

DE EXCEPTIE VAN ONWETTIGHEID

Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat

“Je voudrais rechercher, dans tous les gouvernements modérés que nous connaissons, quelle est la distribution des trois pouvoirs, et calculer par là les degrés de liberté dont chacun d’eux peut jouir. Mais il ne faut pas toujours tellement épuiser un sujet, qu’on ne laisse rien à faire au lecteur. Il ne s’agit pas de faire lire, mais de faire penser.” – MONTESQUIEU¹

HOOFDSTUK I – Inleiding

1. “De hoven en rechtbanken passen de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zoverre zij met de wetten overeenstemmen”, zo luidt artikel 159 van de Grondwet.² Het is de laatste bepaling van Hoofdstuk VI “De rechterlijke macht” van de meeste omvangrijke titel – Titel III “De machten” – van de Belgische Grondwet. Het artikel vormt het sluitstuk van de verhouding tussen de rechterlijke en de uitvoerende macht.

2. De opdracht aan de rechter om onwettige bestuurshandelingen buiten toepassing te laten, staat bekend als de “exceptie van onwettigheid”, maar die benaming mag de lezer niet op het verkeerde been zetten. Het gaat niet om een exceptie in procesrechtelijke zin³ (al kan zij een dergelijke exceptie wel ondersteunen, *infra* nrs. 270-271), die doorgaans – maar niet noodzakelijk – door de verweerder in een geding wordt opgeworpen, maar om een exceptie over de grond van een geschil(punt), die door elke procespartij – en in de meeste gevallen ook de rechter zelf (*infra* nrs. 388-396) – kan worden aangevoerd. De partijen (of de rechter zelf) werpen in dat geval geen hinderpaal op om het onderzoek van de eis door de rechter te verhinderen (dat is de rol van de klassieke exceptie), maar zij betwisten⁴ de grondslag zelf van

¹ MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, in de heruitgave die is ingeleid en geannoteerd door J. Ehrard, Parijs, Editions sociales, 1969, 132. Het is de slotzin van het beroemde boek 11, die in de vertaling van J. Holierhoek als volgt klinkt: “Ik zou willen nagaan hoe de drie machten zijn gespreid in alle gematigde staatsvormen die we kennen, en aan de hand daarvan de mate van vrijheid willen berekenen die in elk daarvan kan worden genoten. Maar we hoeven een onderwerp niet altijd zo uitputtend te behandelen dat er voor de lezer niets meer te doen valt. Het gaat er niet om dat wordt aangezet tot lezen, maar tot denken.” (MONTESQUIEU, *Over de geest van de wetten*, Amsterdam, Uitgeverij Boom, 2006, 253).

² De tekst bleef sedert 1831 ongewijzigd. De authentieke Nederlandse tekst dateert van 1967. Op een taalkundige correctie na (het woord “zover” werd op 17 februari 1994 vervangen door “zoverre”) is enkel het nummer veranderd. Vóór de coördinatie van 17 februari 1994 betrof het artikel 107 van de Grondwet.

³ Zie daarover P. VAN ORSHOVEN, “Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfjizers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht”, in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Gerechtigd privaatrecht*, Themis-Cahier 1, Brugge, die Keure, 2000, 25-59.

⁴ Soms ondersteunt de exceptie evenwel de aanspraak, in plaats van ze te ondergraven (*infra* nrs. 410-412).

de aanspraak of het verweer,⁵ meer bepaald door de wettigheid van een toepasselijke bestuurshandeling in vraag te stellen (dat is precies de rol van de “exceptie van onwettigheid”).⁶

Afdeling 1 – De scheiding der machten

§ 1. Een ongeschreven algemeen rechtsbeginsel

3. Krachtens de Belgische Grondwet wordt de federale wetgevende macht gezamenlijk uitgeoefend door de Koning, de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat (artikel 36). De federale uitvoerende macht berust bij de Koning (artikel 37) en de rechterlijke macht wordt uitgeoefend door de hoven en rechtbanken (artikel 40, eerste lid).

Hoewel zij niet uitdrukkelijk in de Grondwet wordt geproclameerd – de grondwetgever was wars van abstracte en theoretische principes⁷ –, vloeit de scheiding der machten onmiskenbaar voort uit de voormelde grondwetsbepalingen. Meer zelfs, de scheiding der machten wordt beschouwd als een “ongeschreven algemeen rechtsbeginsel dat aan meerdere grondwetsbepalingen ten grondslag ligt”.⁸

4. De Franse grondwetgever van 1791 had een absolute opvatting over de scheiding der machten, waarbij de staatsmachten werden opgevat als totaal afzonderlijke, onafhankelijke, en van elkaar losstaande entiteiten, waartussen elke wisselwerking en wederzijdse controle onmogelijk werden geacht. Een gevolg daarvan was bijvoorbeeld dat de hoven en rechtbanken de handelingen van de uitvoerende macht niet konden controleren, waardoor de rechters de

⁵ In die zin vertoont de exceptie van onwettigheid verwantschap met andere excepties die niet de procedure maar de grond van de zaak betreffen, zoals de *exceptio non adimpleti contractus* (exceptie van niet-uitvoering inzake wederkerige overeenkomsten), bv. Cass. 24 september 2009, C.08.0346.N.

⁶ In die zin ook A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidskontrol*e, Antwerpen, Kluwer, 1984, I, 13 (hierna verkort: A. ALEN, *Rechter en bestuur*); K. LEUS en B. MARTEL, “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie”, in I. COOREMAN (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 6-7 (hierna verkort: *De wettigheidstoets*).

⁷ A. ALEN, “De trias politica in grondwettelijk perspectief”, in A. ALEN en L.J. WINTGENS (eds.), *De Trias Politica ruimer bekeken*, Gent, Larcier, 2000, 27 en A. ALEN, “De scheiding der machten – Enkele inleidende kanttekeningen”, in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 3.

⁸ A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, 16 (hierna verkort: A. ALEN, *Handboek*). Zie ook A. VANWELKENHUYZEN, “La séparation des pouvoirs, 1831-1981”, in *De Grondwet honderdvijftig jaar*, Brussel, Bruylant, 1981, 71-74 en Cass. 10 juni 1996, S.95.0114.F, Arr.Cass. 1996, 574, nr. 227, RCJB 1997, 447, concl. J.-F. LECLERCQ en noot D. LAGASSE, inzonderheid de voormelde conclusie, punt 3: “bien que le principe de la séparation des pouvoirs ne soit énoncé dans aucune disposition constitutionnelle, la Constitution, considérée dans son ensemble, et spécialement dans ses articles 33 à 41, en consacre l’application. Il existe donc un principe général du droit de la séparation des pouvoirs”. Zie ook *infra* nrs. 360, 416 en 538. Voor nog meer cassatierechtspraak, zie A. ALEN, “De scheiding der machten – Enkele inleidende kanttekeningen”, in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 5, noot 19. Anders: J. GIJSSELS, “De scheiding der machten”, *TBP* 1989, 570-571.

overeenstemming van bestuurshandelingen met de wet niet konden nagaan.⁹ Een dergelijke controle werd gezien als een onverantwoorde inmenging van de rechterlijke macht in de uitoefening van de uitvoerende of bestuurlijke functie, die neerkwam op het hinderen van de werking van de openbare diensten door de rechter (*infra* nr. 155).¹⁰

Die eerste Franse Grondwet hield niet lang stand (amper één jaar), maar de opvatting over de rol van de rechter wel. Daardoor kwam het in Frankrijk aanvankelijk aan de administratieve overheid zelf toe om over haar eigen handelingen te oordelen. In de loop van de negentiende eeuw echter evolueerde de Conseil d'Etat geleidelijk van een administratief adviesorgaan naar een zelfstandig administratief rechtscollege, waardoor een onderscheid tot stand is gekomen tussen het actief bestuur en het administratief contentieux (*infra* nr. 157). Tegenwoordig kunnen ook de gewone hoven en rechtbanken in Frankrijk op bepaalde domeinen de wettigheid van bestuurshandelingen toetsen (*infra* nr. 168).

§ 2. Een soepele scheiding der machten

5. In de Belgische Grondwet is de verhouding tussen de verschillende machten niet als een strikte scheiding der machten opgevat, zoals in het Franse voorbeeld, maar als een systeem van "indépendance réciproque des pouvoirs"¹¹ of, beter nog, als een systeem van samenwerking en wederzijdse controle tussen de verschillende machten.¹² In zijn beginselarrest over de aansprakelijkheid van de overheid voor een fout van de wetgever overweegt het Hof van Cassatie dat het beginsel van de scheiding der machten "een evenwicht beoogt tussen de verschillende machten van de Staat".¹³

De scheiding houdt enkel in dat elk van de drie machten hoofdzakelijk de met haar hoofdfunctie verbonden taken en activiteiten uitoefent.¹⁴ Het typevoorbeeld van de veelvuldige interferenties tussen de drie machten is de positie van de Koning. Hij staat aan het hoofd van de federale uitvoerende macht, maar maakt tegelijkertijd ook deel uit van de federale wetgevende macht

⁹ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 114-115; K. MUYLLE, "Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?", in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 157.

¹⁰ M. VAN DAMME, *Overzicht van het Grondwettelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2008, 11-12.

¹¹ A. BRAAS, *Précis de procédure civile*, Brussel, Bruylant, 1944, 15.

¹² A. ALEN, "Scheiding" of "samenwerking" der machten?, Brussel, Academiae Analecta, 1990, 18 en 70; A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 115-120.

¹³ Cass. 28 september 2006, C.02.0570.F, *JT* 2006, 594, concl. J.-F. LECLERCQ, *JLMB* 2006, 1548, noot J. WILDEMEERSCH en noot M. UYTENDAELE, *RW* 2006-07, 1123, noot A. VAN OEVELEN, *RABG* 2007, 320, noot C. VERBRUGGEN, *TBP* 2007, 546, noot E. MAES, *RCJB* 2007, 353, noot S. VAN DROOGHENBROECK. Zie daarover ook A. ALEN, "De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. Over de Cassatiearresten van 1 juni 2006 en 28 september 2006", in *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Brugge, die Keure, 2007, 1-14, "La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur. Réflexions sur les arrêts de la Cour de Cassation du 1^{er} juin 2006 et du 28 septembre 2006", *JT* 2008, 97-101 en "De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens schending van de Grondwet", in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 851-866.

¹⁴ A. ALEN, *Handboek*, 16.

(*supra* nr. 3). Bovendien worden de rechterlijke uitspraken “in naam des Konings ten uitvoer gelegd” (artikel 40, tweede lid, van de Grondwet).¹⁵

Artikel 159 van de Grondwet, dat aan de rechterlijke macht een controlebevoegdheid verleent ten aanzien van de uitvoerende macht, is één van de scharnierbepalingen van het stelsel van wederzijdse controle tussen de verschillende machten.¹⁶ De bepaling belast meer bepaald elke rechter met een toezicht op de wettigheid van de besluiten en verordeningen van de uitvoerende macht die hij in een bepaald geschil toepast. Zij is om die reden “het sluitstuk” van de rechtsbescherming¹⁷ en “de hoeksteen van het grondwettelijk bestel” genoemd,¹⁸ en ook “une des dispositions les plus importantes du droit public belge”.¹⁹

6. Ook in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt de scheiding der machten niet op een absolute wijze opgevat. Evenmin als de Belgische Grondwet vermeldt het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) dat begrip. Noch uit artikel 6, noch uit een andere bepaling van het verdrag vloeit derhalve een verplichting voort “to comply with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible limits of the powers’ interaction”.²⁰

In de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dringt de scheiding der machten echter wel door, niet als een doel op zich, maar eerder als een middel om de waarborgen van een eerlijk proces te verzekeren.²¹ Dat geldt natuurlijk in de eerste plaats in geval van een wetgevende inmenging in hangende rechtsgedingen (*infra* nrs. 426-481), maar het Europees Hof waakt er ook over, wanneer een grondrecht in het geding is, dat aan het bestuur geen onbegrensde bevoegdheid wordt verleend. Dit is het zogenaamde verbod tot het verlenen van “unfettered power”.²² Om een adequate bescherming te bieden tegen willekeur, moeten de omvang en de modaliteiten van de bevoegdheidsuitoefening nauwkeurig worden omschreven.²³ Dat komt niet alleen de rechtszekerheid ten goede,²⁴ het laat ook een daadwerkelijk rechterlijk toezicht toe op die bevoegdheidsuitoefening.

¹⁵ Voor andere voorbeelden, zie A. ALEN, “Scheiding” of “samenwerking” der machten?, Brussel, Academiae Analecta, 1990, 18.

¹⁶ A. ALEN, *Handboek*, 18. Zie ook A. ALEN, “Scheiding” of “samenwerking” der machten?, Brussel, Academiae Analecta, 1990, 19.

¹⁷ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 112.

¹⁸ K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 356; M. NIHOUL, “Légalité, sécurité, efficacité. Vers une révision de l’article 159 de la Constitution?”, in M. NIHOUL (ed.), *L’article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Brussel, la Chartre, 2010, 453 (hierna verkort: *L’article 159 de la Constitution*): “la pierre constitutionnelle angulaire”.

¹⁹ P. LEWALLE, “Légalité, sécurité, stabilité en droit administratif. Un équilibre introuvable?”, in *Liber Amicorum Y. Hannequart et R. Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, 243.

²⁰ EHRM (Grote kamer) 6 mei 2003, Kleyn e.a. t. Nederland, § 193; EHRM 22 juni 2004, Pabla Ky t. Finland, § 29.

²¹ P. LEMMENS, “Enkele aspecten van de ‘doctrine’ van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2005-06, 80.

²² EHRM 2 augustus 1984, Malone t. Verenigd Koninkrijk, § 68; EHRM (Grote kamer) 17 februari 2004, Maestri t. Italië, § 30; EHRM 8 juni 2006, Lupsa t. Roemenië, § 34.

²³ EHRM 28 november 2002, Lavents t. Letland, § 135; EHRM 15 juni 2006, Shevanova t. Letland, § 70; EHRM 12 januari 2010, Gillan en Quinton t. Verenigd Koninkrijk, § 77: “The level of precision required of domestic legislation – which cannot in any case provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the

§ 3. Een fundamenteel organisatieprincipe van de Grondwet

7. De scheiding der machten is een op de ideeën van Thomas Locke (1632-1704), Charles de Montesquieu (1689-1755) en Immanuel Kant (1724-1804) gebaseerd fundamenteel organisatieprincipe van de meeste moderne democratische grondwetten. De politieke macht in de staat wordt door de machtenscheiding opgedeeld in functiegebieden. Door de onderlinge controle van de machten dient de staatsmacht te worden gematigd.²⁵ Traditioneel bestaan deze machten uit de wetgeving, het bestuur en de rechtspraak. Zo betoogde Montesquieu:

“Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n’y a point de liberté; parce qu’on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.

Il n’y a point encore de liberté si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative et de l’exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d’un oppresseur.

Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.”²⁶

8. Hoewel Montesquieu doorgaans wordt beschouwd als de grote pleitbezorger van de *séparation des pouvoirs*, was hij in werkelijkheid een voorstander van het *équilibre des pouvoirs*: geen scheiding maar evenwicht van machten (*supra* nr. 5) vormt de kern van zijn gematigde staatsvorm.²⁷

content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed.”

²⁴ EHRM 7 februari 2006, Mürsel Eren t. Turkije, § 46.

²⁵ V. TRSTENJAK, conclusie van 30 juni 2009 voor HvJ 15 oktober 2009, Audiolux, C-101/08, noot 72.

²⁶ In boek 11, hoofdstuk 6, van zijn in 1748 verschenen werk *De l’esprit des lois* (in de heruitgave die is ingeleid en geannoteerd door J. Ehrard, Parijs, Editions sociales, 1969, 118-119), dat in de vertaling van J. Holierhoek als volgt luidt (MONTESQUIEU, *Over de geest van de wetten*, Amsterdam, Uitgeverij Boom, 2006, 219-220):

“Er is geen vrijheid wanneer de wetgevende en de uitvoerende macht in dezelfde persoon of in hetzelfde bestuursorgaan zijn verenigd, want in zo’n geval valt te vrezen dat een en dezelfde vorst, of een en dezelfde senaat, tirannieke wetten zal uitvaardigen om ze vervolgens op tirannieke wijze toe te passen.

Evenmin is er vrijheid wanneer de rechtsprekende macht niet gescheiden is van de wetgevende en uitvoerende macht. Bij een samenvoeging van rechtsprekende en wetgevende macht zouden de macht over leven en dood en de vrijheid van de burgers aan willekeur zijn overgeleverd, want de rechter zou dan tevens wetgever zijn. Bij een samenvoeging van rechtsprekende en uitvoerende macht zou de rechter de kracht van een onderdrukker krijgen.

Uitgesproken slecht zou de situatie eruitzien als dezelfde persoon, of dezelfde groep van aanzienlijken, van lieden behorende tot de adel of van mensen uit het volk, bekleed zou zijn met de drie volgende machten tegelijk: de macht om wetten uit te vaardigen, de macht om overheidsbesluiten uit te voeren en de macht om een gerechtelijk oordeel uit te spreken over misdaden en over geschillen tussen burgers.”

²⁷ R. FOQUÉ, “Evenwicht van machten en rechtsstatelijke vernieuwing”, in A. ALLEN en L.J. WINTGENS (eds.), *De Trias Politica ruimer bekeken*, Gent, Larcier, 2000, 4. Zie daarover ook A. ALLEN, *Rechter en bestuur*, I, 173-181.

Afdeling 2 – De rechtsstaat

§ 1. De scheiding der machten als grondslag van de rechtsstaat

9. Het beginsel van de scheiding der machten is dus in de eerste plaats een middel om de openbare macht te verdelen, zodanig dat diegenen bij wie de onderscheiden machten berusten elkaar in de grenzen van hun respectieve functies kunnen tegenhouden,²⁸ maar het is meer dan dat. Het beginsel van de scheiding der machten vormt tevens één van de grondslagen van de rechtsstaat.²⁹

De rechtsstaat kan als de materiële component van de democratische staatsvorm worden beschouwd,³⁰ naast de formele component die bestaat uit de participatie van de burgers door middel van verkiezingen. De grondslagen van de rechtsstaat zijn de scheiding der machten en de fundamentele rechten.³¹

10. Evenmin als de scheiding der machten wordt het rechtsstaatbegrip in de Grondwet of het EVRM vermeld.³² Het wordt niettemin als rechtsbepalend begrip tot de grondwettelijke

²⁸ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. voor Cass. 3 mei 1974, *RW* 1974-75, 90. In dezelfde zin, J. GIJSSELS, “De scheiding der machten”, *TBP* 1989, 569. In die zin berust ook het institutionele evenwicht in de Europese Unie weliswaar niet op het klassieke beginsel van machtenscheiding, maar wel op het beginsel van functiescheiding, zie V. TRSTENJAK, concl. van 30 juni 2009 voor HvJ 15 oktober 2009, *Audiolux*, C-101/08, punt 104.

²⁹ J. VELU, *Droit public, tome I, Le statut des gouvernants*, Brussel, Bruylant, 1986, 313; J.-L. AUTIN, “Illusions et vertus de l’Etat de droit administratif”, in D. COLAS (ed.), *L’Etat de droit*, Parijs, Presses universitaires de France, 1987, 152: “La figure de la séparation des pouvoirs est essentielle à la théorie de l’Etat de droit”, geciteerd in E. KRINGS, “Enkele beschouwingen betreffende rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht”, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1989, *RW* 1989-90, 172. Zie ook de nota van 14 mei 2009, goedgekeurd door de gezamenlijke algemene vergadering en korpsvergadering van de magistraten van de zetel en het parket van het Hof van Cassatie, inzake het aan de Conferentie van voorzitters van de Kamer van Volksvertegenwoordigers gegeven advies betreffende de overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht, punt 3: “De wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht die allen uitgaan van de Natie (art. 33, eerste lid, Grondwet) en die worden uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald (tweede lid), vormen samen de grondslag van onze Rechtsstaat”.

³⁰ Het rechtsstaatbegrip is van Duitse oorsprong en is voor het eerst gebruikt in het boek *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* dat Robert van Mohl in de jaren 1830 publiceerde. Hij gebruikt het daarin als aan de aristocratische politiestaat tegengesteld begrip, zie G. MARTYN, *Geschiedenis van de politiek en van het publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2008, 268.

³¹ J. THEUNIS, “Federalisme en democratie”, in *Democratie op het einde van de XXe eeuw*, Brussel, Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, 1994, 150-151. Zie ook E. KRINGS, “Enkele beschouwingen betreffende rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht”, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1989, *RW* 1989-90, die de rechtsstaat beschouwt “als een van de voornaamste symbolen van de democratische samenlevingen” (169) en die meent dat “de grondslag van het vraagstuk van de onderwerping van de Staat aan het recht neerkomt op de waarborg van de fundamentele rechten en vrijheden” (172). Zie ook het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003*, 15, over de rol van het Hof van Cassatie als bewaker van de eenheid van de rechtspraak: “Dit betekent een fundamentele waarborg voor enerzijds de handhaving van de rechtsstaat, en anderzijds de gelijkheid van de burgers voor de wet, beide wezenskenmerken voor een democratie”. Zie ten slotte ook reeds artikel 16 van de *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* van 1789: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”.

