

AR nr. P.14.0022.F

A.V.A. t/ J.H. e.a. en Belgische Staat, FOD Justitie

Volledige weergave: zie www.rw.be



NOOT – Zie ook: Cass. 11 februari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, p. 804, nr. 373, noot R.D.; Cass. 15 december 2004, *Arr.Cass.* 2004, p. 2049, nr. 613. Ook wanneer de strafrechter zich ertoe beperkt uitspraak te doen over de burgerlijke rechtsvordering, zijn de bepalingen van art. 848 tot 850 Ger.W. betreffende de ontkenning van proceshandeling niet van toepassing voor de strafrechten (Cass. 19 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, p. 138, nr. 45).

S.V.O.

Hof van Cassatie

2e Kamer – 26 februari 2014



Voorzitter-rapporteur: de h. de Codt
Openbaar ministerie: de h. Vandermeersch
Advocaat: mr. T' Kint

Hoven en rechtbanken – Rechtsmacht – Eindbeslissing – Principe dat de latere beslissing zal beïnvloeden – Gevolg – Geschilpunt aan de rechtsmacht onttrokken – Verbod om erop terug te komen – Sanctie

Een rechterlijke beslissing bevat een eindbeslissing in de zin van art. 19, eerste lid Ger.W. wanneer, bij de beslechting van een geschil, een principe wordt aangenomen dat de latere beslissing over de vordering zal beïnvloeden, ook al wordt die vordering pas later in haar geheel beslecht.

Bevat de rechterlijke beslissing een eindbeslissing, dan wordt het bedoelde geschilpunt aan de rechtsmacht van de rechter onttrokken en kan hij niet meer op zijn beslissing terugkomen, ook niet met toestemming van de partijen. De miskenning van deze regel komt neer op machtsoverschrijding.

AR nr. P.13.1637.F

Belgisch Gemeenschappelijk Waarborgfonds t/ T. e.a.

Volledige weergave: zie www.rw.be



NOOT – Zie ook: Cass. 2 april 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1013; Cass. 2 juni 1992, *RW* 1993-94, 17.

Raad van State

9e Kamer – 3 februari 2015

Voorzitter: de h. Van Haegendoren
Auditoraat: mevr. Mareen (andersluidend advies)
Advocaten: mrs. Martel en Caluwaert, tevens loco Wirtgen, en Devers

Onderwijs – Hoger onderwijs – Personeel – Recht op terugbetaling woon-werkverkeer – Tenlasteneming Vlaamse Gemeenschap – Uitsluiting universiteiten – Prejudicieel arrest Grondwettelijk Hof – Lacune in de regelgeving – *Levelling down* – Handhavingsmaatregel

De decreetgever kan niet langer enkel voor de hogescholen voorzien in een volledige tegemoetkoming in de vervoerskosten en fietsvergoedingen door de Vlaamse Gemeenschap. In navolging van het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 60/2014 van 3 april 2014 is een handhavingsmaatregel evenwel gepast voor de terugvorderingen alsook de administratieve afwikkeling van de vervoerskosten en de fietsvergoedingen tot het einde van het kalenderjaar 2014.

Arrest nr. 230.083

VUB e.a. t/ Vlaamse Gemeenschap

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 10 oktober 2011, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse Regering van 8 juli 2011 «betreffende de volledige tenlasteneming door de werkgever in de onderwijssector van de vervoerskosten voor het openbaar vervoer naar en van het werk en de toekenning van een fietsvergoeding voor het woon-werkverkeer» (BS 9 augustus 2011).

...

IV. Onderzoek van het enige middel

...

Beoordeling

8. Uit het arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt – en het wordt door de verwerende partij niet langer bestreden – dat het middel gegrond is.

9.1. Er blijft wel te onderzoeken wat de omvang is van de uit te spreken nietigverklaring in het licht van voormeld arrest. Hierbij moet de in het tussenarrest nog onbeantwoord gebleven exceptie worden betrokken: «Subsidiar blijkt volgens verwerende partij uit de uiteenzetting van het belang door de verzoekers en uit hun enig middel, dat zij zich alleen en slechts beklagen over een ongelijke behandeling die te situeren valt tussen de universiteiten enerzijds en de hogescholen anderzijds. Het eventuele belang van de verzoekers betreft volgens verwerende partij «dan ook zeker slecht[s] en alleen het art. 2 van het bestreden besluit van de Vlaamse regering van 8 juli 2011, in de mate aldus ook verwezen wordt naar art. XI.1, § 1, 3° van het zgn. mozaïekdecreet.»



9.2. Voorts heeft de verwerende partij gevraagd om de gevolgen van het besluit te handhaven in lijn met het dictum van het arrest van het Hof.

10. Het Grondwettelijk Hof is door de Raad van State uitdrukkelijk ondervraagd over de overeenstemming met art. 10, 11 en 24 Gw. van art. XI.1 tot XI.7 van het decreet van 13 juli 2001 «betreffende het onderwijs-XIII-Mozaïek».

Het Hof heeft even uitdrukkelijk enkel art. XI.3 van het Mozaïekdecreet ongrondwettig verklaard.

Art. XI.2 van het Mozaïekdecreet verleent rechtsgrond om de werknemers bepaalde sociale tegemoetkomingen te verlenen; art. XI.3 van hetzelfde decreet ziet vervolgens op de terugbetaling van deze kosten door de Vlaamse Gemeenschap aan de werkgever. Het is ook enkel de verschillende behandeling op het vlak van de terugbetaling die de verzoekende partijen in het inleidend verzoekschrift op de korrel nemen.

