nadelen zouden zich alsnog voordoen indien aansprakelijkheidsvorderingen mogelijk blijven. Deze uitsluiting van overheidsaansprakelijkheid voor de schade opgelopen tijdens de gehandhaafde periode, wordt algemeen aanvaard voor de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.¹⁰⁹ Gelet op de gelijkenis tussen beide handhavingsbevoegdheden, moet aangenomen worden dat een

¹⁰⁶ GwH 9 februari 2012, nr. 18/2012, B.9.3.

¹⁰⁷ F. TULKENS, "Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel. Quand le juge maintient les effets de ce qu'il annule", *JT* 2012, 738.

¹⁰⁸ Zie A. VAN OEVELEN en P. POPELIER, "De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving" in X (ed.), *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys&Breesch, 1997, 126; P. POPELIER, "Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever", *RW* 2006-07, 258-259; K. MUYLLE, "Wat kan een rechtspracticus aanvangen met een arrest van het Grondwettelijk Hof?" in P.D.G. CABOOR, J. DEBIÈVRE, G. LAENEN, K. MUYLLE, I. VERHEVEN en A. WIRTGEN (eds.), *Rechtsbescherming*, Brugge, die keure, 2008, 194-195; P. VAN OMMESLAGHE en J. VERBIST, "Overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht", *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1627/1, 36; A. ALEN, "Overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens schending van de Grondwet" in P. MARTENS *et al.* (eds.), *Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 865.

¹⁰⁹ *Ibid.*

handhavingsmaatregel uitgesproken door de Raad van State, evenzeer de aansprakelijkheid van de Belgische Staat voor foutief handelen van het bestuur uitsluit.

35. Voorgaande overwegingen leiden echter tot volgende vaststelling: wanneer een norm vernietigd, maar gehandhaafd wordt dan zal de onregelmatige norm alsnog toepassing vinden, is een aansprakelijkheidsvordering uitgesloten, en bovendien is een toepassing van artikel 159 Gw. niet langer mogelijk voor wat betreft de onregelmatige bestuurshandeling. Het belang van de mogelijkheid om de verzoekende partij en andere hangende gedingen uit te sluiten van de handhavingsmaatregel, mag dan ook niet onderschat worden.

Hierbij kan voorts gewezen worden op de recent verkregen bevoegdheid van de Raad van State om een schadevergoeding tot herstel toe te kennen.¹¹⁰ Wanneer de Raad zich hierover uitspreekt, kan hij rekening houden met *alle omstandigheden van openbaar en particulier belang*. De belangen die hij afwoog bij het bepalen van de handhavingsmaatregel, kan hij aldus opnieuw mee in overweging nemen.¹¹¹ Zo kan de Raad beslissen geen volledige vergoeding toe te kennen, maar een meer beperkte genoegdoening, wanneer een handhavingsmaatregel net was opgelegd om de nefaste financiële gevolgen van een vernietiging *ex tunc* te beperken. Werd een handhavingsmaatregel uitgesproken omdat de vernietiging van de benoeming van een leerkracht bijvoorbeeld al te verre gaande gevolgen heeft voor de studenten in het lopende academiejaar¹¹², dan staat niets een volledige schadevergoeding in de weg. In het bijzonder bij de handhaving van de gevolgen van een vernietigde individuele bestuurshandeling, zal deze bevoegdheid een belangrijke rol spelen; door de toekenning van een schadevergoeding tot herstel, zal de verzoekende partij alsnog enig rechtsherstel verkrijgen.

2° Geen ambtshalve optreden

36. De overweging dat rekening gehouden kan worden met de belangen van derden, werd op voorstel van de afdeling Wetgeving expliciet in het dispositief ingevoegd. Ondanks de vaststelling dat dit blijkens de jurisprudentie van de afdeling Bestuursrechtspraak reeds het

¹¹⁰ Art. 144, tweede lid, Gw.; Art. 11bis RvS-wet.