³² Vgl. artikel 20.3 van de Duitse Grondwet: “Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden”. Artikel 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) noemt de rechtsstaat als gemeenschappelijke “waarde” van de lidstaten,

beginselen gerekend.³³ Onrechtstreeks vindt het begrip weerklank in artikel 144 van de Grondwet, naar luid waarvan de geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren en waaruit wordt afgeleid dat de overheid, net als elk ander rechtssubject, in rechte kan worden aangesproken voor haar burgerrechtelijke aansprakelijkheid in geval van fout.³⁴

In de preambule van het EVRM wordt de “heerschappij van het recht” gerekend tot het “gemeenschappelijk erfdeel” van de lidstaten. Daarop voortbouwend beschouwt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de rechtsstaat als één van de onderliggende principes van het EVRM en één van de fundamentele beginselen van een democratische samenleving.³⁵ De democratie van haar kant is één van de fundamentele pijlers van de “European public order”.³⁶ Meer zelfs, zij is het enige politieke model dat verenigbaar is met het EVRM.³⁷

§ 2. De rechtsstaat als grondslag van het wettigheidsbeginsel

11. De “heerschappij van het recht” (*rule of law* in het Engels, *prééminence du droit* in het Frans), met andere woorden het beginsel van de rechtsstaat, gebiedt de naleving door de overheid van de rechtsregels in het algemeen en van de regels die hun bevoegdheid omschrijven in het bijzonder. Het beginsel mag dan niet uitdrukkelijk in de Grondwet zijn vermeld, in de rechtspraak is het stevig verankerd.

Reeds in het arrest *Flandria* van 5 november 1920 is het beginsel van de rechtsstaat vevat, waar het Hof van Cassatie overweegt dat “les gouvernants ne peuvent rien que ce qu'ils sont chargés de faire et sont, comme les gouvernés, soumis à la loi”.³⁸

terwijl de preambule van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie ernaar verwijst als “beginsel”. Volgens het Hof van Justitie is het beginsel van de scheiding der machten kenmerkend voor de werking van een rechtsstaat, HvJ 22 december 2010, DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, C-279/09, punt 58.

³³ L.P. SUETENS, “De retroactiviteit van wetten, decreten en ordonnanties”, *TFR* 1993, 220 en in *Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare*, Brugge, die Keure, 1997, 165. Zie ook Cass. 17 oktober 2006, P.06.0846.N, waarin wordt vastgesteld dat de artikelen 35, 35ter en 37 van het Wetboek van Strafvordering voldoen “aan het legaliteitsbeginsel en het rechtsbeginsel van de rechtsstaat”.

³⁴ P. DUINSLAAGER, “Overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht”, nota van 19 april 2010 voor de Kamer van Volksvertegenwoordigers, 3.

³⁵ Bv. EHRM 1 maart 2001, Malama t. Griekenland, § 43: “Moreover, the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, is inherent in all the Articles of the Convention”.

³⁶ Bv. EHRM 8 april 2010, Frodl t. Oostenrijk, § 22.

³⁷ EHRM 30 januari 1998, Verenigde Communistische Partij van Turkije e.a. t. Turkije, § 45; EHRM (Grote kamer) 13 februari 2003, Refah Partisi e.a. t. Turkije, § 86; EHRM (Grote kamer) 17 februari 2004, Gorzelik t. Polen, § 89; EHRM 14 mei 2006, Christian Democratic People’s Party t. Moldavië, § 62; EHRM 7 april 2009, Hyde Park t. Moldavië, § 50; EHRM 2 februari 2010, Christian Democratic People’s Party (n° 2) t. Moldavië, § 20. Zie ook GwH 3 december 2009, nr. 195/2009, B.26.1. Het Hof van Justitie van zijn kant beschouwt de daadwerkelijke deelneming van het Europees Parlement aan de Europese regelgeving als “de afspiegeling van een democratisch grondbeginsel, volgens hetwelk de volkeren door tussenkomst van een representatieve vergadering aan de machtsuitoefening deelnemen”, HvJ 30 maart 1995, Parlement/Raad, C-65/93, punt 21.

³⁸ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, 240. Zie ook *infra* nr. 196.

En over hetzelfde beginsel overwoog de Raad van State later “dat in een rechtsstaat de overheid maar kan optreden en beslissingen kan nemen, indien dat optreden of die beslissingen kunnen worden ingepast in bestaande wetten of in bestaande, rechtmatig vastgestelde lagere rechtsnormen; dat een beslissing derhalve onwettig is, niet alleen wanneer ze direct in strijd met een geldend voorschrift werd vastgesteld, maar ook wanneer de juridische of feitelijke grondslag van de beslissing niet kan worden bepaald en het bewijs daarom niet kan worden geleverd dat de overheid het inderdaad vermag de beslissing te nemen” (*infra* nr. 14).³⁹

De gezagsdragers zijn in een rechtsstaat gebonden door het “objectief recht” waarvan zij de toepassing moeten verzekeren en dat hun machten beperkt. De gezagsdragers zijn met andere woorden gebonden door het wettigheidsbeginsel.⁴⁰ Wanneer de overheid *contra legem* handelt, druist dat volgens de Raad van State in tegen het beginsel van de rechtsstaat.⁴¹

12. Het beginsel van de rechtsstaat bindt ook de wetgevende macht en de rechterlijke macht. Wat dat voor de wetgevende macht praktisch gezien betekent, komt verderop in zekere mate aan bod (*infra* nrs. 426-481).

Wat de rechterlijke macht betreft, ligt het in de aard der dingen dat zij aan de rechtsregels is onderworpen. Zij speelt een cruciale rol in de afdwinging ervan.⁴² Het vertrouwen van de grondwetgever in de rechterlijke macht als de natuurlijke beschermster van de rechten en vrijheden van de burgers tegen de uitvoerende macht, is terecht één van de belangrijkste karakteristieken van de Belgische Grondwet genoemd.⁴³ Maar het beginsel van de rechtsstaat houdt voor de rechter bijvoorbeeld ook in dat tegenstrijdige rechtspraak en willekeurige uitspraken moeten worden vermeden.⁴⁴ Opnieuw duikt hier de bescherming tegen willekeur op

³⁹ RvS 16 september 1975, nr. 17.159, Van Hassel. Zie ook o.a. RvS 14 mei 1979, nr. 19.619, Cooleman; RvS 19 oktober 1982, nr. 22.555, vzw *Inspraak*. Vgl. RvS 17 oktober 2003, nr. 124.361, *Gakwaya*: “Considérant que dans un Etat de droit, les institutions n’ont pas d’autres pouvoirs que ceux qui leur sont conférés par la Constitution, par la loi ou par le décret et par les arrêtés régulièrement pris pour l’exécution de ceux-ci”.

⁴⁰ A. ALEN, *Handboek*, 93; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 79.

⁴¹ RvS 17 maart 2004, nr. 142.316, *Lust*; RvS 30 november 2007, nr. 177.454, Van Diest (telkens in de context van de verplichting voor een orgaan van het actief bestuur om de reglementering toe te passen die geldt op het ogenblik waarop zij opnieuw uitspraak moet doen over het door een verzoeker ingediende administratief beroep).

⁴² De controle op de rechterlijke macht zelf wordt onder meer gewaarborgd door de verplichting tot motivering van de uitspraak (artikel 149 van de Grondwet), de openbaarheid van terechtzitting en uitspraak (artikelen 148 en 149 van de Grondwet) en de instelling van een Hof van Cassatie (artikel 147 van de Grondwet), zie E. KRINGS, “Enkele beschouwingen betreffende rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht”, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1989, *RW* 1989-90, 178. Over het parlementair onderzoek als middel tot externe controle op de rechterlijke macht, zie F. MEERSSCHAUT, “Als de rook om ons hoofd (nog niet helemaal) is verdwenen – De scheiding der machten in de storm van de Fortiszaak”, in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 105-191.

⁴³ A. ALEN, “Scheiding” of “samenwerking” der machten?, Brussel, Academiae Analecta, 1990, 22-23, met verwijzing naar W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Les droits de l’homme et la Constitution belge”, in *Mélanges P. Modinos*, Parijs, 1968, 163.

⁴⁴ Bv. EHRM 7 januari 2010, *Parvanov* e.a. t. Bulgarije, §§ 44 en 50. De motiveringsplicht vervult in dat verband een vooraanstaande rol, bv. EHRM 14 januari 2010, *Atanasovski* t. Macedonië, §§ 36-39. Tegenstrijdige rechtspraak ondermijnt het vertrouwen in het rechtssysteem, EHRM 1 december 2009, *Vincic* e.a. t. Servië, § 56, zeker wanneer het om tegenstrijdige uitspraken in dezelfde zaak gaat, EHRM 1 juli 2010, *Vusic* t. Kroatië, § 44.

(*infra* nr. 6) als wezenskenmerk van de “heerschappij van het recht” en dat is geen toeval: geïndividualiseerde willekeur in de rechtstoepassing is immers de tegenpool van de rechtsstaat.⁴⁵

13. In wat volgt wordt, gelet op het onderwerp van dit proefschrift, de binding van de overheid aan het recht in de eerste plaats vanuit de gezichtshoek van de uitvoerende macht beschouwd.

§ 3. De artikelen 105 en 108 van de Grondwet

14. Het wettigheidsbeginsel dient vanuit het perspectief van de uitvoerende macht in zijn dubbele betekenis te worden nageleefd: er moet een wettelijke grondslag voorhanden zijn voor het optreden van de overheid (optreden op grond van het recht) en dat optreden moet in overeenstemming zijn met de “wetten”, met het recht in het algemeen (optreden binnen de grenzen van het recht).

De eerste betekenis van het wettigheidsbeginsel (voor de federale uitvoerende macht) is uitgedrukt in artikel 105 van de Grondwet:⁴⁶ “De Koning heeft geen andere macht dan die welke de Grondwet en de bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd, hem uitdrukkelijk toekennen”.⁴⁷

De tweede betekenis van het wettigheidsbeginsel (voor de federale uitvoerende macht) vindt een uitdrukking in artikel 108 van de Grondwet.⁴⁸ “De Koning maakt de verordeningen en neemt de besluiten die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn, zonder ooit de wetten zelf te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen”.

Bovendien kan tegenstrijdige rechtspraak een discriminatie inhouden, EHRM 12 januari 2010, *Paroisse Greco Catholique Sâmbata Bihor t. Roemenië*, § 81. Weliswaar zijn divergerende uitspraken “an inherent consequence of any judicial system which is based on a network of trial and appeal courts with authority over the area of their territorial jurisdiction”, maar het is de rol van het hoogste rechtscollege om daaraan te verhelpen, EHRM (Grote kamer) 28 oktober 1999, *Zielinski en Pradal en Gonzalez e.a. t. Frankrijk*, § 59; EHRM 8 december 2009, *Wieczorek t. Polen*, § 62. Zie ook *infra* nrs. 53 en 126. Anderzijds houden het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel geen verworven recht op een constante rechtspraak in, EHRM 18 december 2008, *Unedic t. Frankrijk*, § 74.

⁴⁵ K. RIMANQUE, *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 68.

⁴⁶ Voor de gemeenschappen en gewesten geldt een soortgelijke bepaling: artikel 78 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

⁴⁷ Voor een toepassing, zie Luik 8 november 1994, *JT* 1995, 150 en 242.

⁴⁸ Voor de gemeenschappen en gewesten geldt een soortgelijke bepaling: artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

Afdeling 3 – De jurisdictionele controle

§ 1. De noodzaak van rechterlijk wettigheidstoezicht

15. De verplichting om de rechtsnormen na te leven, impliceert in beginsel een toezicht op die naleving.⁴⁹ Op grond van het beginsel van de rechtsstaat, zo oordeelt de Raad van State, moet de rechter “de binding van het bestuur aan het recht” voor de rechter kunnen afdwingen.⁵⁰ Kernachtig uitgedrukt luidt dat bij Van Orshoven: “Geen rechten zonder rechtsbescherming, geen rechtsbescherming zonder rechter”.⁵¹

Ook het Hof van Justitie beschouwt de Europese Unie als een rechtsgemeenschap “in die zin dat de instellingen niet ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het Verdrag en met de algemene rechtsbeginselen, waaronder de grondrechten”.⁵² In een rechtsgemeenschap kan immers niet worden aanvaard dat handelingen die beogen rechtsgevolgen jegens derden teweeg te brengen, aan elk rechterlijk toezicht ontsnappen.⁵³

§ 2. Het wettigheidstoezicht door de gewone hoven en rechtbanken

16. In de Belgische rechtsorde verloopt dat rechterlijk toezicht met name via artikel 159 van de Grondwet. In het arrest *Delsard* was de Raad van State bijvoorbeeld van oordeel dat “een dwingende regeling, die niet is tot stand gekomen en uitgevaardigd overeenkomstig de ter zake geldende wetten en decreten, als daar zijn, op het eerste gezicht, machtiging door de wet of het decreet, collegiale beraadslaging in de Vlaamse regering, advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State, door de rechter buiten toepassing moet worden gelaten overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet”.⁵⁴

⁴⁹ J. CHEVALIER, “L’Etat de droit”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger* 1988, 367: “L’Etat de droit implique donc la soumission au droit et la sanction d’un juge indépendant”, geciteerd in E. KRINGS, “Enkele beschouwingen betreffende rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht”, *RW* 1989-90, 172; K. LENAERTS, “The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union”, *CMLRev.* 2007, 1626: “the rule of law, of which effective judicial protection and judicial review are intrinsic components”; R. ODENT, *Contentieux administratif*, Parijs, Dalloz, 2007, deel 1, 6: “Le principe de légalité est celui en vertu duquel toute activité, publique ou même privée, doit, dans un Etat déterminé, se conformer au droit qui est en vigueur dans cet Etat au moment où cette activité s’exerce: ce principe implique aussi nécessairement l’existence d’organes chargés de dire le droit et de rétablir la légalité éventuellement méconnue, autrement dit d’organes juridictionnels”; P. VAN ORSHOVEN, *Ontwikkelingen in de beslechting van bestuursrechtelijke geschillen in België*, Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, Tjeenk Willink 1990, 1: “Rechtsstaat en legaliteit zijn mooie, doch abstracte begrippen, waaraan de burger weinig boodschap heeft indien hem geen rechtsbescherming wordt geboden”.

⁵⁰ RvS 27 juni 2000, nr. 88.281, Dinnecourt.

⁵¹ P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe belastingen*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 54 (hierna verkort: P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*).

⁵² HvJ (Grote kamer) 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores, C-50/00 P, punt 38. Zie ook HvJ 23 april 1986, Parti écologiste ‘Les Verts’, 294/83, punt 23 en HvJ (Grote kamer) 29 juni 2010, E en F, C-550/09, punt 44.

⁵³ Ger. EU 2 maart 2010, Evropaïki Dynamiki/EMSA, T-70/05, punt 66.

⁵⁴ RvS 13 oktober 2003, nr. 124.147, *Delsard*. Zie ook J.-F. LECLERCQ, concl. voor Cass. 10 juni 1996, S.95.0114.F, *Pas.* 1996, I, 619, nr. 227, punt 6 (*infra* nr. 646).

17. Aan artikel 159 van de Grondwet en zijn toepassing kleefden in hoofdzaak twee gebreken:⁵⁵ in de eerste plaats de – thans voorbijgestreefde – opvatting dat de onwettigheid van een administratieve overheidsakte slechts bij wijze van exceptie of van verweer, en derhalve niet rechtstreeks, kon worden bestreden (*infra* nrs. 410-412); in de tweede plaats het – nog steeds geldend – relatief gezag van gewijsde van een rechterlijke uitspraak over de onwettigheid van een administratieve overheidsakte, die enkel niet wordt toegepast in het aan de rechter onderworpen geschil maar in de rechtsorde blijft verder bestaan (*infra* nrs. 382-384).

§ 3. Het wettigheidstoezicht door de Raad van State

18. Om hieraan te verhelpen heeft de wetgever in 1946 een tweede vorm van rechterlijk wettigheidstoezicht in het leven geroepen, namelijk een rechtstreeks beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State.⁵⁶

Het wettigheidstoezicht door de Raad van State is niet in de plaats gekomen van het wettigheidstoezicht door de gewone hoven en rechtbanken, het voegt daar een vorm van rechtsbescherming aan toe. Sedert 1946 vormt de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State samen met de exceptie van onwettigheid, vervat in artikel 159 van de Grondwet, de tandem van het rechterlijk wettigheidstoezicht op administratieve overheidsakten.⁵⁷

Afdeling 4 – De draagwijdte van artikel 159 van de Grondwet

§ 1. De draagwijdte is algemeen maar niet onbegrensd

19. In zijn proefschrift over de grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole heeft Alen aangetoond dat noch de tekst, noch de oorsprong van artikel 159 van de Grondwet tot een beperkende interpretatie nopen.⁵⁸ Ook in de rechtspraak en de rechtsleer luidt de heersende opvatting dat artikel 159 van de Grondwet een algemene draagwijdte heeft.⁵⁹

Dat mag echter niet tot de misvatting leiden dat de draagwijdte van het rechterlijk wettigheidstoezicht onbegrensd is. Het beginsel van de rechtsstaat, waarin het rechterlijk wettigheidstoezicht zijn bestaansreden vindt, is immers geen abstract ideaal maar staat ten dienste van de burger.

⁵⁵ A. ALEN en J. THEUNIS, "Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in artikel 159 van de Grondwet", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 5.

⁵⁶ Zie artikel 160 van de Grondwet (grondwettelijke grondslag die evenwel pas in 1993 werd ingevoegd) en artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

⁵⁷ J. THEUNIS, "De 'exceptie van onwettigheid' (artikel 159 G.W.): meer vragen dan antwoorden?", *RW* 2007-08, 1266.

⁵⁸ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, 2 delen, 928 p. Zie ook JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. voor Cass. 21 april 1988, *Pas.* 1988, I, 990-991, nr. 504: "Rien dans les travaux du Congrès national n'autorise une interprétation restrictive de l'article [159] de la Constitution. Aucune règle spécifique et, en particulier, aucune règle constitutionnelle ne limite le droit d'invoquer l'exception d'illégalité devant les cours et tribunaux."

⁵⁹ Zie bv. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. voor Cass. 3 maart 1972, *RW* 1971-72, 1637: "De tekst heeft een imperatieve en algemene draagwijdte".

Aangezien artikel 159 van de Grondwet een scharnierbepaling is in het systeem van de scheiding der machten, vervult het ook een cruciale rol in de werking van de rechtsstaat. Het rechterlijk wettigheidstoezicht vormt daardoor een instrument in de rechtsbescherming van de burger. De draagwijdte van artikel 159 van de Grondwet moet dus in functie van die rechtsbescherming worden bepaald en die rechtsbescherming dient een *guiding principle* te zijn in de zoektocht naar de grenzen van de exceptie van onwettigheid. Dat instrument is geen doel op zich, maar staat in dienst van een volledige en coherente rechtsbescherming.⁶⁰

§ 2. Artikel 159 van de Grondwet is de toepassing van een algemeen rechtsbeginsel

20. De grenzen van een bepaling worden in de eerste plaats getrokken door de bewoordingen ervan, maar een arrest van 8 april 2003 van het Hof van Cassatie werpt een nieuw licht op dat uitgangspunt. Het door artikel 159 van de Grondwet aan de rechter opgedragen wettigheidstoezicht over de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen, zo luidt dat arrest, vormt slechts “een bijzondere toepassing van het meer algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de rechter geen toepassing mag maken van een beslissing, met name een norm, waarbij een hogere bepaling wordt geschonden”.⁶¹

Het oordeel van het Hof van Cassatie houdt de uitdrukkelijke bevestiging in van een opvatting die al langer leefde en die met name reeds werd verwoord in de conclusie van toenmalig advocaat-generaal Leclercq bij een arrest van 4 september 1995⁶² en, nog vroeger, in de rede van toenmalig eerste advocaat-generaal Dumon, uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1977 (*infra* nr. 336).⁶³

⁶⁰ Zie bv. A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 923: “Het wettigheidsbeginsel vindt dan ook zijn bestaansreden in de verdediging van de individuele vrijheid en rechten tegen de overheid”. Vgl., wat de rechtsbescherming tegen de instellingen van de Europese Unie betreft, K. LENAERTS, “The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union”, *CMLRev.* 2007, 1626: “The central focus here is the progressive establishment of a complete and coherent system of judicial protection *vis-à-vis* the Union institutions”.

⁶¹ Cass. 8 april 2003, P.02.1165.N, *Arr.Cass.* 2003, 815, nr. 233, *NjW* 2003, 778, noot.

⁶² “Principe général du droit selon lequel un juge ne peut appliquer une décision, notamment aussi une norme, qui viole une disposition supérieure ou qui excède les pouvoirs ou compétences qui peuvent être exercés”, J.-F. LECLERCQ, concl. voor Cass. 4 september 1995, C.94.0417.F, *Pas.* 1995, I, 753, nr. 360. Zie ook de noot onder het laatstgenoemde arrest van R. ERGEC, “Le principe de légalité à l’épreuve des principes de bonne administration”, *RCJB* 1998, 17.