In zoverre de verzoekende partijen de nietigverklaring vragen van art. 3 en 6 van het bestreden besluit, gaan zij uit van een verkeerde lezing van het arrest van het Grondwettelijk Hof. Met andere woorden, de regelingen op grond waarvan de in het besluit bedoelde personeelsleden recht hebben op terugbetaling van bepaalde vervoerskosten, schenden niet de ingeroepen grondwetsbepalingen. Zoals overigens in het arrest van het Hof is te lezen, «blijkt dat de universiteiten verplicht zijn bepaalde kosten voor het woon-werkverkeer te vergoeden» (overweging B.10.3). Uit het arrest blijkt eveneens dat het recht van de werknemers en het recht van de werkgevers van elkaar te onderscheiden zijn en dat het eerste niet noodzakelijk en onlosmakelijk verbonden is aan het bestaan van het tweede. Het ligt op de weg van de decreetgever om te beslissen in welke mate en onder welke voorwaarden de instellingen van tertiair onderwijs de door hen betaalde sociale tegemoetkoming mogen recupereren bij de Vlaamse Gemeenschap.

11. Diezelfde vaststelling geldt voor art. 2 van het bestreden besluit, dat het toepassingsgebied regelt onder verwijzing naar art. XI.1 van het Mozaïekdecreet.

12. Art. 9 en 10 van het bestreden besluit regelen vervolgens de terugbetaling van die kosten aan de werkgever. Het zijn die bepalingen die, gelet op het antwoord van het Grondwettelijk Hof, zonder rechtsgrond zijn, echter slechts «in zoverre de door de hogescholen gedragen vervoerskosten en fietsvergoedingen worden terugbetaald door de Vlaamse Gemeenschap, terwijl geen dergelijke regeling bestaat voor de universiteiten». Het Hof heeft enkel deze twee categorieën van werkgevers met elkaar vergeleken (overweging B.3): «enerzijds de hogescholen, aan wie het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap de vervoerskosten en de fietsvergoedingen die ze aan hun personeelsleden dienen te betalen, terugbetaalt en anderzijds de universiteiten, die die terugbetalingsregeling niet kunnen genieten.» Een nietigverklaring moet bijgevolg ook hiertoe beperkt worden.

V. Handhaving van de gevolgen

Verzoek

13. In haar laatste memorie wijst de verwerende partij erop dat het Grondwettelijk Hof de gevolgen handhaaft van de in het geding zijnde decreetsbepalingen en dus ook de «habilitatie». Het komt de verwerende partij voor dat de Raad van State met toepassing van art. 14^{ter} RvS-Wet, bij wege van algemene beschikking, in het huidige bodemgeskil ook de gevolgen van het bestreden besluit in het geval van de vernietiging ervan, te handhaven heeft, wederom totdat de decreetgever nieuwe bepalingen aanneemt en uiterlijk tot 31 december 2014.

14. Over de vordering tot handhaving van de gevolgen spreken de verzoekende partijen zich niet uit in hun laatste memorie. Op de terechtzitting verklaart één van hun raadslieden zich daartegen niet te verzetten.

Beoordeling

15. Het Grondwettelijk Hof heeft beslist dat de gevolgen van «die bepaling» – dat is: art. XI.3 van het Mozaïekdecreet – «worden gehandhaafd totdat de decreetgever nieuwe bepalingen aanneemt en uiterlijk tot 31 december 2014». Dit arrest aanvaardt, met de woorden van het Hof (overweging B.12), «dat een ongrondwettige norm gedurende een overgangperiode van toepassing blijft».

16. Op de terechtzitting van 12 januari 2015 verklaren de partijen dat de decreetgever geen nieuwe bepalingen heeft aangenomen. Dit betekent dat, naar de woorden van het Grondwettelijk Hof, de gevolgen van art. XI.3 van het Mozaïekdecreet «worden gehandhaafd [...] tot 31 december 2014».

17. Tot de in het arrest van het Hof bedoelde «gevolgen» van art. XI.3 van het Mozaïekdecreet behoort het thans bestreden besluit.

De Raad van State acht het ten behoeve van de rechtszekerheid passend dat, bij gevolgtrekking, ook de regelmatigheid van de ter naleving van het besluit nog in de loop van 2015 uit te voeren terugbetalingen met betrekking tot het kalenderjaar 2014 – dit is met inbegrip van vroegere kalenderjaren, mochten daarover nog betwistingen bestaan – definitief zou worden verzekerd. Aangeeft zij dat de verzoekende partijen uitdrukkelijk hebben verklaard zich hiermee te kunnen verzoenen.

De verwerende partij vraagt dan ook terecht aan de Raad van State om met toepassing van art. 14^{ter} RvS-Wet bij wege van algemene beschikking ook de gevolgen van de hierna uit te spreken nietigverklaring af te stemmen op het arrest van het Grondwettelijk Hof. Dit kan naar het oordeel van de Raad van State slechts zinvol gebeuren in de zin dat de terugbetalingsregeling in art. 9 en 10 van het besluit van 8 juli 2011 geacht moet worden rechtsgrond te bieden voor de in die bepalingen bedoelde terugvorderingen die hun oorzaak vinden in de door de werkgevers-hogescholen gedragen of te dragen vervoers-

kosten en fietsvergoedingen tot het kalenderjaar 2014 en hun administratieve afwikkeling door het agentschap voor Onderwijsdiensten.