¹¹¹ Art. 11bis, eerste lid, RvS-wet; zie uitvoerig M. MERCKAERT, “Artikel 144 van de Grondwet en het toekennen van schadevergoeding tot herstel door de Raad van State” in A. ALEN, B. DALLE, K. MUYLLE, W. PAS, J. VAN NIEUWENHOVE en W. VERRIJDT (eds.), *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2014, 245 et seq.; S. VERSTRAELEN, “De burgerrechtelijke gevolgen van de uitspraken van administratieve rechtscolleges: wanneer het doel niet alle middelen heiligt” in J. VELAERS, J. VANPRAET, Y. PEETERS en W. VANDENBRUWAENE (eds.), *De Zesde Staatshervorming: instellingen, bevoegdheden en middelen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 227 et seq.

¹¹² Zie bijvoorbeeld RvS 31 mei 1985, nr. 25.424, Heyndels, *Arr.RvS* 1985, 223; RvS 9 juni 2009, nr. 194.015, Maselyne.

geval was en ondanks het feit dat dit afgeleid kan worden uit de vaststelling dat een handhavingsmaatregel alleen mogelijk is als de Raad ‘het nodig acht’, vond zij het raadzaam die voorwaarde uitdrukkelijk op te nemen.¹¹³ Opnieuw is niet duidelijk waarom dergelijke expliciete vermelding vereist was; ze geeft op geen enkele wijze enige richtlijn aan de afdeling Bestuursrechtspraak wat betreft de toepassing van de handhavingsbevoegdheid.

Bovendien moet volgende vraag gesteld worden: kan de Raad nog ten volle rekening houden met de belangen van derden, wanneer hij niet langer ambtshalve een handhavingsmaatregel kan opleggen? De Raad kan immers enkel de gevolgen van een vernietigde norm handhaven, wanneer de verwerende of tussenkomen partij hierom verzoeken. Opnieuw wordt duidelijk waarom de uitsluiting van het ambtshalve optreden moeilijk aanvaard kan worden.

V. Procedureel kader

A. Motiveringsverplichting

37. Het nieuwe artikel 14^{ter} RvS-wet voorziet ook in enkele procedurele waarborgen. Vooreerst dient een handhavingsmaatregel bevolen te worden bij een *met bijzondere redenen omklede beslissing*. Op die manier kan men zich vergewissen van het bestaan van de ‘uitzonderlijke redenen’ die de handhaving verantwoorden.¹¹⁴

38. Ook de temporele modulering houdt een actief en rechtsvormend optreden van de rechter in.¹¹⁵ Bijgevolg moet, evenzeer als bij een inhoudelijk actief optreden, de rechter dit optreden afdoende verantwoorden en legitimeren. Binnen het concept van de deliberatieve democratie zijn de vereisten van motivering en publiciteit essentieel, dit geldt evenzeer voor de temporele modulering.¹¹⁶

Dat de rechter duidelijk en omstandig zijn beslissing moet motiveren vloeit tevens voort uit de hiervoor gedane vaststelling dat de wetgever niet in een wettelijke basis moet voorzien opdat de rechter de temporele werking van zijn uitspraak kan wijzigen. De

¹¹³ Adv. RvS *Parl.St. Senaat* 2012-2012, nr. 5-2271/1, 100-101.

¹¹⁴ *Parl.St. Senaat* 2012-2012, nr. 5-2271/1, 12.

¹¹⁵ F. RIGAUX, “Une machine à remonter le temps: la doctrine du précédent” in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Brussel, Bruylant, 1998, 65; P. MORVAN, “Le revirement de jurisprudence pour l’avenir: humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon”, *Recueil Dalloz* 2005, 248.

¹¹⁶ M. TASCHER, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, Besançon, Université de Franche-Comté, 2011, 337, beschikbaar via <http://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00790014>;

belangenafweging moet in elke concrete zaak door de rechter gemaakt worden, de wetgever kan hier weinig aan toevoegen. Bijgevolg moet deze belangenafweging klaar en duidelijk uit de uitspraak blijken. Er wordt niet voorzien in een wettelijke rechtsgrond, de mogelijkheid om de temporele werking van een uitspraak te bepalen wordt als inherent aan de rechtsprekende functie beschouwd. De rechter dient dan ook zijn beslissing omtrent de temporele werking afdoende te verantwoorden en deze beslissing moet de nodige publiciteit verkrijgen.