⁶³ Die op zijn beurt verwijst naar twee vroegere arresten van het Hof van Justitie van 13 juni 1958 (9/56 en 10/56, zie ook A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 845-846) waarin de exceptie van onwettigheid als een “algemeen beginsel” wordt beschouwd, zodat zij ook mag worden opgeworpen wanneer daarin niet door een uitdrukkelijke bepaling is voorzien, F. DUMON, “Ontwerpen voor hervormingen en jurisdictionele functie”, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1977, *Arr.Cass.* 1977, 110-111. Zie ook reeds A. VANWELKENHUYZEN, “L’attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. À propos de l’arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1974”, *JT* 1974, 598, die artikel 159 van de Grondwet beschrijft als “un texte qui reflète seulement un aspect d’un principe général qui veut que le juge, mise en présence de deux règles juridiques contradictoires, doit se prononcer en faisant abstraction de celle de ces règles qui, dans la hiérarchie des normes, est inférieure à l’autre”, alsook P. DE VISSCHER, “De la portée des dispositions constitutionnelles concernant les jugements à l’égard des décisions contentieuses administratives”,

Ook Alen heeft de stelling verdedigd dat, indien artikel 159 van de Grondwet niet zou hebben bestaan, de exceptie van onwettigheid toch zou moeten zijn toegepast “daar zij onweerlegbaar voortvloeit uit andere grondwettelijke bepalingen”.⁶⁴ Dat wordt ook bevestigd door de vergelijking met Frankrijk en Nederland, die geen soortgelijke grondwetsbepaling kennen maar (uiteeraard) wel een incidentele wettigheidstoetsing van bestuurshandelingen (*infra* nrs. 165-192).

Dat er sprake is van een algemeen rechtsbeginsel, betekent overigens niet dat het gaat om een absoluut beginsel. Dat blijkt met name reeds uit de stelling, eveneens door Alen verdedigd (en later door de grondwetgever bevestigd, *infra* nr. 283), dat het voormelde beginsel, in het licht van de door de Grondwet ingestelde machtenverhoudingen, niet kan worden geacht ook een grondwettigheidstoetsing van wetgevende normen toe te staan.⁶⁵

21. Dat de exceptie van onwettigheid de uitdrukking is van een algemeen rechtsbeginsel, komt ten slotte ook tot uiting in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zoals de Belgische Grondwet bevat het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) een uitdrukkelijke bepaling inzake de incidentele wettigheidstoetsing, meer bepaald artikel 277 (vroeger artikel 241 EG):

“Iedere partij kan, ook na het verstrijken van de in artikel 263, zesde alinea bedoelde termijn,⁶⁶ naar aanleiding van een geschil waarbij een door een instelling, een orgaan of een instantie van de Unie vastgestelde handeling van algemene strekking in het geding is, de in artikel 263, tweede alinea, bedoelde middelen aanvoeren om voor het Hof van Justitie van de Europese Unie de niet-toepasselijkheid van deze handeling in te roepen.”

Hoewel die bepaling enkel handelingen van algemene strekking en geschillen voor het Hof van Justitie beoogt, komt in die bepaling een algemeen rechtsbeginsel tot uitdrukking,⁶⁷ dat een ruimere draagwijdte heeft (*infra* nr. 574) en dat de rechtzoekende met name toestaat om ook voor de nationale rechter de onwettigheid in te roepen van een handeling van de Unie⁶⁸ die als grondslag dient voor het te zijnen aanzien genomen nationale besluit.⁶⁹

22. Door de vaststelling dat artikel 159 van de Grondwet de uitdrukking is van een algemeen rechtsbeginsel, verschuift in zekere zin de zoektocht naar de grenzen van dat algemeen

noot onder Cass. 9 oktober 1959, *RCJB* 1960, 189-190, die reeds erop wees dat artikel 159 van de Grondwet “fait application aux tribunaux de l'ordre judiciaire d'un principe général du droit”.

⁶⁴ A. ALEN, “Scheiding” of “samenwerking” der machten?, Brussel, *Academiae Analecta*, 1990, 71-72.

⁶⁵ *Ibid.*, 21 en, meer uitgebreid, A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 818-828, 843-850 (zie ook *infra* nr. 282).

⁶⁶ Dit is de termijn van twee maanden om beroep in te stellen tegen handelingen van de (instellingen of instanties van de) Europese Unie.

⁶⁷ Bv. HvJ 27 september 1983, *Universität Hamburg*, 216/82, punt 10.

⁶⁸ Het kan ook gaan om een individuele handeling, zo blijkt uit het in de vorige voetnoot vermelde arrest, met name wanneer zij niet ter kennis van de aanvrager werd gebracht. Zie daarover ook S. ADAM, “Le contrôle incident de légalité à l'épreuve du droit de l'Union européenne entre mutations et transfiguration”, in *L'article 159 de la Constitution*, 380 en 388.

⁶⁹ Bv. HvJ 15 februari 2001, *Nachi Europe*, C-239/99, punt 35, waarin voorts wordt gepreciseerd dat de vraag inzake de geldigheid van die handeling in het kader van een prejudiciële procedure naar het Hof van Justitie kan (en doorgaans moet) worden verwezen.

rechtsbeginsel. Het laat toe om los te komen van de strikte bewoordingen van de Grondwet, hetgeen meer armslag geeft in de interpretatie van de exceptie van onwettigheid. De band met een algemeen rechtsbeginsel vergemakkelijkt met andere woorden een meer evolutieve, minder tekstgebonden interpretatie van de exceptie van onwettigheid.

§ 3. Positionering ten opzichte van andere algemene rechtsbeginselen

23. Indien artikel 159 van de Grondwet de uitdrukking is van een algemeen rechtsbeginsel, rijst onvermijdelijk ook de vraag naar de positionering ervan ten opzichte van andere algemene rechtsbeginselen.

Hoger werd er al op gewezen dat de Raad van State werd opgericht om aan twee gebreken van artikel 159 van de Grondwet te verhelpen (*supra* nrs. 17-18). Uit het verslag-Rolin bij de oprichting van de Raad van State blijkt meer bepaald welke fundamentele bekommernis daarachter schuil ging:

“Gewis, [159] van de Grondwet bepaalt dat de Hoven en rechtbanken de algemeene provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen slechts toepassen voor zoover zij met de wetten overeenkomen; doch er verloopt dikwijls heel wat tijd tusschen den datum waarop de beslissingen van de uitvoerende macht worden bekend gemaakt en dezen waarop de toepassing er van geweigerd wordt, welke weigering door de rechterlijke macht in uitvoering van [159] van de Grondwet wordt uitgesproken. Hieruit volgt een onzekerheid die zeer nadeelig is voor de civiele en commercieele betrekkingen.”⁷⁰

24. Gedurende lange tijd heerste de opvatting dat de algemene rechtsbeginselen niet op de wet kunnen prevaleren. Inmiddels wordt echter algemeen aanvaard dat sommige algemene rechtsbeginselen grondwettelijke waarde hebben.⁷¹ Dat is met name het geval voor het rechtszekerheidsbeginsel en ook voor het daaruit afgeleide vertrouwensbeginsel, waarvan de naleving door de wetgever, via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, kan worden afgedwongen (*infra* nr. 294). Als beginselen met grondwettelijke waarde kunnen zij de afdwinging van het wettigheidsbeginsel afremmen (Hoofdstuk II).⁷²

Nadat de verhouding tussen die beginselen is uitgeklaard, volgen enige rechtshistorische en rechtsvergelijkende aantekeningen (Hoofdstuk III). Uit het citaat dat dit inleidend hoofdstuk (Hoofdstuk I) voorafgaat, blijkt dat Montesquieu bijzonder belang hechtte aan de rechtsvergelijking, maar ook dat hij tegelijkertijd de beperkingen ervan inzag. Toch dient nog steeds, zo betoogt Foqué, de discipline van de rechtsvergelijking “in de voorhoede post te vatten

⁷⁰ *Parl.St. Kamer 1936-37*, nr. 211, 18-19.

⁷¹ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, “Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen”, in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, 70-72.

⁷² In die zin ook A. LUST en S. LUST, “De administratieve verankering van het milieumisdrijf”, in A. DE NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieustraf- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Gent, Larcier, 2005, 566.

van de rechtsontwikkeling. Zij is immers bij uitstek geschikt om de convergerende factoren tussen nationale rechtsstelsels op te sporen en te activeren.”⁷³

25. Hoewel artikel 159 van de Grondwet de uitdrukking is van een algemeen rechtsbeginsel, zijn het de bewoordingen van die grondwetsbepaling die als uitgangspunt zullen worden gebruikt om de draagwijdte van het rechterlijk wettigheidstoezicht te onderzoeken: de hoven en rechtbanken (Hoofdstuk IV); de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen (Hoofdstuk V), met de wetten overeenstemmen (Hoofdstuk VI), niet toepassen (Hoofdstuk VII).

Meer bepaald zal voor elk van die termen worden onderzocht tot welke problemen zij aanleiding kunnen geven en op welke wijze de exceptie van onwettigheid een meer evenwichtige en coherente invulling kan krijgen.

26. Vervolgens zullen nog enkele bijzondere correlaties nader worden ontleed, meer bepaald de verhouding tussen artikel 159 van de Grondwet en de wetgevende validatie (Hoofdstuk VIII), de verhouding tussen artikel 159 van de Grondwet en het begrip “volle rechtsmacht” (Hoofdstuk IX), de verhouding tussen artikel 159 van de Grondwet, de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State en de overheidsaansprakelijkheid (Hoofdstuk X) en ten slotte de verhouding tussen artikel 159 van de Grondwet en de verjaringsbepalingen (Hoofdstuk XI).

Die thema's zijn niet willekeurig gekozen. Zij leveren of bevestigen de noodzakelijke bouwstenen voor de centrale stelling die aan het einde van een proefschrift niet mag ontbreken (Hoofdstuk XII).

⁷³ R. FOQUÉ, “Evenwicht van machten en rechtsstatelijke vernieuwing”, in A. ALEN en L.J. WINTGENS (eds.), *De Trias Politica ruimer bekeken*, Gent, Larcier, 2000, 22.

HOOFDSTUK II – Het wettigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel

Afdeling 1 – De algemene rechtsbeginselen als leidraad

27. De algemene rechtsbeginselen vormen een belangrijke leidraad van deze verhandeling. Op vele vlakken zijn zij het prisma waardoor met vernieuwde aandacht naar de klassieke vraagstukken inzake de wettigheidstoets wordt gekeken. Algemene rechtsbeginselen belichamen fundamentele rechtsopvattingen en waarden die inherent zijn aan een rechtsorde. Zij komen in de rechtspraak, door hun aanvullende werking en hun functie als uitleggingsinstrument, hoe langer hoe meer tot uiting en zijn in vele gevallen, door een algemeen gedeelde rechtsovertuiging, deel gaan uitmaken van het positieve recht (en dus van de afdwingbare rechtsregels).⁷⁴

Hoe langer hoe meer ook is de invulling van de algemene rechtsbeginselen Europees geïnspireerd.⁷⁵ Het toenemende gebruik door de Europese rechter, in zijn redeneerstijl en argumentatieopbouw, van de algemene rechtsbeginselen leidt niet alleen tot een verfijning van die beginselen, zo merkt Foqué op, het stimuleert de nationale rechtsorde ook tot een gemeenschappelijk gedragen *scheme of principles*.⁷⁶

⁷⁴ Zie V. TRSTENJAK, conclusie van 30 juni 2009 voor HvJ 15 oktober 2009, Audiolux, C-101/08, punten 68 en 87, m.b.t. de algemene beginselen van Unierecht. Zie ook P. VAN ORSHOVEN, "Algemene rechtsbeginselen in alle rechtstakken. Over de grondwettelijke waarde van publiek- en privaatrechtelijke beginselen", in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, 13: "gedragsregels die op een bepaald ogenblik wezenlijk worden geacht voor een bepaalde samenleving en daarom rechtsregels (moeten) zijn". Anders dan vaak wordt aangenomen (met name op grond van een verkeerde interpretatie van zijn typering van de rechter als "bouche de la loi"), zag ook Montesquieu reeds in dat het recht niet louter uit af te dwingen imperatieven van wetgevende en uitvoerende macht kan bestaan, maar voor een belangrijk deel gegrond wordt door algemene rechtsbeginselen, aldus R. FOQUÉ, "Evenwicht van machten en rechtsstatelijke vernieuwing", in A. ALEN en L.J. WINTGENS (eds.), *De Trias Politica ruimer bekeken*, Gent, Larcier, 2000, 20, die elders de algemene rechtsbeginselen beschrijft als "formuleringen van de inherente waardenoriëntaties van ons recht", R. FOQUÉ, "De actualiteit van Montesquieu's staatkundig erfgoed", in *Stoelendansen met de macht*, Verslag van de conferentie over de trias politica op 27 januari 2006, Den Haag, Publicatie van de Nederlandse Tweede Kamer, 23.

⁷⁵ Zie daarover J. KOKOTT, conclusie van 29 april 2010 voor HvJ (Grote kamer), 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals e.a./Commissie, C-550/07 P, punten 93-95: "Wanneer het Hof de vraag naar het al of niet bestaan van een algemeen rechtsbeginsel onder verwijzing naar de rechtsordes van de lidstaten beantwoordt, steunt het daarbij steeds op de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten of de rechtsbeginselen die de lidstaten gemeen hebben. Een dergelijk teruggrijpen op de gemeenschappelijke constitutionele tradities of rechtsbeginselen veronderstelt niet noodzakelijkerwijs dat het een uniforme tendens of een tendens die in de duidelijke meerderheid van de rechtstelsels van de lidstaten is terug te vinden, betreft. Het gaat veeleer om een *gewogen vergelijking* van de rechtsordes, waarbij ook naar behoren rekening moet worden gehouden met de doelstellingen en de taken van de Europese Unie en de bijzondere aard van de Europese integratie en het recht van de Unie. Tegen deze achtergrond is het geenszins uitgesloten dat ook een rechtsbeginsel dat slechts bij een minderheid van de nationale rechtsordes bekend of zelfs verankerd is, door de Europese rechters als bestaand deel van de rechtsorde van de Unie wordt geïdentificeerd. Dit geldt met name wanneer dit rechtsbeginsel in het licht van de eigen aard van het recht van de Unie, de doelstellingen en taken van de Unie en de werkzaamheid van haar organen bijzondere relevantie toekomt of een tendens is die zich opdringt."

⁷⁶ R. FOQUÉ, "Evenwicht van machten en rechtsstatelijke vernieuwing", in A. ALEN en L.J. WINTGENS (eds.), *De Trias Politica ruimer bekeken*, Gent, Larcier, 2000, 21-22.

28. Sommige algemene rechtsbeginselen zijn al in het inleidend hoofdstuk vermeld (het wettigheidsbeginsel, het beginsel van de rechtsstaat, het beginsel van de scheiding der machten), andere zullen verderop terloops aan bod komen (het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, ...). In dit hoofdstuk worden de voor mijn betoog twee belangrijkste beginselen van naderbij bekeken: eerst het wettigheidsbeginsel (Afdeling 2), daarna het rechtszekerheidsbeginsel (Afdeling 4). In werkelijkheid is de analyse van beide beginselen niet strikt van elkaar te scheiden en vloeit de bespreking van het ene beginsel, via de illustratie van twee rechtsdomeinen (Afdeling 3), op natuurlijke wijze over in de bespreking van het andere. Aan het slot van het hoofdstuk moet duidelijk zijn geworden op welke wijze beide beginselen zich tot elkaar verhouden en, in het bijzonder, wat de invloed is (of kan zijn) van het rechtszekerheidsbeginsel op het wettigheidsbeginsel en de afdwingbaarheid daarvan met toepassing van artikel 159 van de Grondwet (Afdeling 5).

Afdeling 2 – Het wettigheidsbeginsel

§ 1. Het wettigheidsbeginsel als werkinstrument van de rechtsstaat

29. In een rechtsstaat is, zoals hoger uiteengezet, ook de overheid onderworpen aan het recht (*supra* nr. 11). De *rule of law* is de Engelse uitdrukking van die gedachte. De Franse versie luidt *l'Etat de droit*, of beter nog *la prééminence du droit*. Die verheven begrippen worden in de rechtspraak soms gehanteerd, maar een meer werkbare juridische vertaling ervan vormt het wettigheidsbeginsel of legaliteitsbeginsel.

30. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens refereert bijvoorbeeld herhaaldelijk aan het beginsel van de rechtsstaat. Het wordt beschouwd als één van de onderliggende principes van het EVRM (*supra* nr. 10), dat inherent is aan alle artikelen van het EVRM.⁷⁷ Geen enkele inmenging in een grondrecht kan bijgevolg verenigbaar zijn met het EVRM als ze niet strookt met de ter zake toepasselijke regels van het interne recht. Vanuit praktisch oogpunt betekent dit dat het wettigheidsbeginsel als een ongeschreven regel wordt beschouwd, die ook van toepassing is in de gevallen waarin het EVRM er niet uitdrukkelijk melding van maakt.⁷⁸

31. De onderwerping aan het recht geldt vanzelfsprekend voor elk overheidsoptreden, maar in het kader van ons onderzoek wordt enkel het bindend overheidsoptreden bekeken, in de eerste plaats de bestuurshandelingen met individuele of algemene draagwijdte. Bij het aannemen van dergelijke administratieve akten moet de overheid de rechtsregels naleven die met betrekking tot dat optreden zijn vastgesteld.

⁷⁷ Bv. EHRM (Grote kamer) 25 maart 1999, *Iatridis t. Griekenland*, § 58.

⁷⁸ P. LEMMENS, "Enkele aspecten van de 'doctrine' van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2005-2006, 78.

§ 2. Het wettigheidsbeginsel ter vrijwaring van de hiërarchie van de rechtsnormen

32. De onderwerping van de overheid aan het recht (het beginsel van de rechtsstaat), die de naleving gebiedt van de hogere rechtsregels (het wettigheidsbeginsel), impliceert vanzelfsprekend dat de hiërarchie van de rechtsnormen wordt gerespecteerd. Het wettigheidsbeginsel staat derhalve in nauw verband met het beginsel van de hiërarchie van de rechtsnormen.

33. Het Grondwettelijk Hof beschouwt de hiërarchie van de rechtsnormen als een algemeen rechtsbeginsel. In een arrest uit zijn beginperiode ging het over de verhouding tussen Grondwet en verdrag (waarover verder meer, *infra* nrs. 284-297):

“Wanneer het Hof decreetbepalingen vernietigt die met miskenning van de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling verdragsbepalingen overnemen of uitvoeren, doet het geen afbreuk aan het desbetreffende verdrag zelf noch aan de voorrang van het verdrag op grond van het beginsel van de hiërarchie der rechtsnormen”.⁷⁹

Een meer recent arrest heeft betrekking op de verhouding tussen wet en koninklijk besluit:

“Wanneer de normatieve draagwijdte van een wettelijke norm, door verwijzing, wordt bepaald door wat in een koninklijk besluit is geregeld, dient die wettelijke norm in die zin te worden geïnterpreteerd dat wordt verwezen naar het koninklijk besluit zoals het van toepassing was op de datum van de bekrachtiging en de afkondiging door de Koning van de door de wetgevende Kamers aangenomen wettekst. Er anders over oordelen zou met zich meebrengen dat de Koning bij machte is om de draagwijdte van de wettelijke norm te wijzigen, wat op gespannen voet zou staan met het algemeen beginsel betreffende de hiërarchie der rechtsnormen. Bovendien zou het Hof een oordeel moeten vellen over de grondwettigheid van een wettelijke norm die, na wijziging van het koninklijk besluit waarnaar die norm verwijst, een normatieve draagwijdte zou krijgen die verschilt van die van de norm waarover het Hof uitspraak heeft gedaan.”⁸⁰

34. Ook de Raad van State was reeds van oordeel dat de hiërarchie van de rechtsnormen “een algemeen rechtsbeginsel”,⁸¹ of nog “een fundamenteel beginsel van de rechtsordering is dat inzonderheid tot uiting komt in artikel 159 van de Grondwet”.⁸² Daar vloeit onder meer uit voort dat een koninklijk besluit van een latere datum kan en mag afwijken van een rechtsnorm van hetzelfde niveau.⁸³ Daar vloeit eveneens uit voort dat een reglement slechts een geringere

⁷⁹ GwH 14 december 1988, nr. 70/88, B.8.

⁸⁰ GwH 20 november 2008, nr. 159/2008, B.4.2.

⁸¹ RvS 20 december 1983, nr. 23.832, Steeno; RvS 25 maart 1998, nr. 72.718, gemeente Heusden-Zolder.

⁸² RvS 10 september 1998, nr. 75.710, vzw Gemeenschappelijk Verbond van de Verenigingen voor natuurbescherming, APT 1999, 207, verslag en advies I. KOVALOVSKY, JT 1999, 63, noot D. LAGASSE, *Amén.* 1999, 55, noot M. QUINTIN. In dezelfde zin Th. WERQUIN, concl. voor Cass. 21 december 2007, C.06.0457.F, punt 5.2: “La hiérarchie des normes constitue un principe fondamental de l'ordonnement juridique qui trouve notamment son expression dans l'article 159 de la Constitution.”

⁸³ RvS 25 maart 1998, nr. 72.718, gemeente Heusden-Zolder.

rechtskracht kan hebben dan een wetgevende norm⁸⁴ en dat een gemeentelijk reglement slechts een geringere rechtskracht kan hebben dan een gewestelijk reglement.⁸⁵

Dat laatste wordt overigens bevestigd in artikel 46 van de gewone wet van 9 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, naar luid waarvan de handelingen van de overheden van de provincies, de gemeenten, de agglomeraties en andere bestuursoverheden niet in strijd mogen zijn met de decreten en reglementen van de gemeenschappen of de gewesten, welke die overheden met de uitvoering daarvan kunnen belasten.