Beslissing

1. De Raad van State vernietigt art. 9 en 10 van het besluit van de Vlaamse Regering van 8 juli 2011 «betreffende de volledige tenlasteneming door de werkgever in de onderwijssector van de vervoerskosten voor het openbaar vervoer naar en van het werk en de toekenning van een fietsvergoeding voor het woon-werkverkeer», maar enkel in zoverre die bepalingen van toepassing zijn op de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. Voor de terugvorderingen die hun oorzaak vinden in de door de werkgevers-hogescholen gedragen of te dragen vervoerskosten en fietsvergoedingen tot het kalenderjaar 2014 en hun administratieve afwikkeling blijft de toepassing van de terugbetalingsregeling in de nietig verklaarde artikelen gehandhaafd.

...

NOOT – Ongrondwettige lacunes en handhavingsmaatregelen: decreetgever, let u even op alstublieft?

I. Situering

1. Dat de terugbetaling van het woon-werkverkeer in het hoger onderwijs een gevoelige kwestie is, blijkt uit het feit dat de zes Vlaamse universiteiten zich verenigden om een beroep tot nietigverklaring in te stellen bij de Raad van State (RvS 27 maart 2013, nr. 223.025). Het betwiste besluit van 8 juli 2011 werd genomen door de Vlaamse regering en betreft de volledige tenlasteneming door de werkgever in de onderwijssector van de vervoerskosten voor het openbaar vervoer en de toekenning van een fietsvergoeding voor het woon-werkverkeer (BS 9 augustus 2011). Dit besluit gaf uitvoering aan art XI.2 en XI.3 van het Vlaams decreet van 13 juli 2001 betreffende het onderwijs-XIII-Mozaïek (hierna: «Mozaïekdecreet»), BS 27 november 2001). Art. XI.2. van dit decreet verankert het recht van elk personeelslid op volledige terugbetaling van de kosten van het openbaar vervoer naar en van het werk en op een maandelijks fietsvergoeding. Bovendien voorziet art. XI.3 in een terugbetaling van deze vervoerskosten en fietsvergoedingen door het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap aan de werkgevers. De modaliteiten hiervoor werden vastgelegd in het bestreden besluit. Problematisch is evenwel dat de bepalingen van het Mozaïekdecreet, en bijgevolg ook het besluit dat hieraan uitvoering geeft, enkel van toepassing zijn op de personeelsleden van de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap (art. XI.1, § 1, 3° Mozaïekdecreet); elke verwijzing naar het personeel van de universiteiten ontbreekt. Bijge-

volg geven deze normen geen recht op een terugbetaling van de vervoerskosten of op de betaling van een fietsvergoeding voor het onderwijspersoneel van de Vlaamse universiteiten en bovendien kunnen de universiteiten niet aankloppen bij de Vlaamse Gemeenschap voor een integrale terugbetaling van de kosten voor het woon-werkverkeer die zij als werkgever hebben gedragen.

II. Procedureverloop

2. De Vlaamse universiteiten stelden bijgevolg bij de Raad van State een beroep tot vernietiging in van het hele besluit van 2011 (RvS 27 maart 2013, nr. 223.025). De Raad stelde evenwel vast dat de mogelijk ongelijke behandeling die de universiteiten betwisten, namelijk tussen (het personeel van) universiteiten en (het personeel van) de hogescholen, gelegen is in de decretale regeling zelf, waarvan het besluit enkel de uitvoering is. Zelfs indien de Raad het besluit zou vernietigen, zou hiermee de wettigheid niet hersteld worden. Aldus stelde de Raad van State aan het Grondwettelijk Hof de vraag of art. XI.1 tot XI.7 van het Mozaïekdecreet art. 10, 11 en 24 Gw. schenden in zoverre het systeem van sociale tegemoetkoming, zoals in die artikelen neergelegd, niet van toepassing is op de universiteiten in hun hoedanigheid van werkgever, terwijl dit wel het geval is voor de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap.

3. In het hiervoren gepubliceerde arrest nr. 60/2014 doet het Grondwettelijk Hof uitspraak in deze kwestie, maar het herformuleert de prejudiciële vraag en beperkt de reikwijdte ervan (GwH 3 april 2014, nr. 60/2014). Na art. XI.1 tot XI.7 van het Mozaïekdecreet te hebben weergegeven, stelt het Hof vast dat de Raad van State vraagt «of de in het geding zijnde bepalingen verenigbaar zijn met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie in zoverre overeenkomstig het in het geding zijnde art. XI.3 het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap de door de hogescholen als werkgever gedragen vervoerskosten en fietsvergoedingen terugbetaalt, terwijl dat niet het geval is voor de door de universiteiten gedragen vervoerskosten en fietsvergoedingen» (overweging B.2.). Aldus wordt niet de mogelijke ongrondwettigheid van alle artikelen XI.1 tot XI.7 van het Mozaïekdecreet onderzocht, maar behandelt het Hof enkel de ongelijkheid wat de terugbetaling van de kosten voor het woon-werkverkeer betreft.