39. ROSOUX stelt vast dat omwille van de discretionaire bevoegdheid, het Grondwettelijk Hof “*n’est donc, formellement, pas tenue de motiver sa décisions de maintenir ou non les effets des dispositions qu’elle annule*”.¹¹⁷ Deze overweging kan moeilijk bijgetreden worden. Dat de Raad van State en het Grondwettelijk Hof over een discretionaire bevoegdheid beschikken, versterkt enkel de motiveringsverplichting. Binnen het concept van de deliberatieve democratie kan dergelijk actief rechterlijk optreden enkel plaatsvinden als de nodige maatschappelijke verantwoording afgelegd wordt.¹¹⁸

40. Toch blijkt de motivering van de temporele modulering in vele uitspraken ondermaats te zijn. Zo zijn de overwegingen van het Grondwettelijk Hof aangaande de handhavingsmaatregel doorgaans zeer beknopt en bestrijken ze zelden meer dan een alinea. De overwegingen dat toepassing moet gemaakt worden van de handhavingsbevoegdheid ‘teneinde de regelgever tijd te gunnen om op te treden’¹¹⁹, ‘om redenen van rechtszekerheid’¹²⁰ en ‘teneinde administratieve en budgettaire moeilijkheden te voorkomen’¹²¹ zijn legio. Toch is die ene zin niet afdoende om een handhavingsmaatregel te verantwoorden. Welke administratieve moeilijkheden zijn er? Zijn de financiële gevolgen wel degelijk dermate nefast? Waarom wordt net die termijn toegekend? Het Hof presenteert de handhavingsmaatregel vaak als een logisch gevolg van de vernietiging van de betwiste norm, maar dit is het zeker niet. In het bijzonder het Hof van Justitie is in hetzelfde bedje ziek:

¹¹⁷ G. ROSOUX, “Le maintien des “effets” des dispositions annulées par la Cour d’arbitrage: théorie et pratique” in X (ed.), *Liber amicorum Paul Martens: l’humanisme dans la résolution des conflits: utopie ou réalité?*, Brussel, Larcier, 2007, 443.

¹¹⁸ M. ADAMS, “De argumentatieve en motiveringspraktijk van hoogste rechters: rechtsvergelijkende beschouwingen”, *RW* 2008-09, 1507.

¹¹⁹ GwH 11 februari 1993, nr. 10/93; GwH 10 juni 1998, nr. 66/98; GwH 30 juni 2004, nr. 114/2004; GwH 22 september 2004, nr. 154/2004; GwH 23 maart 2005, nr. 62/2005; GwH 1 juni 2005, nr. 101/2005; GwH 13 juli 2005, nr. 128/2005; GwH 19 juli 2005, nr. 134/2005; GwH 8 november 2006, nr. 163/2006; GwH 13 maart 2008, nr. 49/2008; GwH 27 januari 2011, nr. 8/2011; GwH 30 juni 2011, nr. 116/2011; GwH 14 februari 2013, nr. 7/2013.

¹²⁰ GwH 8 juni 1988, nr. 58; GwH 21 december 1988, nr. 71; GwH 31 januari 1989, nr. 1/89; GwH 9 juli 1992, nr. 56/92; GwH 31 maart 2004, nr. 59/2004; GwH 14 juli 2004, nr. 132/2004; GwH 22 september 2004, nr. 154/2004; GwH 14 september 2005, nr. 137/2006; GwH 14 februari 2013, nr. 7/2013.

¹²¹ GwH 27 januari 1993, nr. 6/93; GwH 15 mei 1996, nr. 30/96; GwH 13 juni 1996, nr. 37/96; GwH 14 juli 1997, nr. 42/97; GwH 11 juni 2003, nr. 78/2003; GwH 17 juli 2008, nr. 104/2008; GwH 30 oktober 2012, nr. 134/2012; GwH 16 mei 2013, nr. 66/2013.

wanneer het Europese Hof in het kader van het vernietigingscontentieux een handhavingsmaatregel oplegt, wordt deze steevast verantwoord door te verwijzen naar *ernstige redenen van rechtszekerheid*.¹²²

41. Een opmerkelijk arrest van de Raad van State betreft arrest nr. 82.185 tot rechtzetting van een materiële fout in een eerder arrest.¹²³ Het enige artikel van arrest nr. 82.185 vult het dictum van het eerder arrest aan met een definitieve handhavingsmaatregel. Vooreerst kan men zich afvragen of dergelijke aanvulling wel een louter materiële rechtzetting is. Daarnaast blijkt noch uit het eerste, noch uit het amper drie pagina's tellende tweede arrest waar deze handhavingsmaatregel plots vandaan komt.