De hiërarchie tussen koninklijke besluiten en besluiten van de deelregeringen, enerzijds, en de reglementen van de ondergeschikte besturen, anderzijds, wordt evenwel doorbroken in het specifieke geval dat de bevoegde wetgever bijvoorbeeld een reglementaire bevoegdheid heeft toegekend aan de gemeenten (zie *infra* nr. 377).⁸⁶

35. Hoger kwam ook reeds het arrest van het Hof van Cassatie van 8 april 2003 ter sprake, waarin het door artikel 159 van de Grondwet aan de rechter opgedragen wettigheidstoezicht zelf wordt beschouwd als “een bijzondere toepassing van het meer algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de rechter geen toepassing mag maken van een beslissing, met name een norm, waarbij een hogere bepaling wordt geschonden” (*supra* nr. 20).⁸⁷

36. Volgens het Hof van Justitie “kan het Parlement volgens het beginsel van de hiërarchie van normen niet op basis van een voorschrift van zijn Reglement en zijn beweerde praktijk op dit gebied artikel 6 van de Akte van 1976 *contra legem* uitleggen”.⁸⁸

37. In de rechtsleer, ten slotte, wordt meer in het algemeen melding gemaakt van het algemeen rechtsbeginsel “selon laquelle l’autorité administrative ne peut donner suite à l’ordre hiérarchique *manifestement illégal*” (zie ook *infra* nr. 231).⁸⁹

§ 3. Onderscheid tussen het materiële en het formele wettigheidsbeginsel

38. Totnogtoe werd het wettigheidsbeginsel vooral belicht als een gebod om de (hogere) rechtsnormen na te leven, maar het wettigheidsbegrip dekt nog andere ladingen. Er werd al op gewezen dat het wettigheidsbeginsel in zijn dubbele betekenis moet worden nageleefd: voor

⁸⁴ RvS, afd. wetgeving, advies 44.320/4 van 7 mei 2008 over een voorontwerp van decreet van het Waalse Gewest “relatif aux autorisations régionales modifiant le Code wallon de l’aménagement du territoire, de l’urbanisme, du patrimoine et le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d’environnement”, *Parl.St. W.Parl.* 2007-08, nr. 805/1, 50.

⁸⁵ RvS, afd. wetgeving, advies 43.415/2/V van 10 september 2007 over een voorstel van decreet van het Waalse Gewest “modifiant le CWATUPE et relatif au plan général d’aménagement communal”, *Parl.St. W.Parl.* 2006-07, nr. 627/2, 3.

⁸⁶ K. RIMANQUE, *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 111.

⁸⁷ Cass. 8 april 2003, P.02.1165.N, *Arr.Cass.* 2003, 815, nr. 233, *NjW* 2003, 778, noot.

⁸⁸ HvJ 30 april 2009, Italië/Parlement, C-393/07 en C-9/08, punt 47.

⁸⁹ D. RENDERS, “L’autorité administrative doit-elle d’office refuser d’appliquer une loi inconstitutionnelle?”, noot onder Cass. 21 december 2007, *JT* 2008, 556; D. RENDERS e.a., *Droit administratif. Tome III: Le contrôle de l’administration*, Brussel, Larcier, 2010, 399.

elke bestuurshandeling moet een (grond)wettelijke grondslag voorhanden zijn en het bestuur moet de hogere rechtsnormen eerbiedigen (*supra* nr. 14). In het bestuursrecht houdt het wettigheidsbeginsel (op federaal niveau) dus in dat de Koning alleen mag handelen wanneer hij daartoe door de Grondwet of de wet is gemachtigd (artikel 105 van de Grondwet) en dat hij niet in strijd met de wetten (en gelijke of hogere rechtsnormen) mag handelen (artikel 108 van de Grondwet).⁹⁰ Het gaat hier, in de beide betekenissen, om een materieel wettigheidsbeginsel. Het is de naleving van dat wettigheidsbeginsel, dat de rechter op grond van artikel 159 van de Grondwet kan en moet controleren.

39. Daarnaast heeft het wettigheidsbeginsel ook een betekenis voor de wetgever. Die is eveneens tweevoudig, maar zij ligt op een ander vlak. Het wettigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijke wetgeving slaat in de eerste plaats op het verbod van delegatie door de wetgever van de hem door de Grondwet toegekende bevoegdheid. Artikel 33, tweede lid, van de Grondwet sluit immers uit dat de machten op een andere wijze worden uitgeoefend dan voorgeschreven door de Grondwet. Dat is het formele wettigheidsbeginsel.

Daarbovenop heeft het wettigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijke wetgeving (en van behoorlijke regelgeving in het algemeen), onder impuls van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ook een inhoudelijke draagwijdte gekregen. Het inhoudelijke wettigheidsbeginsel is één van de wegen waarlangs het rechtszekerheidsbeginsel in het grondwettelijk recht is binnengedrongen (*infra* nr. 108).

§ 4. Onderscheid tussen het bijzondere en het algemene wettigheidsbeginsel

40. Typevoorbeeld van het formele wettigheidsbeginsel zijn de artikelen 170 en 172 van de Grondwet. Op grond van die bepalingen kan geen belasting worden ingevoerd en kan geen belastingvrijstelling worden verleend zonder de toestemming van een democratisch verkozen beraadslagende vergadering (*infra* nrs. 97-100). Op die manier wordt in fiscale zaken het materieel wettigheidsbeginsel, dat elk overheidsoptreden beheerst, aangevuld met een formeel wettigheidsbeginsel.⁹¹

Het Grondwettelijk Hof kan rechtstreeks toetsen aan de voormelde grondwetsbepalingen. In die gevallen is de omweg langs het gelijkheidsbeginsel dus niet langer vereist om een delegatie voor het Hof te betwisten. Voor andere grondwetsbepalingen is dat wel nog vaak het geval; het Grondwettelijk Hof mag immers slechts rechtstreeks toetsen aan de artikelen van Titel II van de Grondwet en aan de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet (*infra* nr. 294). In termen van het gelijkheidsbeginsel ontnemt een delegatie van bevoegdheid aan een categorie van personen de waarborg dat een maatregel wordt goedgekeurd door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering.

⁹⁰ A. ALEN, *Handboek*, 217-218; A. ALEN en J. THEUNIS, "Praktische vragen over de 'exceptie van onwettigheid' in artikel 159 van de Grondwet", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 5.

⁹¹ P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 10.

41. Het belangrijkste onderscheid in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is echter niet het onderscheid tussen grondwetsbepalingen waaraan het Hof wel of niet rechtstreeks mag toetsen, maar wel het onderscheid tussen het algemene wettigheidsbeginsel en het bijzondere wettigheidsbeginsel in bepaalde aangelegenheden.⁹² Het formele wettigheidsbeginsel geldt op algemene wijze (*supra* nr. 39), maar vindt in bepaalde aangelegenheden een specifieke bevestiging in de Grondwet.

Met het bijzondere wettigheidsbeginsel zijn de gevallen bedoeld waarin een grondwetsbepaling uitdrukkelijk een bepaalde aangelegenheid aan de wetgevende macht voorbehoudt. Dat is niet alleen het geval inzake belastingen (*supra* nr. 40), maar ook in bepaalde andere aangelegenheden.

Daartegenover staat het algemene wettigheidsbeginsel. Ook wanneer geen specifieke grondwetsbepaling de waarborg biedt dat over de essentiële elementen van een bepaalde aangelegenheid door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering dient te worden beslist, geldt nog steeds de waarborg van artikel 105 van de Grondwet, dat bepaalt dat de Koning geen andere macht heeft dan die welke de Grondwet en de bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd, hem uitdrukkelijk toekennen.

a. Het bijzondere wettigheidsbeginsel in bepaalde aangelegenheden

42. Wanneer het gaat om een delegatie in een aangelegenheid die de Grondwet uitdrukkelijk aan de wetgever voorbehoudt, is het Grondwettelijk Hof bevoegd, hetzij rechtstreeks, hetzij langs de omweg van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (*supra* nr. 40), om de toelaatbaarheid van die delegatie te beoordelen.

Rechtstreekse toetsing is onder meer mogelijk in belastingzaken (artikelen 170, § 1, en 172, tweede lid, van de Grondwet, *infra* nrs. 97-101), in strafzaken (artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet, *infra* nrs. 57-86), in onderwijszaken (artikel 24, § 4, van de Grondwet), in vreemdelingenzaken (artikel 191 van de Grondwet) en in de aangelegenheden vermeld in de artikelen 22 en 23 van de Grondwet (die het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven respectievelijk de economische, sociale en culturele grondrechten waarborgen). Toetsing via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet is bijvoorbeeld mogelijk inzake pensioenen (artikel 179 van de Grondwet), in militaire aangelegenheden (artikel 182 van de Grondwet) en in politiezaken

⁹² Zie daarover ook J. VELAERS, "Het 'recht op de wetgever': beschouwingen over de voorbehouden en de residuaire bevoegdheden", in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 1631-1641; K. MUYLLE en J. THEUNIS, "La Cour constitutionnelle comme juge de la séparation des pouvoirs: le cas des délégations et des validations", in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 113-139.

(artikel 184 van de Grondwet). De rechtspraak in al die aangelegenheden is overvloedig en wordt elders uitvoerig besproken.⁹³

43. Om welke aangelegenheid het ook gaat, het stramien van de toetsing is *grosso modo* hetzelfde. Aangezien een absoluut verbod van bevoegdheidsdelegatie vanuit praktisch oogpunt onhoudbaar is, zal het Hof doorgaans slechts tot een schending van het wettigheidsbeginsel besluiten wanneer essentiële elementen van de regelgevende bevoegdheid worden toegewezen. Delegaties van bijkomstige en aanvullende bevoegdheden worden wel toegestaan voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en de gedelegeerde bevoegdheden enkel betrekking hebben op de nadere uitwerking van de principes die de wetgever zelf heeft vastgesteld. Enkel in uitzonderlijke omstandigheden en onder strikte voorwaarden kunnen in bepaalde aangelegenheden de essentiële elementen van een bevoegdheid worden gedelegeerd.⁹⁴

Het onderscheid tussen wat in normale omstandigheden wel en wat niet kan worden gedelegeerd blijkt echter een bijzonder casuïstische aangelegenheid te zijn. De meeste toepassingen doen zich voor in belastingzaken en in strafzaken. De gevallen waarin het Grondwettelijk Hof tot een schending besluit, zijn echter schaars.

44. Door de sterk casuïstische inslag van de rechtspraak is het ook moeilijk te zeggen of het Hof in bepaalde aangelegenheden strenger optreedt dan in andere. Toch wordt in de rechtsleer terecht opgemerkt dat in onderwijszaken en in strafzaken (*infra* nr. 72) een versterkt wettigheidsbeginsel geldt,⁹⁵ terwijl op het vlak van de economische, sociale en culturele grondrechten (artikel 23 van de Grondwet) sprake is van een verzwakt wettigheidsbeginsel.⁹⁶ In de recente rechtspraak wordt, wat dat laatste punt betreft, inderdaad niet gerefereerd aan het onderscheid tussen essentiële en niet-essentiële bevoegdheidselementen; het volstaat voor het Grondwettelijk Hof dat een delegatie in één van de aangelegenheden bedoeld in artikel 23 van de Grondwet betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen “waarvan het onderwerp door de bevoegde wetgever is aangegeven”.⁹⁷

⁹³ Zie J. THEUNIS, “Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof”, (twee)jaarlijkse kroniek in *TvW* 2001, 13-23, *TvW* 2002, 137-147, *TvW* 2003, 190-203, *TvW* 2004 134-146, *TvW* 2005 154-172, *TvW* 2006 162-184, *TvW* 2007 119-137, *TvW* 2009, 75-99.

⁹⁴ Bv. in fiscale zaken, *infra* nr. 98.

⁹⁵ A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Syllabusuitgave, deel II, Kluwer, Mechelen, 2008, 233, 254, 258 en 378. Zie ook K. MUYLLE en J. THEUNIS, “La Cour constitutionnelle comme juge de la séparation des pouvoirs: le cas des délégations et des validations”, in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 124-126.

⁹⁶ J. VELAERS, “Het ‘recht op de wetgever’: beschouwingen over de voorbehouden en de residuaire bevoegdheden”, in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d’un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 1635. Zie ook K. MUYLLE en J. THEUNIS, “La Cour constitutionnelle comme juge de la séparation des pouvoirs: le cas des délégations et des validations”, in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 126-127.

⁹⁷ GwH 10 juli 2008, nr. 101/2008, B.39; GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.6.3; GwH 22 december 2010, nr. 151/2010, B.4.

b. *Het algemene wettigheidsbeginsel*

45. Wanneer het niet gaat om een uitdrukkelijk door de Grondwet aan de wetgever voorbehouden aangelegenheid, liggen de kaarten helemaal anders. Uit enkele arresten kon aanvankelijk worden afgeleid dat het Grondwettelijk Hof een delegatie in die andere aangelegenheden eveneens zou kunnen beoordelen. Het meest uitgesproken op dat punt is het arrest nr. 31/2004:

“B.5.4. Overeenkomstig de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelen, dienen de essentiële beleidskeuzen door de wetgevende vergadering te worden vastgesteld. De nadere uitwerking daarvan mag aan de uitvoerende macht worden overgelaten.”⁹⁸

Het Hof stelde *in casu* vast dat, nu de decreetgever zelf de essentiële bepalingen heeft vastgesteld, hij niet op discriminerende wijze afbreuk heeft gedaan aan het wettigheidsbeginsel door de Vlaamse Regering te machtigen maatregelen te nemen waarin bij de totstandkoming van het decreet niet kon worden voorzien doch die niettemin nodig blijken en die, om redenen van natuurbehoud, niet kunnen worden uitgesteld.⁹⁹

In dit arrest gaat het Hof ervan uit dat uit artikel 105 van de Grondwet – of in dit geval het analoge artikel 78 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (*supra* vn. 46) – de waarborg van het optreden van een democratisch verkozen beraadslagende vergadering in elke aangelegenheid kan worden afgeleid, althans wat de essentiële aspecten van de regelgeving betreft en dat het Hof derhalve, in het licht van het gelijkheidsbeginsel, elke delegatie op haar grondwettigheid kan toetsen. De vaststelling dat in bepaalde aangelegenheden een uitdrukkelijk bevoegdheidsvoorbehoud geldt voor de wetgever, betekent niet dat de wetgever in andere aangelegenheden naar believen de essentiële beleidsopties zou kunnen delegeren en aldus een bepaalde categorie van personen de waarborg zou kunnen ontnemen dat over een maatregel waaraan zij zijn onderworpen wordt beslist door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering.

46. De keuze om al dan niet te toetsen aan het algemene wettigheidsbeginsel hangt dus in wezen af van de invulling die men geeft aan artikel 105 van de Grondwet, naar luid waarvan de Koning geen andere macht heeft dan die welke de Grondwet en de bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd, hem uitdrukkelijk toekennen (*supra* nr. 14).

⁹⁸ GwH 3 maart 2004, nr. 31/2004, B.5.4. Zie daarnaast ook GwH 19 mei 2004, nr. 88/2004, waarin werd aangevoerd dat de wetgever op discriminerende wijze afbreuk had gedaan aan artikel 105 van de Grondwet en het Hof zich niet onbevoegd verklaarde, maar integendeel oordeelde:

“B.8.5. Wanneer een specifieke grondwetsbepaling de waarborg biedt dat over de essentiële elementen van een bepaalde aangelegenheid door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering dient te worden beslist, wordt de waarborg van artikel 105 van de Grondwet daardoor opgeslorpt.

Uit de vaststelling dat de wetgever geen afbreuk heeft gedaan aan de artikelen 10, 11, 170 en 172 van de Grondwet, volgt derhalve dat hij evenmin op discriminerende wijze afbreuk heeft gedaan aan artikel 105 van de Grondwet.”

⁹⁹ GwH 3 maart 2004, nr. 31/2004, B.5.6. Zie ook B.5.5.

Ofwel leest men in artikel 105 van de Grondwet dat het optreden van een democratisch verkozen vergadering verplicht is en dat de essentiële beleidskeuzen door die wetgevende vergadering moeten worden vastgesteld. Die benadering ligt in de lijn van de vaste adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State.¹⁰⁰ Het Grondwettelijk Hof zou op de delegatie dan een marginale controle uitoefenen.

Ofwel leest men in artikel 105 van de Grondwet dat de wetgever vrij over zijn residuaire bevoegdheid mag beschikken en dat die bepaling bijgevolg geen hinderpaal vormt voor de wetgever om ook de essentiële beleidskeuzen aan de uitvoerende macht te delegeren. In die benadering zou artikel 105 van de Grondwet niet worden beschouwd als een waarborg dat over de essentiële elementen van een bepaalde aangelegenheid door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering dient te worden beslist.

47. In enkele latere arresten is het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk teruggekomen op zijn hoger vermelde rechtspraak (*supra* nr. 45).

In het arrest nr. 114/2007 diende het Hof te antwoorden op een middel afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11, in samenhang gelezen met de artikelen 33 en 108, van de Grondwet. De bestreden bepaling werd met name in die zin bekritiseerd dat zij de Koning een dermate ruime en onnauwkeurige machtiging verleent wat betreft het wettelijk kader waarbinnen hij zijn toegewezen reglementaire bevoegdheid dient uit te oefenen. Het Hof acht het middel niet gegrond om de volgende reden:

“B.30.1. Het Hof is niet bevoegd een bepaling te vernietigen die de bevoegdheidsverdeling tussen de wetgevende macht en de uitvoerende macht zou schenden, tenzij die schending indruist tegen de regels inzake de bevoegdheidsverdeling tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten of tenzij de wetgever, door de Koning op te dragen een maatregel te nemen die niet onder zijn bevoegdheid valt, aldus een categorie van personen uitsluit van het optreden van een democratisch verkozen vergadering, waarin de Grondwet uitdrukkelijk voorziet.

B.30.2. Te dezen voert het middel geen schending aan van de regels die de bevoegdheden verdelen tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten. In zoverre het de schending aanvoert van de artikelen 10 en 11, in samenhang gelezen met de artikelen 33 en 108, van de Grondwet, dient te worden vastgesteld dat de aangelegenheid die het voorwerp uitmaakt van het bestreden artikel 89 van de wet van 27 december 2005, niet van dien aard is dat de Grondwet uitdrukkelijk het optreden van een democratisch verkozen vergadering vereist.”¹⁰¹

Met de verwijzing naar het optreden van een democratisch verkozen beraadslagende vergadering waarin de Grondwet *uitdrukkelijk* voorziet, bedoelt het Grondwettelijk Hof ondubbelzinnig het bijzondere wettigheidsbeginsel en sluit het met andere woorden een toetsing aan het algemene wettigheidsbeginsel uit. Het Hof heeft dat standpunt bevestigd in het arrest nr. 154/2007.¹⁰²

¹⁰⁰ Zie J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, Afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, 362 e.v.

¹⁰¹ GwH 19 september 2007, nr. 114/2007, B.30.1-B.30.2.

¹⁰² GwH 19 december 2007, nr. 154/2007, B.32.3. In dezelfde zin, m.b.t. een machtiging aan een minister, GwH 12 mei 2010, nr. 56/2010, B.5-B.6.

48. In het arrest nr. 8/2009 lijkt het Hof nog een stap verder te gaan, door zich niet louter onbevoegd te verklaren om een delegatie in een niet-voorbehouden aangelegenheid te toetsen, maar door zonder meer te affirmeren dat een dergelijke machtiging niet ongrondwettig is.¹⁰³ Het Hof opteert hier blijkbaar voor de tweede lezing van artikel 105 van de Grondwet (*supra* nr. 46).

De rechtspraak ligt dus nog niet in een vaste plooi, al staat nu wel vast dat het Grondwettelijk Hof zich enkel nog inlaat met delegaties wanneer de grondwetgever de betrokken aangelegenheid in een specifieke bepaling aan de wetgever heeft voorbehouden.¹⁰⁴

49. Voor het overige komt de houding van het Grondwettelijk Hof erop neer dat een delegatie van bevoegdheid door de wetgever geen toelating impliceert, voor de uitvoerende macht, om de Grondwet te schenden. Het komt echter de administratieve en de gewone rechter toe daarop toe te zien.¹⁰⁵ Artikel 159 van de Grondwet biedt de rechter een instrument om een ongrondwettige uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheid te sanctioneren.

§ 5. Het wettigheidsbeginsel stelt kwaliteitseisen aan de regelgever

a. Het wettigheidsbeginsel in het EVRM

50. Het wetsbegrip in het EVRM duidt in de regel¹⁰⁶ niet op een formele, maar op een materiële wet. De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens gaat dan ook grotendeels voorbij aan het onderscheid tussen het materiële en het formele wettigheidsbeginsel. Het besteedt daarentegen bijzondere aandacht aan de kwaliteit waaraan een (materiële zowel als formele) wet in de zin van dat verdrag moet voldoen.

¹⁰³ GwH 15 januari 2009, nr. 8/2009, B.6.2. Wat lijkt overeen te stemmen met het standpunt van J. VELAERS, “Het ‘recht op de wetgever’: beschouwingen over de voorbehouden en de residuaire bevoegdheden”, in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d’un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 1632-1633 en 1638-1641. Zie ook J. VELAERS, “Wie moet de wet maken, volgens de Grondwet? Vragen bij de toenemende juridisering van de taakverdeling tussen parlement en regering”, in P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Wie maakt de wet?*, Brugge, die Keure, 2006, 139-147. Zie ook reeds GwH 12 november 1992, nr. 70/92, B.4.2; GwH 10 juni 1993, nr. 45/93, B.3.2; GwH 29 mei 1997, nr. 33/97, B.3.4.