De redenering van het Hof dient vervolgens opgesplitst te worden in twee delen. Allereerst stelt het Hof vast dat bij de totstandkoming van het Mozaïekdecreet, het verschil in behandeling redelijk verantwoord was (overweging B.8.2.). Ook personeelsleden van de universiteiten hadden recht op een vergoeding voor het woon-werkverkeer, weliswaar op grond van andere regelgeving (voormalig art. 104 en 120 decreet 12 juni 1991 betreffende de universiteiten van de Vlaamse Gemeenschap). Onder meer voor de betaling van deze kosten had de decreetgever, vanaf het begrotingsjaar 2001, de werkingsmiddelen van de universiteiten verhoogd (overwegingen B.7.1.-



B.7.4.), waardoor het ook voor de universiteiten mogelijk was om aan hun personeel fietsvergoedingen en vervoerskosten (terug) te betalen (overweging B.8.1.).

Het Hof vervolgt evenwel met de vaststelling dat de decreetgever in 2008 een nieuw financieringssysteem voor het hoger onderwijs heeft ingevoerd op basis waarvan de uitgaven in verband met sociale voorzieningen voor het personeel van de hogescholen en de universiteiten aangevend kunnen worden op de werkingsuitkering (overwegingen B.9.2. – B.10.1.). De betwiste bepalingen van het Mozaïekdecreet bleven echter van toepassing, waardoor enkel de hogescholen een beroep konden doen op een bijkomende financieringsstroom, *i.e.* een rechtstreekse terugvordering van de kosten voor het woon-werkverkeer van de Vlaamse Gemeenschap (overweging B.10.2.). Gelet op de verregaande toenadering die heeft plaatsgevonden tussen de universiteiten en de hogescholen, acht het Hof de verschillende behandeling niet langer redelijk verantwoord (overwegingen B.10.3.-B.11.).

Het Hof stelt vast dat art. XI.3. van het Mozaïekdecreet art. 10, 11 en 24 Gw. schendt in zoverre de door de hogescholen gedragen vervoerskosten en fietsvergoedingen worden terugbetaald door de Vlaamse Gemeenschap, terwijl geen dergelijke regeling bestaat voor de universiteiten. Rekening houdend met de complexiteit van het toenaderingsproces en de budgettaire gevolgen van de ongrondwettigverklaring, handhaaft het Hof de gevolgen totdat de decreetgever nieuwe bepalingen aanneemt en uiterlijk tot 31 december 2014 (overwegingen B.12.-B.13.).

4. De bal werd bijgevolg teruggeplaatst in het kamp van de Raad van State die in het geannoteerde arrest uitspraak deed over het beroep tot nietigverklaring (RvS 3 februari 2015, nr. 230.083). In navolging van het Grondwettelijk Hof, beperkt de Raad zijn onderzoek tot art. 9 en 10 van het bestreden besluit die de terugbetaling van de vervoerskosten aan de hogescholen door de Vlaamse Gemeenschap regelen. Aangezien deze artikelen door het prejudiciële arrest van het Hof hun rechtsgrond hebben verloren, vernietigt ook de Raad van State deze bepalingen. De Raad houdt evenwel rekening met de gemoduleerde ongrondwettigverklaring, namelijk in zoverre de hogescholen wel recht hebben op een terugbetaling van de vervoerskosten, terwijl dit niet het geval is voor de universiteiten (randnr. 12). De Raad van State beperkt de vernietiging bijgevolg in zoverre art. 9 en 10 van het bestreden decreet van toepassing waren op de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap. Door deze precies omschreven vernietiging wordt het terugbetalingssysteem immers behouden voor de instellingen van het lager en het secundair onderwijs.

Het mag niet verbazen dat de Raad van State, opnieuw in navolging van het prejudiciële arrest, de gevolgen van de vernietigde artikelen behoudt: voor de terugvorderingen die hun oorzaak vinden in vervoerskosten en fietsvergoedingen tot en met het kalenderjaar 2014, en hun administratieve afwikkeling, zal de vernietigde terugbetalingsregeling gehandhaafd worden (randnrs. 15-17).

III. *Lacunes in de regelgeving*

5. De besproken arresten moeten duidelijk gesitueerd worden in de problematiek van de legislatieve lacunes. In de rechtsleer wordt traditioneel een onderscheid gemaakt tussen twee soorten (zie kritisch: B. Lietaert, «Taak van de feitenrechter bij discriminaties in de wet of door lacunes van de wet», *TSR* 2014, 164-166).

Eenzijds kan het Grondwettelijk Hof vaststellen dat de ontstentenis van wetgeving onrechtmatig is. De aangevochten bepaling op zich is niet ongrondwettig, maar het bestaande beschermingsniveau dient uitgebreid te worden tot die categorie die zich in een vergelijkbare situatie bevindt, maar van de bescherming verstoken blijft. Dergelijke lacunes worden omschreven als «eenvoudige» of «extrinsieke» lacunes, aangezien de leemte buiten de getoetste norm ligt (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, 1216; G. Maes, «Sancties bij een door het Arbitragehof vastgestelde ongrondwettige afwezigheid van wetgeving», *RW* 2003-04, 1203; P. Popelier, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 67; M. Melchior en C. Courtoy, «Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak», *TBP* 2008, 588). Het Hof zal de desbetreffende bepaling niet ongrondwettig verklaren of vernietigen, maar wijzen op het bestaan van een ongrondwettige lacune in de regelgeving die enkel de wetgever kan verhelpen (zie bv. GwH 6 november 2001, nr. 140/2001; GwH 12 juli 2007, nr. 100/2007; GwH 21 februari 2008, nr. 23/2008; GwH 13 januari 2011, nr. 1/2011; GwH 18 december 2014, nr. 191/2014).