Toch moet vastgesteld worden dat de overwegingen van de Raad van State aangaande de temporele modulering vaak redelijk uitgebreid zijn, in het bijzonder wanneer hij het verzoek afwijst.¹²⁴ De zware bewijslast die de Raad oplegt aan de partij die om de handhavingsmaatregel verzoekt, zal hieraan niet vreemd zijn. Dat de Raad regelmatig de debatten heropende om uitsluitend standpunten in te nemen t.a.v. een mogelijke toepassing van artikel 14^{ter} RvS-wet, zorgt uiteraard voor een uitgebreide behandeling van het onderwerp.¹²⁵

42. In vergelijking met zijn Franse¹²⁶ en Nederlandse¹²⁷ collega's, legt het Hof van Cassatie een grote terughoudendheid aan de dag betreffende de beoordeling van de temporele werking van zijn uitspraken. Het Hof van Cassatie week slechts tweemaal af van de principiële terugwerkende kracht van zijn uitspraak en het deed dit zelden in expliciete bewoordingen.

¹²² Zie o.a. HvJ 54/75, *Raphaël de Dapper e.a. v. Parlement*, 1977; HvJ C-360/93, *Parlement v. Raad*, 1996, § 35; HvJ C-106/96, *Verenigd Koninkrijk v. Commissie*, 1998, § 41; HvJ C-445/00, *Republiek Oostenrijk v. Raad*, 2003; E. BRIBOSIA en I RORIVE, "Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions Européennes", *Rev.Dr. ULB* 2002, 129; C. WALDHOFF, "Recent developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ", *CML Rev.* 2009, 182-183.

¹²³ RvS 1 juli 1999, nr. 81.583; RvS 3 september 1999, nr. 82.185.

¹²⁴ Zie o.a. RvS 6 november 2006, nr. 164.368; RvS 4 maart 2011, nr. 211.807; RvS 13 december 2011, nr. 216.841; RvS 6 december 2010, nr. 221.648.

¹²⁵ RvS 13 december 2011, nr. 216.841; RvS 15 februari 2012, nr. 217.996; RvS 18 oktober 2012, nr. 221.078.

¹²⁶ Zie o.a. *Cour de Cassation* 8 juli 2004, nr. 01-10426; *Cour de Cassation* 21 december 2006, nr. 00-20493; *Cour de Cassation* 17 september 2008, nr. 07-41656; *Cour de Cassation* 11 maart 2009, nr. 07-18581; *Cour de Cassation* 6 mei 2010, nr. 09-12344.

¹²⁷ Zie o.a. Hoge Raad 16 mei 1986, *NJ* 1986, nr. 723, 2734; Hoge Raad 13 november 1991, *BNB* 1992, nr. 109, 667; Hoge Raad 18 december 1991, *BNB* 1992, nr. 181, 1131-1156; Hoge Raad 10 mei 1996, *NJ* 1996, 3676-3677; Hoge Raad 6 januari 1998, *NJ* 1998, nr. 367, 2105-2106; Hoge Raad 27 februari 2001, *NJ* 2001, nr. 499, 3702; Hoge Raad 28 juni 2000, *BNB* 2000, nr. 275, 2381-2384; Hoge Raad 11 september 2012, nr. 11/03781; Hoge Raad 11 september 2012, nr. 11/00549; Hoge Raad 11 september 2012, nr. 11/00550.

In de nasleep van het arrest Marckx, paste het Hof van Cassatie de temporele modulering die het EHRM voorop had gesteld, ook toe op de hem voorliggende geschillen mits een eenvoudige verwijzing naar de Straatsburgse uitspraak.¹²⁸ Het Europees Hof had de Belgische staat er immers van ontheven om alle juridische handelingen of toestanden die de datum van de uitspraak vooraf waren gegaan, *de facto* aldus de nalatenschappen die reeds opengevallen waren, te heropenen.¹²⁹