¹⁰⁴ Of wanneer de bevoegdheidsverdelende regels erdoor kunnen worden geschonden, zie K. MUYLLE en J. THEUNIS, “La Cour constitutionnelle comme juge de la séparation des pouvoirs: le cas des délégations et des validations”, in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 119.

¹⁰⁵ Bv. GwH 12 november 1992, nr. 70/92, B.4.2; GwH 12 juli 2007, nr. 101/2007, B.5.3; GwH 15 januari 2009, nr. 8/2009, B.6.2.

¹⁰⁶ Een uitzondering is het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie “welke bij de wet is ingesteld” (artikel 6.1 van het EVRM): “Cette expression reflète le principe de l’Etat de droit, inhérent à tout le système de la Convention et de ses protocoles. En effet, un organe n’ayant pas été établi conformément à la volonté du législateur, serait nécessairement dépourvu de la légitimité requise dans une société démocratique pour entendre la cause des particuliers. L’expression « établi par la loi » concerne non seulement la base légale de l’existence même du tribunal, mais encore la composition du siège dans chaque affaire”, EHRM 28 november 2002, Lavents t. Letland, § 114. Daarnaast vereist het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ook een formele wet wanneer het nationale recht dat zelf als voorwaarde stelt voor een overheidsingrijpen. Een inmenging op grond van een reglement kan in dat geval niet volstaan, EHRM 13 december 2005, Gartukayev t. Rusland, § 21), zie P. POPELIER, “Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2005)”, *TvW* 2006, 128.

51. Het wettigheidsbeginsel houdt in dat het overheidsoptreden een juridische grondslag heeft en dat de interne rechtsregels moeten worden nageleefd, met inbegrip van de Grondwet¹⁰⁷ (dit stemt overeen met het hoger vermelde materieel wettigheidsbeginsel, *supra* nr. 38), maar het vereist voorts dat de toepasselijke internrechtelijke bepalingen voldoende toegankelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn.¹⁰⁸ Dat houdt ook in dat de wet met voldoende precisie de grenzen van de discretionaire bevoegdheid moet vaststellen en de wijze van uitoefening ervan moet regelen.¹⁰⁹ In strafzaken bijvoorbeeld moet de wetgever de burger beschermen tegen willekeurige vervolgingen en veroordelingen door de gerechtelijke overheden.¹¹⁰ Om die reden volgt uit artikel 7 van het EVRM dat de strafwet in voldoende precieze bewoordingen de strafbare gedragingen moet omschrijven (*infra* nr. 74).¹¹¹

De kwaliteitseisen zijn allereerst ontwikkeld in de rechtspraak inzake de artikelen 8 tot 11 van het EVRM, naar aanleiding van het vereiste dat een inmenging in de betrokken grondrechten onder meer moet zijn “voorzien bij wet”, maar kregen vervolgens een ruimere verspreiding, bijvoorbeeld inzake het wettigheidsbeginsel dat respectievelijk is vervat in de artikelen 5¹¹² en 7 van het EVRM en in artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM.¹¹³ Het Europees Hof ziet die kwaliteitseisen als een rechtstreeks uitvloeisel van het beginsel van de rechtsstaat.¹¹⁴

b. *Het vereiste van toegankelijkheid van de wetgeving*

52. De mogelijkheid voor elke persoon om te allen tijde kennis te nemen van de regels die hem binden, is ook volgens het Grondwettelijk Hof een recht dat inherent is aan de rechtsstaat, omdat het die kennisneming is die iedereen in staat zal stellen zich naar die teksten te gedragen.¹¹⁵

Het vereiste van toegankelijkheid stelt in ons rechtsstelsel meestal geen probleem. “Geen wet, geen besluit of verordening van algemeen, provinciaal of gemeentelijk bestuur is verbindend dan na te zijn bekendgemaakt in de vorm bij de wet bepaald”, zo luidt artikel 190 van de Grondwet, dat eigenlijk niet meer is dan de uitdrukking van een algemeen rechtsbeginsel.¹¹⁶ Met toepassing van dat beginsel heeft de wetgever de verplichting opgelegd om de wetten en verordeningen, alsook de decreten en ordonnanties in het *Belgisch Staatsblad* bekend te

¹⁰⁷ EHRM (Grote kamer) 30 juni 2005, Jahn e.a. t. Duitsland, § 81.

¹⁰⁸ EHRM (Grote kamer) 22 juni 2004, Broniowski t. Polen, § 147.

¹⁰⁹ P. LEMMENS, “Enkele aspecten van de ‘doctrine’ van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2005-2006, 78, met verwijzing naar o.a. EHRM (Grote kamer) 16 februari 2000, Amann t. Zwitserland, § 56. Zie ook *supra* nr. 6, i.v.m. het verbod van het verlenen van *unfettered power* aan het bestuur.

¹¹⁰ Bv. EHRM (Grote kamer) 17 september 2009, Scoppola (n° 2) t. Italië, § 92.

¹¹¹ P. LEMMENS, “Enkele aspecten van de ‘doctrine’ van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2005-2006, 79.

¹¹² Bv. EHRM 6 maart 2001, Dougoz t. Griekenland, § 55.

¹¹³ Bv. EHRM (Grote kamer) 22 juni 2004, Broniowski t. Polen, § 147.

¹¹⁴ Bv. EHRM 6 maart 2001, Dougoz t. Griekenland, § 55.

¹¹⁵ GwH 16 juni 2004, nr. 106/2004, B.3.2.

¹¹⁶ A. ALEN, *Handboek*, 98.

maken.¹¹⁷ Toch moeten bij het vereiste van toegankelijkheid een vijftal korte kanttekeningen worden gemaakt.

1) De niet-bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* maakt de wet of verordening niet ongeldig.¹¹⁸ De laattijdige bekendmaking van een verordening heeft gevolgen ten aanzien van de bindende kracht en de tegenwerpelijheid ervan aan derden, maar niet ten aanzien van de wettigheid ervan. Tussen het ogenblik waarop het is aangenomen en dat waarop het is bekendgemaakt, kan een verordening geen verplichtingen opleggen aan de burgers en geen afbreuk doen aan hun rechten.¹¹⁹

2) Met de artikelen 4 tot 8 van de wet van 20 juli 2005 houdende diverse bepalingen heeft de wetgever gevolg gegeven aan het arrest nr. 106/2004 waarbij het Grondwettelijk Hof de regeling van de elektronische publicatie van het *Belgisch Staatsblad* had vernietigd op grond van de overweging dat die regeling, doordat zij niet gepaard ging met voldoende begeleidende maatregelen die een gelijke toegang tot de officiële teksten waarborgen, onevenredige gevolgen had ten nadele van bepaalde categorieën van personen en derhalve strijdig was met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Artikel 6 van de voormelde wet bepaalt nu dat de diensten van het *Belgisch Staatsblad*, door middel van een gratis telefonische hulpdienst, enerzijds, tegen kostprijs iedere burger op zijn verzoek een afschrift van de in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakte akten en documenten dienen te bezorgen en, anderzijds, de burgers bijstand dienen te verlenen bij het zoeken naar documenten. Op grond van artikel 7 dient de Koning nog andere begeleidende maatregelen te nemen “met het oog op een zo ruim mogelijke verspreiding van en toegang tot de in het *Belgisch Staatsblad* opgenomen informatie”. Het Grondwettelijk Hof heeft die regeling goedgekeurd.¹²⁰

3) De reglementen en verordeningen van de gemeentelijke overheden worden bekendgemaakt door middel van een aanplakbrief die wordt opgehangen op een aanplakbord aan het gemeentehuis en die de plaats(en) vermeldt waar de tekst van het reglement of de verordening ter inzage ligt van het publiek.¹²¹ Die afwijkende vorm van bekendmaking wordt verantwoord door het feit dat die reglementen en verordeningen normalerwijze slechts een lokaal belang hebben. De aanplakking doet echter de beroepstermijn bij de Raad van State ingaan, niet alleen voor de inwoners van de gemeente maar ook voor de personen die er niet wonen en die een belang hebben in de gemeente (met name doordat zij er een economische activiteit uitoefenen). Dat gevolg wordt echter niet discriminerend geacht: de voormelde personen dienen er volgens het Grondwettelijk Hof zelf voor te zorgen dat ze op de hoogte zijn. Het aldus door de wetgever ingestelde evenwicht “tussen het belang dat elke situatie die strijdig is met het recht moet

¹¹⁷ GwH 8 maart 2005, nr. 54/2005, B.4.

¹¹⁸ Cass. 29 januari 1959, *Arr.Cass.* 1959, 428.

¹¹⁹ RvS 30 maart 1998, nr. 72.843, vzw Jeunesse et Droit. In soortgelijke zin, wat handelingen van de Europese Unie betreft, HvJ (Grote kamer) 11 december 2007, Skoma-Lux, C-161/06, punten 57-60.

¹²⁰ Meer bepaald was het Grondwettelijk Hof van oordeel dat de maatregelen die het voorwerp uitmaken van de artikelen 6 en 7 van de wet van 20 juli 2005 van dien aard zijn dat zij vermijden dat de burgers het slachtoffer zouden zijn van een discriminatie bij de toegang tot de in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakte officiële teksten, GwH 17 januari 2007, nr. 10/2007, B.12.1-B.14.1.

¹²¹ Artikel 186 van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, *BS* 31 augustus 2005.

kunnen worden geëlimineerd en het belang dat de regelmatigheid van een bestuurshandeling niet te allen tijde mag kunnen worden betwist, kan niet als kennelijk onredelijk worden beschouwd".¹²² In zoverre echter die reglementen en verordeningen een materie regelen die niet beperkt blijft tot het belang van de betrokken gemeente, maar tevens een invloed hebben op derden die in die gemeente in beginsel geen rechtstreekse belangen hebben, legt een bekendmaking door aanplakking een onevenredig strenge verplichting tot waakzaamheid op en mag de beroepstermijn pas ingaan vanaf de dag waarop die derden kennis ervan hebben gehad.¹²³

4) De bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* is het officiële middel waarmee de wetgever de daadwerkelijke toegang waarborgt tot de wettelijke normen, maar eveneens tot de arresten van het Grondwettelijk Hof waarin de geldigheid van die normen wordt getoetst. De datum van bekendmaking van een arrest in het *Belgisch Staatsblad* is bijgevolg de datum waarop de burgers worden geacht van dat arrest kennis te hebben genomen. Hij vormt een relevant aanvangspunt om een beroepstermijn te doen ingaan (zie ook *infra* nr. 641).¹²⁴

5) Verdragen ten slotte, willen zij aan Belgen kunnen worden tegengeworpen en hen binden, moeten eveneens worden bekendgemaakt.¹²⁵ Regels uitgevaardigd door de organen van internationale instellingen kunnen bindend worden verklaard in het interne recht doordat ze zijn bekendgemaakt in het publicatieblad dat door die instellingen wordt uitgegeven, en wel op basis van de bepalingen vervat in de desbetreffende verdragen (zie ook *infra* nr. 134). Als het verdrag niet zelf de vorm van bekendmaking bepaalt, is bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* vereist.¹²⁶

c. *Het vereiste van voorzienbaarheid van de wetgeving*

53. Het vereiste van voorzienbaarheid houdt in dat de wet voldoende nauwkeurig moet zijn om toe te laten dat een persoon, desnoods na gepast advies, in redelijke mate kan voorzien welke rechtsgevolgen een bepaald handelen of nalaten meebrengt en dus zijn gedrag kan aanpassen.¹²⁷

¹²² GwH 17 mei 2001, nr. 67/2001, B.5.2.

¹²³ GwH 5 mei 2009, nr. 71/2009, B.5-B.6.

¹²⁴ GwH 8 maart 2005, nr. 54/2005, B.4. De Nederlandse tekst van het arrest spreekt van "de" beroepstermijn, maar het lijkt meer in het algemeen, zoals in de Franse tekst, om "een" beroepstermijn te gaan.

¹²⁵ Cass. 11 december 1953, *Arr.Cass.* 1954, 252, *RCJB* 1954, 85, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT en noot A. MAST. Zie ook artikel 8 van de wet van 31 mei 1961 betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen, *BS* 21 juni 1961; R. MOERENHOUT, "De bekendmaking van verdragen", *TBP* 1996, 737-747; D. VAN EECKHOUTTE, "Bekendmaking van verdragen: voorstel tot genezing van een ziekte", *TvW* 2002, 3-31.

¹²⁶ RvS, afd. wetgeving, advies 37.900/VR van 25 januari 2005 over een voorontwerp van wet "houdende instemming met de wijzigingen aan de Overeenkomst inzake de Internationale Organisatie voor Satellietcommunicatie "INTELSAT", aangenomen te Washington op 17 november 2000", *Parl.St.* Senaat 2004-05, nr. 1259/1, 34, punt 17.

¹²⁷ EHRM (Grote kamer) 17 februari 2004, *Maestri t. Italië*, § 30.

Vanwege het beginsel zelf van de algemeenheid van de wetten kunnen de bewoordingen ervan vaak geen absolute precisie vertonen. In een aangelegenheid die wordt gekenmerkt door zeer uiteenlopende situaties kan de wetgever, in naam van de rechtszekerheid, niet worden verweten dat hij geen criteria vaststelt die dermate precies zijn dat de rechter over geen enkele beoordelingsbevoegdheid meer zou beschikken. De mogelijke discrepanties in de rechtspraak die zouden kunnen voortvloeien uit de ontstentenis van wettelijke criteria, kunnen worden bijgestuurd door de beschikbare beroepen.¹²⁸

§ 6. De uitvoeringsplicht als uitvloeisel van het wettigheidsbeginsel

54. Het beginsel van de rechtsstaat vereist niet alleen dat de overheid de wetten eerbiedigt en toepast, en dit op een voorzienbare en consistente wijze; het houdt ook in dat de overheid moet zorgen voor de nodige maatregelen ter uitvoering van de wet, met name in zoverre die aan de burgers rechten of voordelen toekent (*infra* nr. 145). De overheid mag dus niet door haar inertie, en zeker niet door een regelrechte omzeiling van de wet, een situatie creëren waarin de wet dode letter blijft. Een dergelijke houding zou het vertrouwen van de burger in de rechtsstaat ondermijnen¹²⁹ en de aansprakelijkheid van de overheid in het geding brengen (*infra* nr. 329). Het beginsel van behoorlijk bestuur houdt in dat de overheid ertoe gehouden is “de réagir en temps utile, de façon correcte et avec la plus grande cohérence”.¹³⁰

Hetzelfde geldt voor de uitvoering van rechterlijke uitspraken. De overheid mag niet, door haar handelen of stilzitten, de uitvoering van rechterlijke uitspraken verhinderen of de gegrondheid ervan in twijfel trekken. Het rechtsstaatsbeginsel vereist niet alleen de eerbiediging van definitieve rechterlijke beslissingen, maar ook de uitvoering daarvan (zie ook *infra* nr. 471). Dat is inzonderheid van belang voor het administratieve contentieux.¹³¹ De uitvoering moet binnen een redelijke termijn plaatsvinden.¹³²

55. Welke overheid precies voor de uitvoering moet instaan, is van geen belang. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelt in dat verband “que l'administration dans son ensemble constitue un élément de l'Etat de droit et que son intérêt s'identifie donc avec celui d'une bonne administration de la justice”.¹³³

De verplichting tot uitvoering is niet beperkt tot het beschikkend gedeelte; ook de grond van de uitspraak moet worden geëerbiedigd en toegepast, op straffe van schending van het recht op

¹²⁸ GwH 28 juni 2006, nr. 108/2006, B.6.2.

¹²⁹ P. LEMMENS, “Enkele aspecten van de ‘doctrine’ van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2005-2006, 78, met verwijzing naar EHRM (Grote kamer), 22 juni 2004, Broniowski t. Polen, §§ 173 en 184. Zie ook EHRM 2 februari 2010, Klaus en Iouri Kiladzé t. Georgië, §§ 71-76.

¹³⁰ EHRM 15 september 2009, Moskal t. Polen, § 51.

¹³¹ O.a. EHRM 18 november 2004, Zazanis t. Griekenland, § 37; EHRM 24 maart 2009, Nitescu t. Roemenië, §§ 32 en 38; EHRM 12 mei 2010, Kalogranis en Kalograni t. Griekenland, § 20.

¹³² EHRM 3 december 2009, Mutishev e.a. t. Bulgarije, §§ 143 en 144; Cass. 30 januari 2009, C.05.0585.N.

¹³³ EHRM (Grote kamer) 8 april 2004, Assanidzé t. Georgië, § 183.

toegang tot de rechter zoals gewaarborgd door artikel 6.1 van het EVRM.¹³⁴ Dat recht op toegang tot de rechter zou illusoir zijn indien het interne rechtssysteem van een verdragsstaat zou toelaten dat een definitieve en bindende rechterlijke beslissing onuitgevoerd zou blijven in het nadeel van een partij.¹³⁵ Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan de niet-uitvoering van een rechterlijke eindbeslissing worden verantwoord (*infra* nr. 470).¹³⁶

Afdeling 3 – Twee rechtsdomeinen als voorbeeld

56. Twee domeinen waarin het wettigheidsbeginsel van oudsher van bijzonder belang is, zijn het fiscaal recht (*no taxation without representation*) en het strafrecht (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

Het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel wordt hier als voorbeeld van de werking van het wettigheidsbeginsel nader toegelicht, vooral omdat de toepassing ervan in de rechtspraak aan het licht brengt dat het wettigheidsbeginsel niet tegenover het rechtszekerheidsbeginsel moet worden geplaatst maar dat beide beginselen even wezenlijke onderdelen vormen van de rechtsstaat (§ 1). Ter bevestiging van die bevinding wordt daarna kort ingegaan op het fiscaal wettigheidsbeginsel (§ 2).

§ 1. Het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel¹³⁷

a. De oorsprong

57. Het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel, uitgedrukt in het adagium *nullum crimen, nulla poena sine lege*, vormt een hoeksteen van het strafrecht¹³⁸ en behoort tot de kern van de rechtsstaat.¹³⁹

Hoewel het adagium aan de Duitse penalist von Feuerbach (1775-1833) wordt toegeschreven,¹⁴⁰ bepleitte de Italiaan Cesare Beccaria (1738-1794) het wettigheidsbeginsel in strafzaken reeds in zijn boek *Dei delitti e delle pene* dat in 1764 verscheen. Hij is daarin met name van oordeel dat alleen de wetten de straffen mogen bepalen, die op de misdrijven worden gesteld:

¹³⁴ O.a. EHRM 18 november 2004, Zazanis t. Griekenland, §§ 35 en 36; EHRM 24 maart 2009, Nitescu t. Roemenië, §§ 34 en 39.

¹³⁵ EHRM 19 maart 1997, Hornsby t. Griekenland, § 40 e.v.

¹³⁶ EHRM, 26 mei 2005, Costin t. Roemenië, § 28; EHRM, 24 maart 2009, Nitescu t. Roemenië, § 35.

¹³⁷ Een (Franstalige) versie van deze paragraaf verschijnt als J. THEUNIS, "Le principe de légalité en matière pénale", in M. VERDUSSEN en N. BONBLED (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, Brussel, Bruylant, te verschijnen.

¹³⁸ F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, Brussel, Kluwer, 2005, 204.

¹³⁹ P. TRAEST, "Rechts(on)zekerheid in materieel en formeel strafrecht en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel", *RW* 1993-94, 1190; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2006, 80. In dezelfde zin is ook de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in verband met artikel 7 van het EVRM gevestigd, bv. EHRM 25 juni 2009, Liivik t. Estland, § 92.

¹⁴⁰ P.J.A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1801.

“Dit recht kan niemand anders bezitten dan de wetgever, die de gehele maatschappij, verbonden in het maatschappelijk verdrag, vertegenwoordigt. De rechter die zelf deel uitmaakt van de gemeenschap, heeft dus geen enkel recht om tegen een ander lid van dezelfde maatschappij een straf uit te spreken, die niet bij de wet voorzien is. Doch een straf waarvan de maat reeds tevoren door de wet verhoogd wordt, blijft rechtvaardig; dit is evenwel niet het geval voor een andere, verschillende straf. Bijgevolg is het de rechter nooit toegestaan, zelfs niet al wordt hij daartoe bewogen door overdreven ijver of door zijn inzicht in het algemeen belang, tegen een burger, die een strafbaar feit heeft gepleegd, een hogere straf uit te spreken dan die, welke is voorgeschreven door de wet.”¹⁴¹

b. De teksten

58. Het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel wordt in de eerste plaats gewaarborgd door de artikelen 12 en 14 van de Grondwet:

“Niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft.” (artikel 12, tweede lid, van de Grondwet)

“Geen straf kan worden ingevoerd of toegepast dan krachtens de wet.” (artikel 14 van de Grondwet)

Artikel 12, tweede lid, van de Grondwet heeft betrekking op de wettigheid van de strafbaarstellingen én van de strafrechtspleging. Eigenlijk moet aan het voormelde adagium dus worden toegevoegd: *nullum iudicium sine lege*.¹⁴² Artikel 14 van de Grondwet heeft betrekking op de wettigheid van de straffen. Ondanks het verschil in formulering, heeft het wettigheidsbeginsel in beide artikelen dezelfde draagwijdte.