Anderzijds is er de «intrinsieke» of «gekwaliceerde» lacune. De ongrondwettigheid zit «vervat» in de getoetste norm *in zoverre* die norm *niet van toepassing is* op een vergelijkbare categorie van rechtssubjecten (M. Melchior en C. Courtoy, *o.c.*, *TBP* 2008, 588). In een dergelijk geval zal het Hof de prejudiciële vraag bevestigend beantwoorden of de betwiste norm vernietigen in zoverre deze een vergelijkbare categorie uitsluit van zijn werkingsgebied (zie bv. GwH 11 januari 2007, nr. 4/2007; GwH 19 december 2007, nr. 154/2007; GwH 31 juli 2008, nr. 111/2008; GwH 16 juli 2009, nr. 122/2009; GwH 19 december 2013, nr. 174/2013; GwH 9 oktober 2014, nr. 148/2014; GwH 12 februari 2015, nr. 20/2015).

6. Wanneer het Hof vaststelt dat een legislatieve lacune het gelijkheidsbeginsel schendt, zijn er twee mogelijkheden om aan deze ongrondwettigheid tegemoet te komen. Allereerst kan de wetgever de ongelijkheid wegwerken door ook aan de uitgesloten categorie het desbetreffende voordeel toe te kennen. Men spreekt van een zogenaamde «*rétablissement par le haut*» of een «*levelling up*» (B. Renaud, «Les illusions de l'égalité ou du «nivellement par le bas» à la «lacune»» in *Liber Amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 420; S. Sottiaux, «Grond-



wetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?» in A. Alen en S. Sottiaux (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 211; E. Maes, «De bevoegdheden van en de rechtspleging voor het Grondwettelijk Hof» in S. Sottiaux en P. Schollen (eds.), *Themis Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 11).

Het Grondwettelijk Hof maakt niet zelden zelf gebruik van een dergelijke verruimende constructie om te verduidelijken dat de uitbreiding van het toepassingsgebied tot de uitgesloten categorie de ongrondwettigheid zou verhelpen (S. Sottiaux, *o.c.*, in A. Alen en S. Sottiaux (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, 209-212 en 244-250; J. De Jaegere, «Actieve rechtsvorming door het Grondwettelijk Hof. Waar ligt de grens?», *TBP* 2014, 26-27). Sinds arrest nr. 111/2008 ontwikkelde het Hof zelfs vaststaande rechtspraak dat wanneer de leemte zich bevindt in de voorgelegde tekst, *i.e.* wanneer het een intrinsieke lacune betreft, en het Hof de ongrondwettigheid vaststelt in voldoende precieze en volledige bewoordingen, zelfs de verwijzende rechter de leemte kan opvullen door de betwiste bepaling toe te passen op de uitgesloten categorie (zie o.a. GwH 31 juli 2008, nr. 111/2008; GwH 4 maart 2009, nr. 37/2009; GwH 25 februari 2010, nr. 21/2010; GwH 15 maart 2011, nr. 38/2011; GwH 18 oktober 2012, nr. 122/2012; GwH 26 september 2013, nr. 131/2013). In die omstandigheden betreft het duidelijk een zelfherstellende lacune (M. Melchior en C. Courtoy, *o.c.*, *TBP* 2008, 599; J. De Jaegere, *o.c.*, *TBP* 2014, 27).

7. De gelijkheid kan evenwel ook op een andere manier bewerkstelligd worden, namelijk door het voordeel te ontnemen aan de categorie waaraan het reeds was toegekend. In die omstandigheden betreft het aldus een «*nivellement par le bas*» of een «*levelling down*» (B. Renauld, *o.c.*, in *Liber Amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 420; S. Sottiaux, *o.c.*, in A. Alen en S. Sottiaux (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, 211; E. Maes, *o.c.*, in S. Sottiaux en P. Schollen (eds.), *Themis Publiekrecht*, 11-12). Niet in het minst wanneer de lacune een fiscale of financiële maatregel betreft, zou het niet verbazen wanneer de wetgever om budgettaire redenen besluit om het voordeel te ontnemen aan de reeds bevoorrechte categorie.

Ook de Raad van State merkte in zijn verwijzende beslissing reeds op dat in de veronderstelling dat het Mozaïekdecreet, en bijgevolg ook het besluit dat hieraan uitvoering geeft, ongrondwettig is, een decreetgevend optreden vereist zou zijn «of dit nu is om te nivelleren «naar onder», door de hogescholen met de universiteiten gelijk te schakelen, dan wel – waar het verzoekers zo niet in wezen, dan toch minstens in de eerste plaats om is te doen – om het voordeel dat de hogescholen krijgen ook aan de universiteiten toe te kennen» (RvS 27 maart 2013, nr. 223.025).

8. Een fel bediscussieerd arrest in deze zin is het arrest nr. 103/2014, het zgn. Politiepensioenarrest, waarin het Grondwettelijk Hof een ongelijke behandeling vaststelde met betrekking tot de pensioenleeftijden binnen de geïntegreerde politie (GwH 10 juli 2014, nr. 103/2014).