De tweede casus waarin het Hof van Cassatie afweek van de terugwerkende kracht van zijn beslissing betrof de vraag naar het toepasselijke recht op het huwelijksvermogen binnen het internationaal privaatrecht.¹³⁰ Het Hof van Cassatie bevestigde de nieuwe opvatting dat de eerste echtelijke verblijfplaats van het echtpaar, dan wel de plaats waar de echtgenoten het best zijn geïntegreerd, het toepasselijke recht op het huwelijksvermogensstelsel bepaalt, en niet de nationale wet van de man zoals de regel was onder de oude verwijzingsregel. Reden voor deze evolutie was het (inter)nationale streven naar de gelijkheid tussen man en vrouw zoals onder meer in het EVRM bevestigd werd, alsook in de wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels.¹³¹ *In casu* betrof het een Belgische vrouw en een Italiaanse man die op 26 april 1952 huwden. Door een terugwerkende kracht zou de nieuwe verwijzingsregel toepassing hebben moeten vinden op het huwelijk dat ruim veertig jaar eerder was gesloten. Het Hof beperkte dergelijke terugwerkende kracht door de toepassing van de oude verwijzingsregel in het voorliggende geschil als niet problematisch te beschouwen. De motivering van de uitspraak liet evenwel te wensen over en verwees enkel naar het wettelijk overgangsrecht dat *in casu* niet van toepassing was.¹³²

B. Tegensprekelijk debat

43. In de rechtspraak van de Raad van State tekende zich een belangrijke evolutie af. Reeds meermaals heropende de Raad de debatten zodat partijen standpunt konden innemen

¹²⁸ Cass. 15 mei 1992, RW 1992-1993, 329-330; Cass. 21 oktober 1993, AR 9616.

¹²⁹ EHRM, *Marckx v. Belgium*, 1979, para. 58.

¹³⁰ Cass. 9 september 1993, AR 9426; F. OST en S. VAN DROOGHENBROECK, "Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions Belges", *Rev. Dr. ULB* 2002, 417-22.

¹³¹ Wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels, BS 18 september 1976.

¹³² Cass. 9 september 1993, AR 9426.

betreffende de mogelijke toepassing van artikel 14^{ter} RvS-wet.¹³³ Deze praktijk kon enkel maar aangemoedigd worden. Gelet op de verregaande impact die een handhavingsmaatregel kan hebben, moet aangenomen worden dat artikel 6 EVRM een tegensprekelijk debat aangaande deze maatregel vereist.

Deze praktijk werd echter niet verankerd tijdens de recente wijzigingen van het algemeen procedurereglement van de Raad van State. Meer nog, de regelgever wenste net te vermijden dat het verzoek tot handhaving voor de eerste keer geformuleerd zou worden op de hoorzitting.¹³⁴ Nu de Raad van State niet langer ambtshalve een handhavingsmaatregel kan opleggen, kan deze overweging niet verbazen. Het KB van 28 januari 2014 beklemtoont bijgevolg dat een vordering tot behoud van de gevolgen uiterlijk in de laatste memorie geformuleerd en gemotiveerd moet worden. Op deze manier zal het tegensprekelijk debat inderdaad ten volle kunnen plaatsvinden. Overeenkomstig het nieuwe artikel 14 van het procedurereglement, beschikken de andere partijen dan over een termijn van dertig dagen om hun schriftelijke opmerkingen te doen gelden. Het aangewezen lid van het auditoraat dient vervolgens binnen de vijftien dagen een aanvullend verslag op te stellen betreffende een mogelijke handhavingsmaatregel.¹³⁵ Ook voor vorderingen waar slechts korte debatten vereist zijn, werd de regelgeving gewijzigd zodat een tegensprekelijk debat over een eventuele handhavingsmaatregel mogelijk wordt. Artikel 93 van het procedurereglement stipuleert dat wanneer het lid van het auditoraat in zijn verslag adviseert tot de nietigverklaring, de verwerende of tussenkomen partij binnen de vijftien dagen een toepassing van artikel 14^{ter} RvS-wet kan vragen. De andere partijen kunnen vervolgens eveneens hun schriftelijke opmerkingen doen gelden. Nadien zal ook het lid van het auditoraat een aanvullend verslag opstellen betreffende de mogelijkheid om een handhavingsmaatregel op te leggen.¹³⁶

Dat het auditoraatsverslag zich zal uitspreken over een mogelijke toepassing van artikel 14^{ter} RvS-wet nog voor het eigenlijke vernietigingsarrest van de Raad van State, kan niet als problematisch beschouwd worden. Vernietigt de Raad de betwiste norm niet, dan zal

¹³³ Zie RvS 18 maart 2011, nr. 212.127; RvS 27 oktober 2011, nr. 216.047; RvS 28 februari 2012, nr. 218.227; RvS 28 juni 2012, nr. 220.085; RvS 9 oktober 2012, nr. 220.914.