59. De voormelde artikelen behoren, sedert 21 april 2003,¹⁴³ tot de grondwetsbepalingen waaraan het Grondwettelijk Hof wetten, decreten en ordonnanties rechtstreeks vermag te toetsen. Onrechtstreeks, langs de omweg van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (gelijkheid en niet-discriminatie, *supra* nr. 40), deed het Hof dat reeds vóór die datum. Het eerste arrest dateert van 18 november 1998, waarin het Hof artikel 12, tweede lid, van de Grondwet ambtshalve in het geding bracht.¹⁴⁴ In het daaropvolgende decennium is een omvangrijke rechtspraak inzake het “fundamenteel recht op inachtneming van het legaliteitsbeginsel van het strafrecht”¹⁴⁵ tot stand gekomen. De grote lijnen daarvan worden verder besproken (*infra* nrs. 70-86).

¹⁴¹ C. BECCARIA, *Over misdaden en straffen*, Antwerpen, Standaard wetenschappelijke uitgeverij, 1971 (ingeleid, van aantekeningen voorzien en vertaald door J.M. Michiels), 309-310.

¹⁴² EHRM 22 juni 2000, Coëme t. België, § 102, waarin het Hof ook eraan herinnert dat “le principe de la légalité du droit de la procédure pénale est un principe général de droit”, al houdt dat voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet het vereiste van een formele wet in (*supra* nr. 50).

¹⁴³ Datum van inwerkingtreding van de bijzondere wet van 9 maart 2003 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *BS* 11 april 2003.

¹⁴⁴ GwH 18 november 1998, nr. 114/1998.

¹⁴⁵ GwH 21 juni 2006, nr. 104/2006, B.17.

Het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel komt ook – sedert langere tijd reeds – aan bod in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en in de adviespraktijk van de Raad van State. Het Hof van Cassatie beschouwt het voormelde adagium (*supra* nr. 57) niet als een algemeen rechtsbeginsel.¹⁴⁶

60. De artikelen 12 en 14 van de Grondwet worden vaak in één adem vernoemd met artikel 7.1 van het EVRM en artikel 15.1 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR):

“Niemand kan worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin zal een zwaardere straf worden opgelegd dan die welke ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was.” (artikel 7.1 van het EVRM)

“Niemand kan worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin, mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die welke ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was. Indien, na het begaan van het strafbare feit de wet mocht voorzien in de oplegging van een lichtere straf, dient de overtreder daarvan te profiteren.” (artikel 15.1 van het IVBPR)

61. Die bepalingen verbieden strikt genomen enkel de retroactieve werking van de strafwet, maar zij omvatten noodzakelijkerwijze ook het wettigheidsbeginsel in strafzaken.¹⁴⁷ Hoewel artikel 7.1 van het EVRM niet uitdrukkelijk voorziet in het recht om de mildere straf met terugwerkende kracht toe te passen, heeft het volgens de rechtspraak eenzelfde draagwijdte als artikel 15.1 van het IVBPR (*infra* nr. 90).¹⁴⁸

Het beginsel van de niet-retroactieve werking van de strafwet kan volgens sommigen eveneens worden geacht een grondslag te vinden in de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet.¹⁴⁹ In elk geval maakt het ook, als onderdeel van het rechtszekerheidsbeginsel, deel uit van de ongeschreven grondwettelijke beginselen (*infra* nr. 109).¹⁵⁰

62. Het Grondwettelijk Hof is niet bevoegd om wettelijke normen rechtstreeks te toetsen aan verdragsbepalingen of algemene beginselen. Het kan daar wel rekening mee houden, maar alleen wanneer ook bepalingen worden aangevoerd waaraan het wel rechtstreeks vermag te

¹⁴⁶ Cass. 14 februari 2007, P.06.1342.F, *Pas.* 2007, 320.

¹⁴⁷ EHRM 25 mei 1993, Kokkinakis t. Griekenland, § 52: “La Cour souligne que l'article 7 par. 1 (art. 7-1) de la Convention ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au détriment de l'accusé. Il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (nullum crimen, nulla poena sine lege) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie; il en résulte qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité.”

¹⁴⁸ GwH 19 januari 2005, nr. 14/2005, B.14, met verwijzing naar EHRM 27 september 1995, G. t. Frankrijk.

¹⁴⁹ Zie J. VELAERS en S. VAN DROOGHENBROECK, nota voor de werkgroep belast met het onderzoek van titel II van de Grondwet, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2867/001, 333. Anders o.a. P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 56-57.

¹⁵⁰ En is het ook uitdrukkelijk neergelegd in artikel 2 van het Strafwetboek.

toetsen, hetzij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, hetzij – wanneer het een verdragsbepaling is die wordt aangevoerd – een grondwetsbepaling die analoge rechten of vrijheden waarborgt (*infra* nr. 294).¹⁵¹ Op die manier kan het Hof bijvoorbeeld uitspraak doen over de naleving van het beginsel van de rechtszekerheid, als dat samen met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet aan het Hof wordt voorgelegd,¹⁵² en kan het ook artikel 7.1 van het EVRM en artikel 15.1 van het IVBPR, die een draagwijdte hebben die analoog is aan die van de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet, in zijn oordeel betrekken.¹⁵³ Via het EVRM en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voegt het Grondwettelijk Hof op die manier materiële kwaliteitseisen toe aan het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel (*infra* nrs. 74-86).¹⁵⁴

63. Het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel wordt ten slotte ook vermeld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie:

“Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde van het handelen of nalaten. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die welke ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was. Indien de wet na het begaan van het strafbare feit in een lichtere straf voorziet, is die van toepassing.” (artikel 49.1 van het Handvest)

Door het Verdrag van Lissabon van 13 december 2007, dat op 1 december 2009 in werking is getreden, is het Handvest van de grondrechten een juridisch bindend instrument geworden, maar reeds vóór die inwerkingtreding heeft het Hof van Justitie verklaard dat het belang ervan moet worden erkend,¹⁵⁵ heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens reeds eraan gerefereerd¹⁵⁶ en heeft ook het Grondwettelijk Hof de Grondwet reeds geïnterpreteerd in het licht van het Handvest.¹⁵⁷ In zoverre het Handvest het bestaan bevestigt van gemeenschappelijke waarden van de Europese Unie¹⁵⁸ die in hoofdzaak eveneens in de

¹⁵¹ Bv. GwH 17 januari 2008, nr. 2/2008, B.4.2; GwH 17 april 2008, nr. 64/2008, B.10.

¹⁵² Bv. GwH 21 februari 2007, nr. 27/2007, B.3.

¹⁵³ Bv. GwH 10 april 2008, nr. 61/2008, B.3.3.

¹⁵⁴ A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Syllabusuitgave, deel II, Kluwer, Mechelen, 2008, 378; P. POPELIER, “De verhouding tussen de Belgische grondwet en het internationale recht”, in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d’un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 1246.

¹⁵⁵ Zie o.a. HvJ (Grote kamer) 27 juni 2006, Parlement/Raad, C-540/03, punt 38; HvJ (Grote kamer) 13 maart 2007, Unibet, C-432/05, punt 37.

¹⁵⁶ EHRM (Grote kamer) 11 juli 2002, Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk en I. t. Verenigd Koninkrijk, §§ 58 en 100, resp. §§ 41 en 80.

¹⁵⁷ Zie GwH 23 november 2005, nr. 167/2005, B.18.3.

¹⁵⁸ Het Handvest brengt rechten samen die voortvloeien uit het Unierecht, uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities en de internationale verplichtingen van de lidstaten, in het bijzonder het EVRM en het Europees Sociaal Handvest, uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, uit het Handvest van de sociale grondrechten van werknemers en uit de Europese wetgeving inzake gegevensverwerking en werknemersparticipatie. De rechten staan vervat in zes titels die de klassieke opdeling tussen politieke en burgerrechten en economische en sociale rechten doorbreken. Behoudens enkele rechten die samenhangen met het burgerschap van de Unie, kunnen de grondrechten van het Handvest in het kader van het Unierecht door eenieder worden ingeroepen, met name ook door personen die geen onderdanen van de lidstaten zijn (K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2008, 435). De lidstaten handelen “in het kader van het Unierecht” wanneer zij toepassing geven aan verdragsbepalingen of Uniehandelingen uitvoeren, met name bij de uitvoering of toepassing van verordeningen of bij de omzetting in nationaal recht van richtlijnen. Een nationale regeling komt eveneens binnen het toepassingsgebied van het

bepalingen van de Grondwet zijn opgenomen, kan het Grondwettelijk Hof dat Handvest in zijn beoordeling betrekken.¹⁵⁹

Artikel 49.3 van het Handvest waarborgt ook de evenredigheid van de straf, een beginsel dat naar het oordeel van het Grondwettelijk Hof “niet vreemd is aan ons rechtssysteem” (*infra* nrs. 91-93).¹⁶⁰

“De zwaarte van de straf mag niet onevenredig zijn aan het strafbare feit.” (artikel 49.3 van het Handvest)

c. De draagwijdte

64. De kern van het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel bestaat uit een formele en een materiële component: straf, strafbaarstelling en strafvervolgning moeten door de wetgever worden omschreven (formeel vereiste, *infra* nrs. 70-73) en die omschrijving moet op nauwkeurige wijze gebeuren (materieel vereiste, *infra* nrs. 74-86).

Het wettigheidsbeginsel is dus, zo luidt de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State, “neergeschreven voor zowel de macht die de wet maakt als voor de macht die de wet toepast, aangezien het hun respectieve werkkerrein op strafrechtelijk gebied vastlegt. De wetgevende macht heeft tot taak regels te maken die de rechterlijke macht moet toepassen met naleving van de bewoordingen ervan. De enige manier om deze strikte verdeling van de bevoegdheden te garanderen – en bijgevolg elk risico van willekeur vanwege de rechters af te wenden – bestaat erin de strafwetten zo precies mogelijk te stellen. De wetgevende macht zou het grondwettelijk wettigheidsbeginsel uithollen, mocht zij zich ertoe bepalen strafrechtelijke regels vast te stellen waarin aan de rechters alleen vage richtlijnen worden gegeven, aangezien zij de rechters zodoende zou nopen de toepasselijke regels aan te vullen om ze daadwerkelijk toepasbaar te maken. Een straf waartoe een rechter in die omstandigheden zou besluiten, zou niet meer worden opgelegd krachtens de wet, maar krachtens de wet én een andere regel die de rechter aan de wet heeft moeten toevoegen om deze te kunnen toepassen.”¹⁶¹

Unierecht als zij een belemmering vormt voor de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van goederen-, personen-, diensten- en kapitaalverkeer (*Ibid.*, 430-431). Zo behoren bijvoorbeeld de directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten, maar zij moeten die bevoegdheid in overeenstemming met het Unierecht uitoefenen, zie bv. HvJ 1 juli 2010, Dijkman en Dijkman-Lavaleije, C-233/09, punt 20.

¹⁵⁹ GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, B.2.2; GwH 10 juli 2008, nr. 101/2008, B.21.4.

¹⁶⁰ GwH 7 juni 2007, nr. 81/2007, B.8.1. Zie daarover J. THEUNIS, “Grondwettelijk Hof of grondrechtenhof? De evenredigheid van de straf als casus”, in A. ALLEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 173-196.

¹⁶¹ RvS, afd. wetgeving, advies 46.060/2 van 16 maart 2009 over een wetsvoorstel “tot invoeging van de artikelen 442*quater* en 442*quinquies* in het Strafwetboek, met het oog op de strafbaarstelling van de mentale destabilisatie van personen en van het misbruik van personen in een verzwakte positie”, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-493/2, 4.

Volgens het Grondwettelijk Hof willen de artikelen 12 en 14 van de Grondwet “aldus elk risico van willekeurig optreden vanwege de uitvoerende of de rechterlijke macht uitsluiten bij het vaststellen en toepassen van de straffen”.¹⁶²

65. Zoals blijkt uit de aangehaalde grondwets- en verdragsbepalingen en uit de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges staan de volgende waarborgen in nauw verband met het wettigheidsbeginsel in strafzaken: het verbod van retroactiviteit (*infra* nrs. 87-90), het beginsel van evenredigheid (*infra* nrs. 91-93) en het verbod van analogische interpretatie (*infra* nrs. 94-95).

Alvorens die verschillende waarborgen afzonderlijk te bespreken, eerst nog een korte toelichting bij het toepassingsgebied.

d. Het toepassingsgebied

66. Artikel 12, tweede lid, van de Grondwet (*nullum crimen sine lege*) is niet van toepassing op tuchtrecht, enkel op strafrecht.¹⁶³ De toepasselijkheid van artikel 14 van de Grondwet (*nulla poena sine lege*) in tuchtzaken heeft het Grondwettelijk Hof voorlopig in het midden gelaten.¹⁶⁴ In de rechtsleer wordt doorgaans aangenomen dat dit tweede luik van het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel eveneens geldt voor de tuchtstraf.¹⁶⁵

67. Geldt het wettigheidsbeginsel ook voor de administratieve sancties? Op die vraag past een genuanceerd antwoord. Wanneer de administratieve sanctie als een straf in de zin van artikel 7.1 van het EVRM wordt beschouwd, zijn uiteraard de waarborgen vervat in die bepaling van toepassing. Zoals bekend hanteert het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een autonoom strafbegrip.¹⁶⁶ De kwalificatie van een maatregel als niet-strafrechtelijk in de zin van de Belgische wetgeving heeft dus niet tot gevolg dat de maatregel automatisch buiten het toepassingsgebied van het EVRM valt. De autonomie werkt echter in beide richtingen. De kwalificatie van een maatregel als straf in de zin van het EVRM brengt enkel mee dat de waarborgen van dat verdrag in acht moeten worden genomen, maar heeft niet tot gevolg dat die boete in de Belgische wetgeving van strafrechtelijke aard zou zijn (*infra* nr. 489).

¹⁶² GwH 18 april 2007, nr. 60/2007, B.6.

¹⁶³ GwH 27 november 2008, nr. 170/2008, B.11.1; GwH 4 februari 2010, nr. 8/2010, B.12; GwH 22 december 2010, nr. 153/2010, B.3.4.

¹⁶⁴ GwH 31 juli 2008, nr. 117/2008, B.13.

¹⁶⁵ Zie o.a. A. ALEN, *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiek recht*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 462; J. DU JARDIN, *Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettelijkheid door het Hof van Cassatie*, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 2000, Brussel, Drukkerij van het Belgisch Staatsblad, 2000, 11, 17 en 57. Vgl. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 18^{de} uitgave, 244 (hierna verkort: A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*).

¹⁶⁶ Zie daarover o.a. T. BOMBOIS en D. DÉOM, “La définition de la sanction administrative”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 102-128. Het strafbegrip is overigens hetzelfde in artikel 6 en 7 van het EVRM, zie o.a. EHRM 23 juli 2009, Bowler International Unit t. Frankrijk, § 67. Zie ook *infra* nr. 489.

Volgens de afdeling wetgeving van de Raad van State is het wettigheidsbeginsel ook een algemeen beginsel van het strafrecht en is het op die manier van toepassing op administratieve sancties.¹⁶⁷ Dat is ook de mening van de Franse Conseil constitutionnel¹⁶⁸ en van het Gerecht van de Europese Unie,¹⁶⁹ maar (voorlopig) niet die van het Grondwettelijk Hof.

In het arrest nr. 88/2004 verwierp het Grondwettelijk Hof een middel, dat met name was afgeleid uit een schending van artikel 14 van de Grondwet in zoverre een bekrachtigd koninklijk besluit straffen zou opleggen waarvoor de Koning geen wettelijke machtiging had gekregen. Het ging om een straf in de zin van het EVRM, zo stelde het Hof vast, maar wanneer de wetgever, in overeenstemming met de artikelen 10, 11, 170 en 172 van de Grondwet, de Koning machtigt een verplichte bijdrage in te voeren, dan impliceert die machtiging dat de Koning ook een administratieve geldboete vermag in te voeren die wordt opgelegd indien de belastingplichtige in gebreke blijft de verplichte bijdrage tijdig te betalen.¹⁷⁰ Daarmee gaf het Hof impliciet te kennen dat artikel 14 van de Grondwet – althans het formeel vereiste daarvan (*supra* nr. 64) – niet van toepassing is op administratieve sancties.¹⁷¹ Anders zou een delegatie aan de Koning niet mogelijk zijn geweest (*infra* nrs. 70-72). Dat neemt echter niet weg dat de inhoudelijke vereisten van het wettigheidsbeginsel – het beginsel van de voorzienbaarheid van de strafbaarstelling – wel van toepassing kunnen zijn, met name indien de administratieve sancties onder artikel 7.1 van het EVRM en artikel 15.1 van het IVBPR vallen.¹⁷²

68. De waarborgen van het wettigheidsbeginsel gelden uiteraard ook ten aanzien van decreten en ordonnanties. Ondanks de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet, die de strafbaarstelling, de vorm van de vervolging en de bestraffing aan de federale wetgever voorbehouden, heeft de bijzondere wetgever strafrechtelijke bevoegdheden verleend aan de gemeenschappen en de gewesten. Binnen de grenzen van hun bevoegdheden kunnen zij derhalve de niet-naleving van hun bepalingen strafbaar stellen en de straffen wegens die niet-naleving bepalen.¹⁷³ De decreetgever is in beginsel niet bevoegd om de vorm van de vervolging te regelen.¹⁷⁴

¹⁶⁷ RvS, afd. wetgeving, advies 32.347/4 van 15 april 2002 over een voorontwerp van decreet “relatif à la qualité de l’eau destinée à la consommation humaine”, *Parl.St. W.Parl.* 2001-02, nr. 390/1, 15.

¹⁶⁸ CC 30 maart 2006, n° 2006-535 DC, “égalité des chances”.

¹⁶⁹ Ger. EU 8 oktober 2008, Schunk GmbH, T-69/04, punt 29; Ger. EU 28 april 2010, Amann & Söhne, T-446/05, punt 125: het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel “dat deel uitmaakt van de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben en in verschillende internationale verdragen, en met name in artikel 7 EVRM, is neergelegd, geldt zowel voor strafrechtelijke normen als voor specifieke bestuurlijke instrumenten waarbij bestuurlijke sancties worden opgelegd of op grond waarvan dergelijke sancties kunnen worden opgelegd”. Vgl. J. KOKOTT, conclusie van 15 juli 2010 voor HvJ 28 oktober 2010, zaak SGS Belgium e.a., C-367/09, punt 37: “Hoewel het Hof zich bij de toepassing van strafrechtelijke beginselen op administratieve sancties soms – mijns inziens terecht – terughoudend heeft opgesteld, staat niets eraan in de weg ter oriëntering ook te verwijzen naar de inhoud van het legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen.”

¹⁷⁰ GwH 19 mei 2004, nr. 88/2004, B.13.1-B.13.3.

¹⁷¹ Zie ook D. RENDERS, M. JOASSART, G. PIJCKE en F. PIRET, “Le régime juridique de la sanction administrative”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 172.

¹⁷² Bv. GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, B.7.3 en B.12.3; GwH 10 juli 2008, nr. 102/2008, B.6; GwH 16 december 2010, nr. 140/2010, B.3.2-B.4.

¹⁷³ De bepalingen van Boek I van het Strafwetboek zijn hierop van toepassing, maar voor bijzondere inbreuken kunnen de decreten en ordonnanties in uitzonderingen voorzien en derhalve bijzonder strafrecht creëren. Het eensluidend advies van de Ministerraad is evenwel vereist voor iedere beraadslaging in de gemeenschaps- of

69. De beginselen van wettigheid en voorspelbaarheid van de strafrechtspleging zijn ten slotte van toepassing op de hele rechtspleging, met inbegrip van de stadia van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek.¹⁷⁵ In dat verband is ook de vraag gerezen of het vervolgingsbeleid niet op gespannen voet kan komen te staan met het wettigheidsbeginsel in strafzaken¹⁷⁶ (en met het gelijkheidsbeginsel, *infra* nr. 317).

e. *Verbod van delegatie*

70. Door aan de wetgevende macht de bevoegdheid te verlenen, enerzijds, om te bepalen in welke gevallen en in welke vorm strafvervolging mogelijk is en, anderzijds, om een wet aan te nemen op grond waarvan een straf kan worden bepaald en toegepast, waarborgen de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet aan elke burger dat geen enkele gedraging strafbaar zal worden gesteld en geen enkele straf zal worden opgelegd dan op grond van regels aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering.¹⁷⁷

De wetgever dient ook te bepalen wie overtredingen kan vaststellen en op welke wijze dat moet gebeuren.¹⁷⁸ Artikel 12, tweede lid, van de Grondwet gaat echter niet zover dat het de wetgever ertoe zou verplichten elk aspect van de vervolging zelf te regelen, in het bijzonder sinds de wet van 4 maart 1997, die in het Gerechtelijk Wetboek artikel 143*bis* heeft ingevoerd waarbij de bevoegdheid van het college van procureurs-generaal inzake het strafrechtelijk beleid wordt vastgesteld, en sinds de aanneming van artikel 151 van de Grondwet waarin “het recht van de bevoegde minister om de vervolging te bevelen en om de bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, vast te leggen” wordt bevestigd. Een delegatie aan een andere macht is niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.¹⁷⁹ Het Grondwettelijk Hof aanvaardde

gewestregering over een voorontwerp van decreet of ordonnantie waarin een straf of een strafbaarstelling is opgenomen waarin Boek I van het Strafwetboek niet voorziet (artikel 11, eerste en tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen). Bv. GwH 29 april 2010, nr. 41/2010, B.10-B.12.2. Zie o.a. M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Brussel, Bruylant, 1995, 197-246; F. MEERSSCHAUT, *De strafrechtelijke bevoegdheid van gemeenschappen en gewesten*, Brugge, die Keure, 1999, 81 p.; M. FAURE en J. VANHEULE, *Milieustrafrecht*, in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2006, 19-74.