Overeenkomstig de betwiste wetsbepaling werd uitsluitend voor officieren van de voormalige rijkswacht een preferentiële pensioenleeftijd behouden, terwijl dit niet het geval was voor de officieren die tot de gemeentelijke politiekorpsen of de gerechtelijke politie behoorden (overwegingen B.7.4.-B.7.6.). Door een ongelukkige verwoording van het middel door de verzoekende partijen, namelijk door de uitzondering als zodanig aan te vechten en niet de mogelijk discriminerende uitsluiting van de andere agenten, vernietigde het Hof het voordeel van de preferentiële pensioenleeftijd voor de voormalige rijkswachters. Het betreft aldus een duidelijke *levelling down*-aanpak. Nochtans was dit niet de uitkomst waarop de verzoekende partijen, o.a. de Koninklijke Kring van Officieren van de lokale Politie van Antwerpen en Omliggende Politiezones en de politievakbond Sypol, gehoopt hadden. Zij ambieerden net een uitbreiding van de preferentiële pensioenleeftijden tot de andere officieren van de geïntegreerde politie (E. Maes, *o.c.*, in S. Sottiaux en P. Schollen (eds.), *Themis Publiekrecht*, 12-14).

9. De lacune die werd vastgesteld in het hier geannoteerde arrest nr. 60/2014 is niet zo eenvoudig te categoriseren. Het Hof hanteert weliswaar de overweging dat de decretale bepaling ongrondwettig is «in zoverre», waardoor men geneigd is deze lacune als intrinsiek te beschouwen. Bij een grondigere lezing van het dictum wordt evenwel duidelijk dat het Hof de prejudiciële vraag bevestigend beantwoordt in zoverre de door de hogescholen gedragen vervoerskosten en fietsvergoedingen worden terugbetaald door de Vlaamse Gemeenschap, *terwijl geen dergelijke regeling* bestaat voor de universiteiten. De ongrondwettigheid bevindt zich derhalve in de ontstentis van een regeling voor de universiteiten. Het betreft bijgevolg een extrinsieke lacune, zodat noch het Grondwettelijk Hof zelf, noch de verwijzende rechter, *in casu* de Raad van State, het nodige rechtsherstel kan bieden door ook voor de universiteiten een volledige terugbetaling van de vervoerskosten door de Vlaamse Gemeenschap op te leggen. Een dergelijk optreden zou neerkomen op het nemen van een beleidsmaatregel, kan mogelijk ingaan tegen de intenties van de wetgever, om nog niet te spreken van de budgettaire impact van een dergelijke maatregel (S. Sottiaux, *o.c.*, in A. Alen en S. Sottiaux (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, 221-231).

Deze vaststelling wordt overigens bevestigd in de overwegingen aangaande de handhavingsmaatregel. Gelet op de complexiteit van het toenaderingsproces en de budgettaire gevolgen, moet aan de decreetgever een redelijke termijn worden gelaten om de ongrondwettigheid te verhelpen (overweging B.12.). Hieruit kan voorzichtig afgeleid worden dat het regelgevend optreden hoogstwaarschijnlijk meer zal inhouden dan een eenvoudige uitbreiding van de bepalingen van het Mozaïekdecreet (M. Melchior en C. Courtoy, *o.c.*, *TBP* 2008, 602).

10. De analyse van het dictum stopt hier evenwel niet. De uitspraak van het Grondwettelijk Hof maakt wel degelijk een einde aan de ongelijke behandeling tussen de



hogescholen en de universiteiten: het Hof verklaart het toegekende voordeel aan de hogescholen expliciet ongrondwettig in het dictum. De formulering hiervan is dan ook opmerkelijk en wijkt af van eerdere rechtspraak aangaande extrinsieke lacunes waarin het Hof, zoals hiervoor reeds vermeld, de prejudiciële vraag doorgaans ontkennend beantwoordt omdat de discriminatie haar oorsprong niet vindt in de bestreden norm, maar in de ontstentenis van een soortgelijke regeling (zie o.a. GwH 15 mei 1996, nr. 31/96; GwH 26 juni 2002, nr. 112/2002; GwH 17 januari 2007, nr. 16/2007; GwH 21 februari 2008, nr. 23/2008; GwH 16 december 2010, nr. 148/2010; GwH 10 maart 2011, nr. 36/2011; GwH 18 mei 2011, nr. 74/2011; GwH 20 oktober 2011, nr. 161/2011; GwH 10 oktober 2013, nr. 135/2013; GwH 17 juli 2014, nr. 112/2014).

Het wegwerken van de lacune gebeurt hier aldus door een *levelling down*-aanpak. In tegenstelling tot het Politiepensioenarrest, waarin opgemerkt werd dat het middel op zodanige wijze werd uitgewerkt dat het Hof niet anders kon dan het voordeel te vernietigen, blijkt dit in arrest nr. 60/2014 niet het geval te zijn. De prejudiciële vraag die door de Raad van State werd gesteld, luidde als volgt: «Schenden art. XI.1 tot XI.7 van het Mozaïekdecreet art. 10, 11 en 24 Gw., *in zoverre* het in die bepalingen bedoelde systeem van sociale tegemoetkomingen *niet van toepassing is op* de universitaire instellingen in de Vlaamse Gemeenschap (...), *terwijl het wel toepasselijk is op* de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap (...)?». Zoals hiervoor reeds vermeld, vinden we deze bewoordingen terug in de rechtspraak van het Hof wanneer het een intrinsieke lacune vaststelt en oordeelt dat de bepaling ongrondwettig is *in zoverre ze niet van toepassing is op* categorie X, maar *wel op* de vergelijkbare categorie Y. De Raad van State wenste duidelijk een verruimende constructie van het Grondwettelijk Hof te verkrijgen.