¹³⁴ Verslag aan de Koning bij art. 4 KB 28 januari 2014 tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, *BS* 3 februari 2014.

¹³⁵ Art. 4 KB 28 januari 2014 tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, *BS* 3 februari 2014; Art. 14, derde lid, RB 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, *BS* 23 augustus 1948.

¹³⁶ Art. 10 KB 28 januari 2014 tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, *BS* 3 februari 2014; Art. 93, tweede lid, RB 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, *BS* 23 augustus 1948.

de handhavingsproblematiek eenvoudigweg niet spelen. Hierbij kan gedacht worden aan de rechtspraak voor het Europese Hof van Justitie. Zo pleitten beide advocaten-generaal in het arrest *Banca Popolare* voor een handhavingsmaatregel, maar legde het Hof de richtlijn op die manier uit dat de Italiaanse belastingregeling hieraan niet in de weg stond.¹³⁷

44. Hoeveel discussie en debat aan een handhavingsmaatregel van het Grondwettelijk Hof voorafgaat, is niet steeds duidelijk. Wanneer het Hof de maatregel ambtshalve oplegt, en dit gebeurt niet uitzonderlijk¹³⁸, blijkt niet uit het zgn. A-gedeelte dat partijen hierover standpunt hebben kunnen innemen. Het lijkt alsof het Hof het voldoende acht dat partijen in hun conclusies standpunt konden bepalen omtrent de toepassing van artikel 8, derde lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof en een tegensprekelijk debat bijgevolg mogelijk was. Wanneer het Hof in 2011 voor de eerste keer de gevolgen van een ongrondwettig verklaarde norm handhaaft, wijzen MAHIEU en PIJCKE erop dat deze toepassing een mogelijke schending van artikel 6 EVRM inhoudt.¹³⁹ Partijen konden immers niet voorspellen dat het Hof artikel 8, derde lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof op analoge wijze zou toepassen in een prejudiciële procedure.

45. Niet in het minst voor de rechtscollages zelf is het belangrijk dat partijen verduidelijken welke gevolgen een vernietiging teweeg zouden brengen; zij zijn immers in belangrijke mate aangewezen op de gegevens die partijen aanbrenge om te beoordelen of een handhavingsmaatregel opportuun is en onder welke modaliteiten. De strikte bewijslast die de Raad van State oplegt, kan in dat opzicht dan ook niet verbazen. Hierbij moet opnieuw het belang van een afdoende motivering van de handhavingsmaatregel benadrukt worden. Een coherente en nader uitgewerkte rechtspraak aangaande het temporele aspect, zal er immers toe leiden dat partijen een beter beeld krijgen van de criteria die de rechter hanteert, wat hen zou kunnen aansporen deze uit te werken voor wat hun concrete situatie betreft. Het gebruik van

¹³⁷ Concl. Adv.Gen. JACOBS 17 maart 2005 bij HvJ C-475/03, *Banca Popolare Di Cremona v. Agenzi Entrate Ufficio Cremona*, 2006, §§ 86-88; Concl. Adv.Gen. STIX-HACKL 14 maart 2006 bij HvJ C-475/03, *Banca Popolare Di Cremona v. Agenzi Entrate Ufficio Cremona*, 2006, §§ 161-164; HvJ C-475/03, *Banca Popolare Di Cremona v. Agenzi Entrate Ufficio Cremona*, 2006, § 39.

¹³⁸ In 65 van de 86 handhavingsarresten die werden uitgesproken, handhaaft het Hof de gevolgen ambtshalve. Deze telling behelst de rechtspraak van het Hof vanaf 1985 t.e.m. juni 2014. Zie jaarverslagen op www.const-court.be.