¹⁷⁴ GwH 27 november 2002, nr. 170/2002, B.5.2. De bijzondere wetgever heeft evenwel in drie uitzonderingen voorzien (artikel 11, derde lid, van de de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen).

¹⁷⁵ GwH 21 december 2004, nr. 202/2004, B.4.2; GwH 22 juni 2005, nr. 109/2005, B.5.2.

¹⁷⁶ Zie o.a. P. TRAEST, “Rechts(on)zekerheid in materieel en formeel strafrecht en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel”, *RW* 1993-94, 1198-1200 en M. VAN DE KERCHOVE, “Développements récents et paradoxaux du principe de la légalité criminelle et de ses corollaires essentiels”, in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 308-311. Sedert 1998 is het vaststellen van het vervolgingsbeleid echter grondwettelijk verankerd als een bevoegdheid van de minister van Justitie (zie artikel 151, § 1, van de Grondwet, *infra* nrs. 70 en 316).

¹⁷⁷ O.a. GwH 19 december 2007, nr. 154/2007, B.20.3; GwH 25 februari 2010, nr. 17/2010, B.8.3.

¹⁷⁸ RvS, afd. wetgeving, advies 33.595/4 van 12 juni 2002 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer, 2001-02, nr. 50-1823/12, 5.

¹⁷⁹ GwH 28 maart 2002, nr. 56/2002, B.9.6; GwH 20 oktober 2004, nr. 158/2004, B.5.6; GwH 21 december 2004, nr. 202/2004, B.6.2.

bijvoorbeeld bepaalde delegaties aan de Koning inzake de politionele onderzoekstechnieken en inzake de informantenwerking.¹⁸⁰

71. Het wettigheidsbeginsel in strafzaken gaat dus niet zover dat het de wetgever ertoe verplicht elk aspect van de vervolging en de bestraffing zelf te regelen. Niet alleen wat de strafrechtspleging betreft, maar ook inzake straf en strafbaarstelling is een delegatie aan een andere overheid niet in strijd met dat beginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.¹⁸¹

Tot de essentiële elementen behoren de doelstelling, de gedraging en de minimum- en maximumstraffen.¹⁸² Het Grondwettelijk Hof had bijvoorbeeld geen bezwaar tegen artikel 2*bis*, § 1, van de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van de giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, ontsmettingsstoffen en antiseptica. Weliswaar draagt die bepaling aan de Koning op de misdrijven te bepalen, maar de wet zelf preciseert voldoende duidelijk de doelstelling die ze nastreeft, de gedragingen en de aard van de stoffen die ze beoogt te verbieden en de straffen die toepasbaar zijn. Daarmee zijn volgens het Hof “de essentiële bestanddelen van de strafbaarstelling vastgelegd door de wet en is hierdoor voldaan aan het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 12, tweede lid, van de Grondwet”.¹⁸³ Volgens het Hof van Cassatie mag de wetgever zich zelfs ertoe beperken de straffen vast te leggen per categorie van misdrijf en mag hij de Koning de bevoegdheid verlenen om, zoals inzake de wegverkeerswet, de kwalificaties te bepalen die met die verschillende categorieën overeenkomen.¹⁸⁴

72. Het gaat hier om een zogenaamd “versterkt” wettigheidsbeginsel, dat volgens Alen en Muylle niet kan worden afgezwakt (*supra* nr. 44).¹⁸⁵ Met andere woorden, de essentiële

¹⁸⁰ GwH 21 december 2004, nr. 202/2004, B.7.1-B.8.3.

¹⁸¹ GwH 2 februari 2005, nr. 27/2005, B.4; GwH 19 juli 2005, nr. 137/2005, B.4; GwH 19 december 2007, nr. 154/2007, B.22.4.

¹⁸² J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 408. Zie ook GwH 16 november 2004, nr. 182/2004, B.9.3; GwH 2 februari 2005, nr. 27/2005, B.6-B.8 en B.12; GwH 19 juli 2005, nr. 137/2005, B.6-B.8 en B.12; GwH 19 december 2007, nr. 154/2007, B.22.6; RvS, afd. wetgeving, advies 38.596/3 van 23 juni 2005 over een voorontwerp van wet “betreffende de aanhouding van verplichte voorraden aardolie en aardolieproducten en de oprichting van een agentschap voor het beheer van een deel van deze voorraad en tot wijziging van de wet van 10 juni 1997 betreffende de algemene regeling voor accijnsproducten, het voorhanden hebben, en het verkeer daarvan en de controles daarop”, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1968/1, 48-49.

¹⁸³ GwH 18 november 1998, nr. 114/98, B.5.

¹⁸⁴ Cass. 8 maart 2006, P.05.1556.F, *Pas.* 2006, 558 (het middel betrof artikel 7 van het EVRM). Vgl. echter de arresten van het Grondwettelijk Hof in de volgende voetnoot.

¹⁸⁵ A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Syllabusuitgave, deel II, Kluwer, Mechelen, 2008, 254-258 en 378. Zie ook K. MUYLLE en J. THEUNIS, “La Cour constitutionnelle comme juge de la séparation des pouvoirs: le cas des délégations et des validations”, in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 125-126. Vgl. M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Brussel, Bruylant, 1995, 113-117.

elementen mogen niet worden gedelegeerd, zelfs niet in uitzonderlijke omstandigheden en onder strikte voorwaarden.¹⁸⁶

In dat verband werd recent een interessante vraag voorgelegd aan het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de wet van 18 februari 1969 betreffende de maatregelen ter uitvoering van de internationale verdragen en akten inzake vervoer over zee, over de weg, de spoorweg of de waterweg. Die wet machtigt de Koning om op het vermelde domein, bij in Ministerraad overlegd besluit, alle vereiste maatregelen te treffen ter uitvoering van de verplichtingen die voortvloeien uit de internationale verdragen en uit de op grond daarvan genomen internationale akten en stelt de overtredingen van de aldus genomen besluiten strafbaar.¹⁸⁷ De verwijzende rechter wenste van het Hof te vernemen of die machtiging en die strafbaarstelling het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel schenden.

Rekening houdend met de zaak voor de verwijzende rechter, beperkt het Hof echter zijn onderzoek tot de hypothese dat de machtiging aan de Koning betrekking heeft op verplichtingen die voortvloeien uit een Europese verordening.¹⁸⁸ Doordat een dergelijke verordening rechtstreeks toepasselijk is in de Belgische rechtsorde, kan zij eveneens (krachtens artikel 34 van de Grondwet)¹⁸⁹ de vereiste essentiële elementen bevatten. Het Hof stelt vast dat de voorschriften waarvan de niet-naleving door de wetgever strafbaar wordt gesteld, in de betrokken verordening op nauwkeurige wijze zijn uiteengezet (*infra* nrs 74-86).¹⁹⁰ In die omstandigheden kan de wetgever, zonder aan het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel afbreuk te doen, de nadere uitvoering van verordeningen op een bepaald domein, te dezen het vervoer over zee, over de weg, de spoorweg of de waterweg, in zijn geheel aan de Koning opdragen, zonder dat hij dat voor elke verordening afzonderlijk dient te bevestigen en zonder dat hij nader dient te preciseren welke uitvoeringsmaatregelen de Koning mag nemen.¹⁹¹

73. Het verbod van delegatie (de formele component van het wettigheidsbeginsel) maakt geen deel uit van artikel 7.1 van het EVRM, waarin het begrip ‘recht’ “correspond à celle de ‘loi’ qui figure dans d’autres articles de la Convention, notion qui englobe le droit écrit comme non écrit

¹⁸⁶ Zoals bv. in fiscale zaken mogelijk is, *infra* nr. 98. Zie evenwel GwH 2 februari 2005, nr. 27/2005, B.13; GwH 19 juli 2005, nr. 137/2005, B.13.

¹⁸⁷ Zie daarover reeds M. VAN DE KERCHOVE, “Développements récents et paradoxaux du principe de la légalité criminelle et de ses corollaires essentiels”, in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 301-302.

¹⁸⁸ Meer bepaald verordening (EEG) nr. 3821/85 van de Raad van 20 december 1985 betreffende het controleapparaat in het wegvervoer.

¹⁸⁹ “De uitoefening van bepaalde machten kan door een verdrag of door een wet worden opgedragen aan volkenrechtelijke instellingen”.

¹⁹⁰ Het rechtszekerheidsbeginsel, als algemeen beginsel van het Unierecht, vereist dat een verordening, die beperkende maatregelen oplegt en waaraan naar nationaal recht strafsancities zijn verbonden voor het geval deze maatregelen worden overtreden, duidelijk en nauwkeurig is, zodat de betrokken personen, met inbegrip van derden, ondubbelzinnig de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen, HvJ 29 april 2010, M e.a., C-340/08, punt 65.

¹⁹¹ GwH 22 april 2010, nr. 37/2010, B.10. Zie ook reeds Cass. 3 februari 2009, P.08.1477.N.

et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité".¹⁹² *Nullum crimen, nulla poena sine jure*, zou het adagium hier dus moeten luiden.¹⁹³

De vereisten van toegankelijkheid en voorzienbaarheid behoren tot het tweede aspect van het wettigheidsbeginsel.

f. Vereiste van nauwkeurigheid en voorzienbaarheid

74. Uit de artikelen 12 en 14 van de Grondwet, alsmede uit artikel 7 van het EVRM en artikel 15 van het IVBPR en uit het rechtszekerheidsbeginsel,¹⁹⁴ vloeit ook voort dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is en de mogelijke op te lopen straf kan kennen.¹⁹⁵ Op dit punt staat het wettigheidsbeginsel in dienst van het rechtszekerheidsbeginsel.¹⁹⁶

Ook de strafrechtspleging moet voorspelbaar zijn.¹⁹⁷ De vereiste van voorspelbaarheid van de strafrechtspleging waarborgt elke burger dat tegen hem enkel een opsporingsonderzoek, een gerechtelijk onderzoek en een vervolging kunnen worden ingesteld volgens een bij de wet vastgestelde procedure waarvan hij vóór de aanwending ervan kennis kan nemen.¹⁹⁸

75. Het Grondwettelijk Hof heeft de materiële kwaliteitsvereisten van "nauwkeurigheid, duidelijkheid en voorzienbaarheid waaraan de wetgever in strafzaken moet voldoen" voor het eerst – op een summiere wijze nog – geformuleerd in een arrest van 28 maart 2002.¹⁹⁹ Enkele maanden later luidt het dat de artikelen 12 en 14 van de Grondwet niet eraan in de weg staan "dat de wet een beoordelingsbevoegdheid toekent aan de rechter die belast is met de toepassing ervan, voor zover zij de bijzondere eisen ter zake van precisie, duidelijkheid en voorspelbaarheid waaraan de strafwetten moeten voldoen, niet miskent".²⁰⁰ Die uitspraken waren reeds geïnspireerd door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Grondwettelijk Hof is zich die rechtspraak de daarop volgende jaren steeds meer gaan toeëigenen. In het arrest nr. 136/2004 luidt het dat de strafwet *weliswaar een zekere flexibiliteit mag vertonen met het oog op de wijzigende omstandigheden, maar dat zij niettemin*

¹⁹² EHRM (Grote kamer) 22 maart 2001, Streletz, Kessler en Krenz t. Duitsland, § 50.

¹⁹³ M. VAN DE KERCHOVE, "Développements récents et paradoxaux du principe de la légalité criminelle et de ses corollaires essentiels", in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 303.

¹⁹⁴ GwH 22 juni 2005, nr. 109/2005, B.5.2; GwH 21 december 2005, nr. 199/2005, B.5.2.

¹⁹⁵ GwH 19 december 2007, nr. 154/2007, B.20.4.

¹⁹⁶ Bv. GwH 20 oktober 2004, nr. 158/2004, B.7.3: "De interpretatiebevoegdheid die aldus aan de verbalisanten wordt gelaten, is een bron van rechtsonzekerheid en is niet in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel in strafzaken."

¹⁹⁷ GwH 19 juli 2007, nr. 105/2007, B.8.5.

¹⁹⁸ GwH 21 december 2004, nr. 202/2004, B.4.2.

¹⁹⁹ GwH 28 maart 2002, nr. 56/2002, B.9.8.

²⁰⁰ GwH 10 juli 2002, nr. 128/2002, B.6.2. Het begrip "zwaarste fout" in artikel 5, tweede lid, van het Strafwetboek voldoet aan de vereiste van voorzienbaarheid (B.6.8). Zie ook GwH 26 januari 2005, nr. 24/2005, B.7; GwH 22 juni 2005, nr. 109/2005, B.6.2; GwH 21 december 2005, nr. 199/2005, B.6.2.

moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is.²⁰¹

Met toepassing van die beginselen stelde het Grondwettelijk Hof vast dat de volgende uitdrukkingen en begrippen geen voldoende nauwkeurige normatieve inhoud hebben om een misdrijf te kunnen definiëren en dat zij derhalve in strijd zijn met het wettigheidsbeginsel: de uitdrukking “de veiligheid van de Staat aantasten”, de begrippen “openbare orde”, “goede zeden” en “fout” en het begrip “belediging jegens een vreemde Staat”;²⁰² de omschrijving “onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder voor de omwonenden” en de omschrijving “ernstige inbreuk op de essentiële stedenbouwkundige voorschriften”;²⁰³ de begrippen “gebruikershoeveelheid”, “problematisch gebruik” en “openbare overlast”.²⁰⁴ En een omschrijving die in het burgerlijk recht aanvaardbaar is, is dat niet noodzakelijk ook in het strafrecht.²⁰⁵

76. Die schendingen van het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel die het Grondwettelijk Hof in 2003 en 2004 heeft vastgesteld, oefenden – niet onbegrijpelijk – een sterke aantrekkingskracht uit op (de raadslieden van) beklagden. Vanaf 2005 leverde dat een gestage toename op van de rechtspraak in dat verband, maar tezelfdertijd verwaterden ook de eisen die het Hof stelt en trad een zekere versoepeling op van de aanvankelijk strenge houding van het Hof.

Vanaf het arrest nr. 92/2005 erkent het Hof meer bepaald dat rekening moet worden gehouden met het algemene karakter van de wetten, de uiteenlopende situaties waarop zij van toepassing zijn en de evolutie van de gedragingen die zij bestraffen²⁰⁶ en dat het slechts bij het onderzoek van een specifieke bepaling mogelijk is om, rekening houdend met de elementen eigen aan de misdrijven die zij wil bestraffen, te bepalen of de door de wetgever gehanteerde bewoordingen zo vaag zijn dat ze het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel zouden schenden.²⁰⁷ In het arrest nr. 125/2005 luidt het zelfs dat de wetgever aan de rechter een “ruime beoordelingsbevoegdheid” mag toekennen, maar geen “autonome bevoegdheid inzake strafbaarstelling”.²⁰⁸

77. Vanaf het arrest nr. 71/2006 luidt de min of meer vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof als volgt:

²⁰¹ GwH 22 juli 2004, nr. 136/2004, B.6.3. De cursieve tekst is nieuw en duidelijk geïnspireerd door de vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake artikel 7 van het EVRM.

²⁰² Artikelen 151 en 152 van de programmawet van 30 december 2001, die de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige overheidsbedrijven wijzigen, zie GwH 14 mei 2003, nr. 69/2003, B.9.3.

²⁰³ Artikel 146, derde lid, van het decreet van het Vlaamse Gewest van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, zoals ingevoegd bij decreet van 4 juni 2003, zie GwH 22 juli 2004, nr. 136/2004, B.7.5; GwH 19 januari 2005, nr. 14/2005, B.44.

²⁰⁴ Wet van 3 mei 2003 tot wijziging van de Drugwet, zie GwH 20 oktober 2004, nr. 158/2004, B.5.1-B.9.

²⁰⁵ Bv. GwH 19 januari 2005, nr. 14/2005, B.44.

²⁰⁶ GwH 11 mei 2005, nr. 92/2005, B.3.2-B.3.3, met uitgebreide verwijzingen naar EHRM 25 mei 1993, Kokkinakis t. Griekenland, §§ 40 en 52; EHRM 22 november 1995, S.W. t. Verenigd Koninkrijk, § 36; EHRM 15 november 1996, Cantoni t. Frankrijk, §§ 29 en 31.

²⁰⁷ GwH 11 mei 2005, nr. 92/2005, B.4.1.

²⁰⁸ GwH 13 juli 2005, nr. 125/2005, B.7.4. In dezelfde zin GwH 19 december 2007, nr. 154/2007, B.23.7 en B.30.3. Zie ook GwH 27 mei 2010, nr. 62/2010, B.12.2.

“Het wettigheidsbeginsel in strafzaken gaat uit van de idee dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is. Het eist dat de wetgever in voldoende nauwkeurige, duidelijke en rechtszekerheid biedende bewoordingen bepaalt welke feiten strafbaar worden gesteld, zodat, enerzijds, degene die een gedrag aanneemt, vooraf op afdoende wijze kan inschatten wat het strafrechtelijke gevolg van dat gedrag kan zijn en, anderzijds, aan de rechter geen al te grote beoordelingsvrijheid wordt gelaten.

Het wettigheidsbeginsel in strafzaken staat evenwel niet eraan in de weg dat de wet aan de rechter een beoordelingsbevoegdheid toekent. Er dient immers rekening te worden gehouden met het algemene karakter van de wetten, de uiteenlopende situaties waarop zij van toepassing zijn en de evolutie van de gedragingen die zij bestraffen.

Aan het vereiste dat een misdrijf duidelijk moet worden omschreven in de wet, is voldaan wanneer de rechtzoekende, op basis van de bewoordingen van de relevante bepaling en, indien nodig, met behulp van de interpretatie daarvan door de rechtscollèges, kan weten welke handelingen en welke verzuimen zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid meebrengen.

Enkel bij het onderzoek van een specifieke strafbepaling is het mogelijk is om, rekening houdend met de elementen eigen aan de misdrijven die zij wil bestraffen, te bepalen of de door de wetgever gehanteerde bewoordingen zo vaag zijn dat ze het wettigheidsbeginsel in strafzaken zouden schenden.²⁰⁹

Bovendien mag er geen onduidelijkheid bestaan over de vraag in hoefde van wie een bepaald gedrag strafbaar is.²¹⁰

78. Dezelfde beginselen gelden voor de strafrechtspleging. Het Wetboek van strafvordering verbiedt bijvoorbeeld de provocatie van misdrijven en bepaalt dat in geval van provocatie de strafvordering onontvankelijk is wat de betrokken feiten betreft. Het Grondwettelijk Hof erkent in dat verband dat het enkel aan de rechter kan worden overgelaten om, op grond van alle feitelijke omstandigheden en gegevens van de zaak, te oordelen welke feiten een verband vertonen met de uitgelokte feiten en te beslissen of de onontvankelijkheid van de strafvordering zich tot andere dan de rechtstreeks geprovoceerde feiten dient uit te strekken. Een dergelijke beoordelingsbevoegdheid van de rechter is niet strijdig met de beginselen van wettigheid en van voorzienbaarheid in strafzaken.²¹¹

²⁰⁹ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.43.6-B.43.7. Zie ook GwH 10 mei 2006, nr. 71/2006, B.5.1-B.5.2; GwH 14 juni 2006, nr. 98/2006, B.5.1-B.5.2; GwH 17 mei 2006, nr. 81/2006, B.4.1-B.4.2; GwH 10 mei 2007, nr. 74/2007, B.4-B.5; GwH 19 december 2007, nr. 154/2007, B.23.4-B.23.5; GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, B.7.3; GwH 4 maart 2008, nr. 36/2008, B.5.2-B.5.4; GwH 13 maart 2008, nr. 49/2008, B.12.2-B.12.3; GwH 10 april 2008, nr. 61/2008, B.4.1-B.4.2; GwH 27 mei 2008, nr. 82/2008, B.5.2-B.5.4; GwH 31 juli 2008, nr. 110/2008, B.3.6-B.3.7; GwH 30 oktober 2008, nr. 143/2008, B.4.1-B.4.3; GwH 15 januari 2009, nr. 2/2009, B.19.1-B.19.2; GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.8.1-B.8.2; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.18.1-B.18.2; GwH 5 mei 2009, nr. 76/2009, B.5.1-B.5.2; GwH 12 november 2009, nr. 182/2009, B.5.1-B.5.2; GwH 25 februari 2010, nr. 17/2010, B.8.4-B.8.5; GwH 27 mei 2010, nr. 62/2010, B.8.2-B.8.4; GwH 16 september 2010, nr. 99/2010, B.7.2; GwH 14 oktober 2010, nr. 111/2010, B.4.4-B.4.5.

²¹⁰ RvS, afd. wetgeving, advies 45.903/3 van 10 februari 2009 over een voorontwerp van wet “tot wijziging van de wet van 21 december 1998 betreffende de productnormen ter bevordering van duurzame productiepatronen en consumptiepatronen en ter bescherming van het leefmilieu en de volksgezondheid”, *Parl. St.* Kamer 2008-09, nr. 2093/1, 30.