Het Hof herformuleert echter de prejudiciële vraag van de Raad van State tot een vraag naar de verenigbaarheid van art. XI.3 van het Mozaïekdecreet met het beginsel van gelijkheid en niet discriminatie in zoverre overeenkomstig dit artikel het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap de door de hogescholen als werkgever gedragen vervoerskosten en fietsvergoedingen terugbetaalt, terwijl dit niet het geval is voor de door de universiteiten gedragen kosten (overweging B.2.). Bijgevolg antwoordt het Hof dat de bepaling ongrondwettig is *in zoverre ze wel van toepassing is op* de hogescholen, terwijl er *geen soortgelijke regeling* bestaat voor de universiteiten. Deze gemoduleerde ongrondwettigverklaring behelst duidelijk een inperkende constructie; het Hof ontnemt het voordeel dat aan de hogescholen werd toegekend (S. Sottiaux, *o.c.*, in A. Alen en S. Sottiaux (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten* 2, 239; J. De Jaegere, *o.c.*, *TBP* 2014, 27-28).

11. Na arrest nr. 60/2014 was het aan de Raad van State om de vastgestelde ongrondwettige lacune te beoordelen bij de behandeling van het beroep tot nietigverklaring. Met een verwijzing naar het dictum van het Grondwet-

telijk Hof stelt de Raad vast dat een nietigverklaring inderdaad beperkt moet worden tot de ongelijke behandeling tussen de hogescholen en de universiteiten voor zover enkel de eerstgenoemde de onkosten van het woonwerkverkeer kunnen terugvorderen van de Vlaamse Gemeenschap. De Raad gaat evenmin over tot een vernietiging van de bestreden artikelen in zoverre ze niet van toepassing zijn op de universiteiten. De Raad van State vernietigt art. 9 en 10 van het besluit van de Vlaamse Regering, maar enkel in zoverre die bepalingen wel degelijk van toepassing zijn op de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap (RvS 3 februari 2015, nr. 230.083). Er wordt geen ongrondwettige lacune vastgesteld door de Raad van State; in navolging van het Grondwettelijk Hof vernietigt hij eenvoudigweg het voordeel zoals het bestond voor de hogescholen, waaruit wederom een *levelling down*-benadering blijkt.

IV. Handhavingsmaatregel

12. Ondanks het feit dat overeenkomstig art. 8, derde lid van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof (hierna: «BW GwH») aan het Grondwettelijk Hof uitsluitend in het vernietigingsberoep een handhavingsbevoegdheid werd toegekend, mag het niet verbazen dat het Hof in het prejudiciële arrest nr. 60/2014 een handhavingsmaatregel oplegt. In het gekende arrest nr. 125/2011, waarin het Hof expliciet een ongelijke behandeling vaststelde tussen arbeiders en bedienden, beperkte het Hof voor de eerste maal de terugwerkende kracht van een prejudicieel arrest (GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011). De overwegingen die werden gehanteerd om de toepassing van art. 8, derde lid BW GwH in een prejudicieel arrest te verantwoorden, waren dermate ruim en algemeen verwoord, dat een herhaalde toepassing van deze overwegingen in latere rechtspraak werd voorspeld (S. Verstraelen, «Toen barstte de bom: het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid», *RW* 2011-12, 1236; zie ook: GwH 17 januari 2013, nr. 1/2013; GwH 17 januari 2013, nr. 3/2013; GwH 28 maart 2013, nr. 48/2013; GwH 24 april 2014, nr. 67/2014).

13. De vraag rijst evenwel waarom het Hof net in dit arrest tot een handhavingsmaatregel heeft beslist: wat zouden de gevolgen van een niet-gemoduleerde ongrondwettigverklaring zijn geweest? De vaststelling van een ongrondwettige extrinsieke lacune houdt normaliter enkel een oproep aan de wetgever in om de nodige stappen te ondernemen; de «kapstokbepaling» blijft immers ongeschonden. Toegepast op de huidige casus zouden de hogescholen nog steeds de terugbetaling van de vervoerskosten hebben kunnen vragen en zouden de universiteiten niet meer hebben kunnen doen dan een regelgevend optreden afwachten.

14. In arrest nr. 60/2014 stelt het Hof echter wel degelijk vast dat art. XI.3 van het Mozaïekdecreet ongrondwettig is in zoverre het van toepassing is op de hogescholen.

Ook de Raad van State vernietigt de bepalingen van het besluit voor zover ze van toepassing zijn op de hogescholen. Voor de universiteiten leiden deze beslissingen niet tot een onmiddellijk tastbaar voordeel; nog steeds is het aan de decreetgever om een terugbetalingsregeling uit te werken voor de universiteiten.