¹³⁹ M. MAHIEU en G. PIJCKE, “Aménagement dans le temps des effets des arrêts rendus sur question préjudicielle: la Cour constitutionnelle a franchi le cap” (noot onder GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011), *JT* 2011, 717-718.

de *catch-all* overweging dat een handhaving vereist is om redenen van rechtszekerheid, biedt (latere) partijen geen enkele houvast om een verzoek tot handhaving te onderbouwen.¹⁴⁰

46. De vereiste van een tegensprekelijk debat speelt eveneens in procedures voor de gewone rechter wanneer die zich over de temporele werking van zijn beslissing uitsprekt. De problematiek wordt evenwel ingewikkelder, in het bijzonder voor de burgerlijke rechtspleging die gekenmerkt wordt door het accusatoir karakter en de beschikkingsbevoegdheid van de partijen.¹⁴¹ Elders maakte ik duidelijk dat verschillende situaties van elkaar onderscheiden moeten worden.¹⁴² Zo is er de situatie waar de gewone rechter die de rechtspraak wijzigt, of voor de eerste keer toepast, zelf in de temporele modulering voorziet. Vervolgens zijn er de situaties waar het Hof van Cassatie de inhoudelijke, dan wel de temporele beoordeling van een rechterlijke uitspraak zal toetsen. In elk van deze situaties spelen verschillende procedurele regels, waarbij het tegensprekelijk karakter van de temporele werking op een andere wijze gewaarborgd wordt, of kan worden. Een belangrijk instrument is artikel 774 Ger.W. Dit artikel biedt de rechter de mogelijkheid om ambtshalve de heropening van de debatten te bevelen. Op die manier kunnen partijen uitgenodigd worden om alsnog standpunt in te nemen aangaande de temporele werking van de beslissing.¹⁴³ Over de mogelijke toepassing van artikel 774 Ger.W. in een cassatieprocedure, bestaat echter onenigheid.¹⁴⁴ Artikel 1097 Ger.W. voorziet evenwel in een aantal situaties waarin het Hof van Cassatie de zaak naar een latere zitting dient te verdagen. Bijgevolg kan ervoor gepleit worden dat het Hof bij de uitspraak over de temporele werking, eenzelfde techniek toepast. In het kader van de techniek van de substitutie van motieven, heeft het Hof van Cassatie bovendien ook reeds bevolen om de zaak te verdagen om partijen de mogelijkheid te bieden tegenspraak te voeren.¹⁴⁵ Bijgevolg moet aangenomen worden dat eenzelfde procedure kan toegepast worden

¹⁴⁰ F. OST en S. VAN DROOGHENBROECK, “Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions Belges”, *Rev. Dr. ULB* 2002, 25.

¹⁴¹ R. VERBEKE, “De oorzaak van de vordering en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden” (noot onder Cass. 14 april 2005), *RABG* 2005, 1667; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 3; C. STORCK, “Considérations sur le moyen de cassation en matière civile” in A. BOSSUYT, B. DECONINCK en E. DIRIX (eds.), *Liber spei et amicitiae Ivan Verougstraete*, Gent, Larcier, 2011, 102; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 54-56.

¹⁴² S. VERSTRAELEN, *Rechterlijk overgangsrecht in het publiek en privaats procesrecht: nieuwe ontwikkelingen aangaande de werking in de tijd van vonnissen en arresten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, Deel 4 subjectief contentieux, Hoofdstuk IV, § 5 procedureel kader, te verschijnen.

¹⁴³ Brussel 2 februari 2010, *NjW* 2010, 420 (noot VANDERHAEGEN); P. LEMMENS, “De ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en de eerbiediging van de rechten van verdediging (noot onder Cass. 22 oktober 1982), *RW* 1982-1983, 2190; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Chronique de l’office du juge” (noot onder Cass. 13 maart 2013), *JLMB* 2013, 1318.

¹⁴⁴ D. DE ROY, “De procedurele aspecten van de substitutie van motieven door het Hof van Cassatie in burgerlijke zaken”, *Jaarverslag Hof van Cassatie* 2006, 202.

¹⁴⁵ In nasleep van het arrest EHRM, *Clinique des Acacias c. France*, 2005; Zie o.a. Cass. 19 maart 2007, AR C030582N; Cass. 23 april 2009, nr. 080253F; A. DECROËS, “La substitution de motifs par la Cour de cassation”, *Ann.dr.Louvain* 1998,

wanneer het Hof zich wenst uit te spreken over de temporele werking. Dergelijke oneigenlijke toepassing van artikel 1097 Ger.W. zou evenwel niet nodig zijn wanneer de wetgever in een wettelijke grondslag zou voorzien zodat ook het Hof van Cassatie ambtshalve de debatten zou kunnen heropenen.