De hogescholen worden echter wel in een precare positie geplaatst door de gemoduleerde ongrondwettig-verklaring door het Grondwettelijk Hof en de daaropvolgende vernietiging door de Raad van State. Door de *levelling down* wordt aan hen het voordeel ontnomen. Overeenkomstig de vernietigde bepalingen van het besluit van de Vlaamse regering werd per kalenderjaar in terugbetaling voorzien. De hogescholen moesten uiterlijk op 28 februari van het jaar dat volgt op het kalenderjaar waarop de onkosten betrekking hebben, deze doorgeven aan het Agentschap voor Onderwijsdiensten. Aldus dienden zij ten laatste op 28 februari 2015 de gedragen kosten voor het woon-werkverkeer in 2014 door te geven. In terugbetaling van deze kosten is voorzien in juni, *i.e.* juni 2015 voor de vervoerskosten van 2014 (art. 9 en 10 Bl.VI. Reg. 8 juli 2011 betreffende de volledige tenlasteneming door de werkgever in de onderwijssector van de vervoerskosten voor het openbaar vervoer naar en van het werk en de toekenning van een fietsvergoeding voor het woon-werkverkeer). Bij gebrek aan een handhavingsmaatregel zou een volledige terugbetaling van de vervoerskosten voor het kalenderjaar 2014 door de Vlaamse overheid niet meer mogelijk zijn geweest. Bovendien kan men zich afvragen in welke mate de Vlaamse Gemeenschap door de terugwerkende kracht van beide arresten de reeds betaalde kosten voor het woon-werkverkeer zou kunnen teruggevorderd hebben. De opgelegde handhavingsmaatregelen door het Grondwettelijk Hof en de Raad van State voorkomen evenwel deze financiële en budgettaire problemen.

15. Een bijkomend voordeel van beide handhavingsmaatregelen is gelegen in de uitsluiting van aansprakelijkheidsvorderingen die de universiteiten mogelijk zouden instellen tegen de Vlaamse overheid. Voor de periode waarop de handhavingsmaatregel betrekking heeft, is het immers niet mogelijk om op grond van art. 1382 BW een vordering tot schadevergoeding in te stellen (S. Verstraelen, *Rechterlijk overgangsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 351-352). Over de vraag of de vaststelling van ongrondwettigheid ook een fout uitmaakt in de zin van art. 1382 BW bestaat discussie (zie S. Verstraelen, *o.c.*, RW 2011-12, 1239-1241), maar het is wel duidelijk voor welke schade een vordering zou worden ingesteld. *In casu* zouden de universiteiten een vergoeding hebben kunnen eisen voor de onkosten van het woon-werkverkeer die zij vanaf het academiejaar 2008-2009 – de gelijkschakeling van de financiering voor het hoger onderwijs gebeurde immers bij decreet van 14 maart 2008 – hebben betaald uit hun werkingsmiddelen, terwijl de hogescholen deze (integraal) konden terugvorderen van de Vlaamse Gemeenschap.

V. Decreetgever aan zet

16. Het is markant dat reeds geruime tijd gewaarschuwd werd voor de ongelijke behandeling die uiteindelijk ook door het Grondwettelijk Hof en de Raad van State werd vastgesteld. De VLIR wees voormalig Vlaams minister van Onderwijs Smet op de ongelijkheid tussen de hogescholen en universiteiten in de terugbetaling van het woon-werkverkeer (nieuwsbrief oktober 2010, editie 4, www.vlir.be/nieuwsbrief). Uit de overwegingen van het Grondwettelijk Hof wordt ook duidelijk dat tijdens onderhandelingen en parlementaire voorbereidingen de problematiek telkens verschoven werd naar latere gesprekken, maar nooit het onderwerp was van een daadwerkelijk akkoord.

Op 7 november 2014 vroeg Ann Brussel aan huidig Vlaams minister van Onderwijs Hilde Crevits hoever het stond met de opvolging van het prejudiciële arrest nr. 60/2014. Mevrouw Brussel wees hierbij op de aflopende handhavingsmaatregel en wenste te vernemen hoe de nieuwe regeling er zou uitzien, alsook om welke bedragen het zou gaan en uit welk budget de (mogelijk) extra middelen zouden komen. De Minister antwoordde dat zij de definitieve uitspraak van de Raad van State nog zouden afwachten (*Schrift.Vr.* VI.Parl. 2014-15, 7 november 2014 (Vr. nr. 93 A. Brussel)). Bij de besprekingen van de uitgavenbegroting 2015 vermeldde de Minister wederom zeer algemeen dat er overleg aan de gang was met de instellingen over de terugbetaling van het woon-werkverkeer. Beklemtoond werd dat de ongelijkheden weggewerkt moeten worden, maar de middelen dezelfde blijven (*Parl.St.* VI.Parl. 2014-15, nr. 15/8-H, p. 77).

Sarah Verstraelen
Postdoctoraal Onderzoeker FWO
Onderzoeksgroep Overheid en Recht
Universiteit Antwerpen

Hof van Beroep te Antwerpen

7e Kamer – 30 maart 2015

Voorzitter: mevr. Bresseleers

Raadsheren: de hh. Thiriar en Straetmans

Advocaten: mrs. Coel en Dermaut loco Raymaekers

Beslag en executie – Voorlopige tenuitvoerlegging – Eerstelijnsbeslissing – Taak van de appelrechter – Verbod om de voorlopige tenuitvoerlegging tegen te houden – Uitzonderingen – Procesrechtelijke onwettigheid – Bevoegdheid voor geschillen inzake erfpacht – Rechtbank van eerste aanleg

Enkel in het uitzonderlijke geval dat de eerstelijnsbeslissing waarbij de voorlopige tenuitvoerlegging wordt toegestaan, is behept met een duidelijke procesrechtelijke onwettigheid, kan de appelrechter ingaan tegen het in art. 1402 Ger.W. bedoelde verbod. Dit is niet het geval in zoverre de eerste rechter heeft