47. Gelet op het cruciale belang van het tegensprekelijk debat, kan de wettelijke verankering van deze procedurele waarborg bijgevolg enkel maar toegejuicht worden, zelfs nu ze ingebed staat in de regelgeving van het rechtscollege dat het tegensprekelijk debat reeds hoog in het vaandel draagt.

VI. Conclusie

48. Dat de temporele werking van rechterlijke uitspraken opnieuw wat aandacht krijgt, kan enkel maar toegejuicht worden. Elke rechterlijke beslissing kent immers een temporele werking; partijen, rechters en ook de wetgever dienen hieraan dan ook de nodige aandacht schenken, in het bijzonder wanneer de rechter actief optreedt en de problematiek van het rechterlijk overgangsrecht speelt.

49. Er werd op gewezen dat de temporele modulering inherent is aan de rechtsprekende functie en de wetgever hiervoor bijgevolg geen wettelijke grondslag dient te voorzien. Voor wat het Grondwettelijk Hof en de Raad van State betreft, heeft de wetgever dit wel gedaan. Artikel 8, derde lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof, alsook oud artikel 14^{ter} RvS-wet, bieden de nodige vrijheid om de temporele werking te beoordelen. Over het nieuwe artikel 14^{ter} RvS-wet kunnen evenwel volgende drie opmerkingen gemaakt worden.

Vooreerst valt niet te begrijpen waarom de Raad van State niet langer ambtshalve een handhavingsmaatregel kan opleggen. Hiermee raakt de wetgever aan het cruciale element van flexibiliteit; de Raad van State zal zich terughoudender opstellen in de beoordeling van de wettigheid wanneer niet om een handhavingsmaatregel werd verzocht. Hopelijk komt er voldoende bewustwording bij partijen om expliciet een toepassing van artikel 14^{ter} RvS-wet te verzoeken.

430-433; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “La substitution de motifs astreinte à la contradiction” (noot onder EHRM, *Clinque des Acacias c. France*, 2005), *JT* 2005, 678-679; E. LONCKE en G. PIJCKE, “Administratieve cassatie en substitutie van motieven” (noot onder RvS 30 december 2010, nr. 210.195), *CDPK* 2011, 459; E. WAÛTERS en S. MOSSELMANS, “Substitutie van motieven om een motiveringsgebrek te verhelpen” in A. BOSSUYT, B. DECONINCK en E. DIRIX (eds.), *Liber spei et amicitiae Ivan Verougstraete*, Gent, Larcier, 2011, 167-168.

Vervolgens snijdt de toevoeging dat een handhavingsmaatregel enkel kan bevolen worden om *uitzonderlijke redenen die een aantasting van het legaliteitsbeginsel rechtvaardigen*, geen hout. Er werd gewezen op de vele belangen die mogelijks aan bod kunnen komen en die afhankelijk van de concrete casus de ene keer wel, en de andere niet een handhavingsmaatregel zullen kunnen verantwoorden. De aantasting van het legaliteitsbeginsel is tevens inherent aan elke afwijking van de terugwerkende kracht, en is bijgevolg weinigzeggend. Gelet op het feit dat elke beoordeling van de temporele werking strikt aan de desbetreffende casus verbonden is, kan de wetgever de rechter eenvoudigweg geen concrete richtlijnen bieden en weerhoudt hij zich ook beter van het formuleren van dergelijke algemene overwegingen.

Tot slot is de verankering van de procedurele aspecten wel een belangrijke stap. Hoewel het voor zich spreekt dat ook de temporele modulering afdoende verantwoord wordt, blijkt dit niet steeds bij alle rechtscolleges het geval. Hetzelfde kan gezegd worden voor het tegensprekelijk karakter. Het was misschien een ongelukkige keuze om deze vereisten net in te schrijven in de regelgeving van de Raad van State, het rechtscollege dat waarschijnlijk de beste leerling van de klas is wat de naleving hiervan betreft. De hoop mag evenwel gekoesterd worden dat door de wijziging van artikel 14^{ter} RvS-wet het Grondwettelijk Hof, en mogelijks zelfs het Hof van Cassatie, oog hebben voor deze procedurele omkadering wanneer ze de temporele werking van hun eigen arresten moduleren.