²¹¹ GwH 19 juli 2007, nr. 105/2007, B.4.8. Vgl. echter, in hetzelfde arrest, de strengere houding van het Hof waar het de toestemming aan informanten om misdrijven te plegen betreft (*infra* nr. 82).

79. Nadat het Grondwettelijk Hof in de jaren 2003 en 2004 nogal snel tot een schending van het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel besloot, stelt het in de daaropvolgende jaren nog maar weinig schendingen vast. Werden bijvoorbeeld niet in strijd met het wettigheidsbeginsel bevonden:²¹² de begrippen “aanzetten tot” en “discriminatie, haat en geweld” (indien ze op de door het Hof bepaalde wijze worden geïnterpreteerd);²¹³ het begrip “deel uitmaken van een criminele organisatie”;²¹⁴ het begrip “abnormaal profijt” in de delictsomschrijving van huisjesmelkerij²¹⁵ en exploitatie van de prostitutie;²¹⁶ het begrip “terroristisch misdrijf”;²¹⁷ het begrip “inbreuk op de plannen van aanleg (...) op welke wijze ook”;²¹⁸ de bewoordingen “op betekenisvolle wijze” in de delictsomschrijving van misbruik van vennootschapsgoederen;²¹⁹ het begrip “ernstige versterking van de rust” in de delictsomschrijving van belaging.²²⁰

Het kantelpunt situeert zich eind 2004, wanneer eerst het Grondwettelijk Hof het misdrijf “aanzetten tot discriminatie, haat en geweld” uit de antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 in overeenstemming bevindt met het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel²²¹ en vervolgens het Hof van Cassatie het misdrijf “behoren tot” of “medewerking verlenen aan” een groep of een vereniging die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie bedrijft of verkondigt in de omstandigheden genoemd in artikel 444 Strafwetboek, uit de antiracismewet van 30 juli 1981, eveneens in overeenstemming acht met het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel.²²²

Van dan af valt het op dat het Grondwettelijk Hof nog slechts sporadisch tot een schending besluit.²²³ Onder invloed van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de

²¹² Zie, meer uitgebreid, ook het *Jaarverslag van het Grondwettelijk Hof 2005*, 27-40.

²¹³ Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003, zie GwH 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.32-B.56 (en het beschikkend gedeelte).

²¹⁴ Artikel 324ter, § 1, van het Strafwetboek, zie GwH 11 mei 2005, nr. 92/2005, B.5; GwH 30 juni 2005, nr. 116/2005, B.4.2.

²¹⁵ Vroeger artikel 77bis, § 1bis van de Vreemdelingenwet, thans artikel 433decies van het Strafwetboek, zie GwH 11 mei 2005, nr. 92/2005, B.4.2; GwH 30 juni 2005, nr. 117/2005, B.4.2.

²¹⁶ Artikel 380, § 1, 3°, van het Strafwetboek, zie GwH 11 mei 2005, nr. 92/2005, B.4.2.

²¹⁷ Artikel 137 van het Strafwetboek, zie GwH 13 juli 2005, nr. 125/2005, B.7.2-B.7.4.

²¹⁸ Artikel 146, eerste lid, 6°, van het decreet van het Vlaamse Gewest van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, zie GwH 20 oktober 2005, nr. 156/2005, B.7.1-B.12.1.

²¹⁹ Artikel 492bis van het Strafwetboek, zie GwH 15 maart 2006, nr. 40/2006, B.7.

²²⁰ Artikel 442bis van het Strafwetboek, zie GwH 10 mei 2006, nr. 71/2006, B.6.1-B.6.5; GwH 14 juni 2006, nr. 98/2006, B.6.1-B.6.5; GwH 5 mei 2009, nr. 76/2009, B.6.1-B.6.5.

²²¹ GwH 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.34-B.56.

²²² Cass. 9 november 2004, P.04.0849.N, *Arr.Cass.* 2004, 1781, nr. 539. Zie M. Lys, “Le principe de légalité en matière pénale dans l’arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2004: entre rigueur et valeurs”, *RBDC* 2005, 377-398, die het belang van dat arrest – maar hetgeen volgt gaat evengoed op voor het arrest nr. 157/2004 van het Grondwettelijk Hof dat immers werd gewezen op een verzoekschrift van o.a. een aantal parlementsleden van het Vlaams Belang – als volgt formuleert: “Tout d’abord, la Cour a bien vu que les a.s.b.l. membres du Vlaams Blok tentaient d’utiliser un principe – le principe de la légalité – dont l’enjeu, on vient de le voir, est fondamentalement démocratique, contre la démocratie elle-même et ses valeurs. (...) En effet, dans cet arrêt, la Cour de cassation tient compte des enjeux du principe de légalité dans son application concrète. Elle est consciente que ce principe ne veut plus rien dire si son utilisation stricte conduit à contrecarrer les enjeux qu’il engage. La Cour de cassation contribue, en fait, à redéfinir le principe de la légalité, en intégrant ses enjeux fondamentalement démocratiques dans une conception moins formelle, mais plus matérielle du principe.” (395).

²²³ De arresten nrs. 158/2004 en 14/2005 behoren inhoudelijk nog tot het tijdperk vóór het arrest nr. 157/2004. Daarna werd nog slecht in drie gevallen een schending van het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel vastgesteld:

Mens²²⁴ schuift de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof onmiskenbaar op in de richting van een meer pragmatische, ja zelfs een meer marginale toetsing aan het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel. Door die verschuiving ontstaat een grijze zone, waarin de rechter zijn rol moet opnemen:

“L'utilisation de la technique législative des catégories laisse souvent des zones d'ombre aux frontières de la définition. A eux seuls, ces doutes à propos de cas limites ne suffisent pas à rendre une disposition incompatible avec l'article 7 (art. 7), pour autant que celle-ci se révèle suffisamment claire dans la grande majorité des cas. La fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne.”²²⁵

Het volstaat derhalve dat de strafbepaling voldoende duidelijk is voor de grote meerderheid van de gevallen. Het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel kan niet in die zin worden geïnterpreteerd dat het verbiedt dat de regels van de strafrechtelijke aansprakelijkheid door de rechterlijke interpretatie geleidelijk worden verduidelijkt van geval tot geval, op voorwaarde dat het resultaat samenhangend is met de kern van de inbreuk en het redelijk voorzienbaar is.²²⁶

80. Het Grondwettelijk Hof steunt nu eens op de “gebruikelijke” of “gangbare” betekenis van de door de strafwetgever gehanteerde begrippen, een andere keer op de uitlegging ervan in de rechtspraak of in de parlementaire voorbereiding of op hun wettelijke context (andere wetten, richtlijnen, uitvoeringsbesluiten, ...) en niet zelden op een combinatie van die verschillende gronden.²²⁷ Dat heeft tot gevolg dat het in vele gevallen het Grondwettelijk Hof zelf is dat de vage strafwet verduidelijkt,²²⁸ waarbij het in voorkomend geval zelfs zijn interpretatie van de strafwet oplegt.²²⁹

Daarnaast wordt soms ook rekening gehouden met de nagestreefde doelstelling, met de in het geding zijnde materie,²³⁰ met name als die wordt gekenmerkt door een voortschrijdende technische ontwikkeling,²³¹ of met de aard van de te beschermen rechtsgoederen,²³² evenals

GwH 10 mei 2006, nr. 71/2006, B.24; GwH 19 juli 2007, nr. 105/2007 (wat betreft de strafrechtspleging) en GwH 27 mei 2008, nr. 82/2008 (*infra* nrs. 81-82).

²²⁴ Zie A. ALEN, E. MAES en W. VERRIJDT, “De belangrijkste evoluties in de rechtspraak van het Arbitragehof sedert de bijzondere wet van 9 maart 2003”, in *Recht in beweging – 14^{de} VRG-Alumnidag 2007*, Antwerpen, Maklu, 2007, 118-119.

²²⁵ EHRM 15 november 1996, Cantoni t. Frankrijk, § 32.

²²⁶ EHRM 22 november 1995, S.W. t. Verenigd Koninkrijk, § 36. Zie bv. ook GwH 25 februari 2010, nr. 17/2010, B.12: “Rekening houdend met de in B.9 aangehaalde vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie, kan te dezen bovendien niet staande worden gehouden dat de rechtsonderhorige zich in de onmogelijkheid zou bevinden om vooraf op afdoende wijze in te schatten of het desbetreffende misdrijf een voortdurend karakter heeft.”

²²⁷ Zie E. DEGRAVE, “La légalité pénale et la Cour d'arbitrage”, *JT* 2006, 483-487; bv. GwH 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.34-B.36; GwH 14 oktober 2010, nr. 111/2010, B.5.2-B.5.4 en B.7.2-B.8.2.

²²⁸ Zie A. JACOBS, “Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage”, in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE e.a. (eds.), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, Deel B, 833.

²²⁹ Bv. GwH 6 oktober 2004, nr. 157/2004 (beschikkend gedeelte).

²³⁰ GwH 30 oktober 2008, nr. 143/2008, B.7.1.

²³¹ GwH 4 maart 2008, nr. 36/2008, B.8; GwH 12 november 2009, nr. 182/2009, B.7.3.

²³² Bv. de gezondheid van de mens en het leefmilieu, GwH 4 maart 2008, nr. 36/2008, B.8, of de bescherming van de consument, GwH 14 oktober 2010, nr. 111/2010, B.8.1.

met de doelgroep van de strafbepalingen.²³³ Dat alles leidt tot een bijzonder casuïstische rechtspraak, waarvan de belangrijkste constante echter lijkt te zijn dat het Hof op het einde (doorgaans)²³⁴ tot de niet-schending van het wettigheidsbeginsel besluit.

81. Bij de versoepelde omgang van het Grondwettelijk Hof met het wettigheidsbeginsel in strafzaken zijn vanuit academisch oogpunt gewis kritische kanttekeningen te plaatsen,²³⁵ praktisch beschouwd lijken er weinig andere opties, zonet gaat het gros van de strafbepalingen voor de bijl.

Zelfs de bestraffing van het niet-naleven van de algemene zorgvuldigheidsplicht, zoals vervat in artikel 22 van het Vlaamse milieuvergunningsdecreet en in artikel 13, § 1, van het Vlaamse afvalstoffendecreet – strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van die bepalingen is mogelijk, ook indien de wettelijke en administratieve regelingen strikt worden nageleefd – heeft ongeschonden de toetsing aan het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel doorstaan.²³⁶ Maar ook de bestraffing van een algemene zorgvuldigheidsplicht heeft haar grenzen. De nog algemener geformuleerde zorgplicht, vervat in artikel 14 van het Vlaamse decreet natuurbehoud, heeft geen voldoende nauwkeurige normatieve inhoud om een misdrijf te kunnen definiëren.²³⁷ In de eerste plaats omdat zij een zeer ruim toepassingsgebied heeft – zij geldt met name voor “iedereen” en niet voor een welbepaalde categorie van personen – maar ook omdat de termen “handelingen” en “natuurelementen” op zich niet de definitie kunnen vormen van een misdrijf, zonder ontoelaatbare onzekerheid te creëren.²³⁸

82. Een andere zeldzame schending werd vastgesteld in het arrest inzake de bijzondere opsporingsmethoden.²³⁹ Het Hof aanvaardt bij wijze van uitzondering dat de wetgever

²³³ Bv. personen die beroepsmatig handelen, GwH 4 maart 2008, nr. 36/2008, B.9.1; GwH 12 november 2009, nr. 182/2009, B.7.4; GwH 14 oktober 2010, nr. 111/2010, B.5.3 en B.8.1. Naar het voorbeeld van bv. EHRM 10 oktober 2006, Pessino t. Frankrijk, § 33; EHRM (beslissing) 20 april 2010, Stoica t. Frankrijk.

²³⁴ Na 2005 werd nog slechts in drie gevallen tot een schending besloten (zie naast de twee in de volgende randnummers besproken arresten ook nog GwH 10 mei 2006, nr. 71/2006, B.14.1-B.25, waarbij het, minstens gedeeltelijk, om het verbod van delegatie lijkt te gaan).

²³⁵ Zie bv. E. CLAES, “Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel en de rechtspraak van het Arbitragehof. Erosie van de legaliteit?”, *TBP* 2006, 454; E. DEGRAVE, “La légalité pénale et la Cour d’arbitrage”, *JT* 2006, 488-489; V. FRANSSSEN, J. VANHEULE en F. VERBRUGGEN, “Wie heeft het gedaan en wat daarmee gedaan? Sprokkelen in rechtspraak over strafbaarheid en bestraffing”, in *Recente ontwikkelingen in het strafrecht*, Gent, Larcier, 2008, 7-9, die onder meer de volgende kritiek uiten: “Deze terugkrabbelende rechtspraak neigt o.i. naar capitulatie voor de strafwetgevers. Die moeten geen lijnen meer trekken waarbinnen burgers en rechters moeten kleuren. Het volstaat dat wetgevers een pot verf op het doek gooien: de rechters zullen er wel een mooi schilderij van maken, zelfs als blijft het heel abstract.”

²³⁶ GwH 4 maart 2008, nr. 36/2008, B.6.1-B.11.2. In dezelfde zin, maar met een gedeeltelijk andere motivering: GwH 27 mei 2008, nr. 82/2008, B.6.1-B.10.2. Ook het Hof van Cassatie oordeelde eerder dat de algemene zorgvuldigheidsplicht van artikel 22 van het Vlaamse milieuvergunningsdecreet “voldoende nauwkeurig is om willekeurige vervolgingen en veroordelingen te vermijden”, Cass. 4 februari 2003, P.02.0615.N, *Arr.Cass.* 2003, 322, nr. 83; zie ook Cass. 15 september 2009, P.09.0060.N.

²³⁷ GwH 27 mei 2008, nr. 82/2008, B.14.1-B.14.4.

²³⁸ GwH 27 mei 2008, nr. 82/2008, B.14.1 en B.14.4.

²³⁹ Meer bepaald inzake de beroepen tot vernietiging van sommige bepalingen van de wet van 27 december 2005 houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit.

magistraten, belast met de opsporing en de vervolging van bepaalde categorieën van misdrijven, in staat stelt om de informanten die een cruciale hulp zouden kunnen zijn bij hun taak, toe te staan misdrijven te plegen om het succes van het onderzoek dat zij voeren, te waarborgen. De wetgever dient evenwel artikel 12 van de Grondwet, dat vereist dat de strafrechtspleging voorspelbaar is, in acht te nemen. De magistraten moeten op zeer precieze wijze weten welke de misdrijven zijn waarvoor zij een informant toestemming kunnen geven ze te plegen. Die vereiste is hier des te dwingender daar het voor een gerechtelijke overheid erop neer komt een persoon die niet is beëdigd, noch door de openbare overheid met een opdracht is belast, toe te laten een misdrijf te plegen dat tot gevolg kan hebben dat inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van derden. De wetgever kan dus enkel optreden door criteria te bepalen, maar die moeten zeer precies zijn teneinde te vermijden dat de toestemming verder gaat dan datgene wat strikt noodzakelijk is om de nagestreefde doelstelling te bereiken.

Het Hof is met name van oordeel dat de grenzen van wat noodzakelijk is worden overschreden in zoverre enkel misdrijven verboden zijn die een “rechtstreekse en ernstige” schending van de fysieke integriteit van personen zouden inhouden. Hoewel kan worden aangenomen dat de informant, als hoofddader, misdrijven pleegt of dat hij, op de wijzen bepaald in de artikelen 66 en 67 van het Strafwetboek, deelneemt aan misdrijven die zouden kunnen worden gepleegd door personen met wie hij in verbinding staat, kan niet worden aangenomen dat personen die noch politieambtenaren, noch burgerlijke deskundigen zijn en die nauwe banden onderhouden met het criminele milieu, de voorafgaande toestemming zouden kunnen krijgen om zelf afbreuk te doen aan de fysieke integriteit van personen.²⁴⁰

83. Het Grondwettelijk Hof is met zijn versoepelde rechtspraak flink opgeschoven in de richting van de beginselen die het Hof van Cassatie hanteert, al moet daaraan worden toegevoegd dat het Hof van Cassatie beduidend minder factoren in rekening brengt.²⁴¹

Volgens het Hof van Cassatie houdt het wettigheidsbeginsel in dat een strafbepaling, op zichzelf of in context met andere bepalingen gelezen, op voldoende precieze wijze de als strafbaar gestelde gedraging omschrijft. Volgens het Hof van Cassatie is aan dat vereiste voldaan wanneer het voor hen op wie de strafbepaling toepasselijk is – waarbij rekening mag worden gehouden met de bijzondere hoedanigheid of functie²⁴² – mogelijk is op grond ervan de feiten en nalatigheden te kennen die hun strafrechtelijke aansprakelijkheid meebrengen, zelfs als de nadere omschrijving hiervan wordt overgelaten aan de rechter.²⁴³

²⁴⁰ GwH 19 juli 2007, nr. 105/2007, B.8.5-B.8.12. Zie ook B.4.8 en B.8.13-B.8.18.

²⁴¹ Zie o.a. M. LYS, “Le principe de légalité en matière pénale dans l’arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2004: entre rigueur et valeurs”, *RBDC* 2005, 377-398; A. DE NAUW, “Nieuwe wendingen inzake het lex certa beginsel”, in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE e.a. (eds.), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, Deel B, 764-766.

²⁴² Enkel in het eerste van de in volgende voetnoot vermelde arresten, maar zie ook reeds B. JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. voor Cass. 9 december 1987, *Pas.* 1988, I, 426, nr. 216.

²⁴³ Cass. 25 november 1997, P.96.1187.N, *Arr.Cass.* 1997, 1212, nr. 504; Cass. 24 augustus 1998, P.98.1006.N, *Arr.Cass.* 1998, 818, nr. 370; Cass. 4 februari 2003, P.02.0615.N, *Arr.Cass.* 2003, 322, nr. 83; Cass. 15 juni 2004, P.04.0358.N, *Arr.Cass.* 2004, 1078, nr. 324; Cass. 9 november 2004, P.04.0849.N, *Arr.Cass.* 2004, 1781, nr. 539.

84. Ook de afdeling wetgeving van de Raad van State wijst regelmatig op het feit dat strafrechtelijke bepalingen overeenkomstig het wettigheidsbeginsel in strafzaken voldoende duidelijk, precies en voorzienbaar moeten zijn zodat de rechtsonderhorigen op voorhand weten welke handelingen of welk nalaten strafrechtelijk worden betoed. ²⁴⁴

Die eisen kunnen ook doorwerken naar lagere rechtsnormen. Een decreet stelt bijvoorbeeld de overtreding strafbaar van exploitatievoorwaarden in verband met milieuvergunningen, maar de vaststelling van die exploitatievoorwaarden wordt aan de regering gedelegeerd. Het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel impliceert dan dat de vaststelling van die exploitatievoorwaarden aan de voormelde eisen moet voldoen. Indien de voorwaarden niet voldoende kunnen worden gepreciseerd, moeten ze worden weggelaten. ²⁴⁵

85. De omstandigheid dat de wetgever uitvoering geeft aan een Europese richtlijn ontslaat hem niet van de verplichting om het wettigheidsbeginsel in acht te nemen bij de omschrijving van de misdrijven die hij instelt. ²⁴⁶ Overigens behoort het wettigheidsbeginsel in strafzaken tot de algemene beginselen van het Unierecht, beginselen die opnieuw zijn bevestigd in artikel 49 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (*supra* nr. 63). Ook voor het Hof van Justitie impliceert dat beginsel dat de wet een duidelijke omschrijving geeft van de strafbare feiten en de daarop gestelde straffen. Aan deze voorwaarde is voldaan wanneer de justitiabele uit de bewoordingen van de relevante bepaling, zo nodig met behulp van de door de rechterlijke instanties daaraan gegeven interpretatie, kan opmaken voor welk handelen of nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. ²⁴⁷

86. Het wettigheidsbeginsel in strafzaken speelt ten slotte een rol in de recente rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake het opvullen van discriminerende lacunes in de wetgeving. Wanneer een dergelijke lacune is gesitueerd in de aan het Hof voorgelegde teksten en de vastgestelde ongrondwettigheid op voldoende nauwkeurige en volledige wijze is uitgedrukt, vloeit uit die vaststelling voort dat het, in afwachting van een wetgevend optreden, aan de bevoegde rechters staat om de ongrondwettig bevonden bepalingen toe te passen met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Het wettigheidsbeginsel in strafzaken verbiedt daarentegen de strafgerechten, bij ontstentenis van een wetswijziging, die door het Hof

²⁴⁴ Zie J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, 91-97, en voor nog een aantal meer recente voorbeelden J. VAN NIEUWENHOVE, "Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State (2006)", *TvW* 2007, 149-151 en P. NIHOUL, M. JOASSART en V. FRANK, "Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2007", *RBDC* 2008, 247-249.

²⁴⁵ J. VAN NIEUWENHOVE, "Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State (2002)", *TvW* 2003, 216, met verwijzing naar RvS, afd. wetgeving, advies 32.052/4 van 20 maart 2002 over een ontwerpbesluit van de Waalse regering "fixant les conditions générales d'exploitation des établissements visés par le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement", 2.

²⁴⁶ GwH 10 mei 2006, nr. 71/2006, B.20.

²⁴⁷ HvJ (Grote kamer) 3 mei 2007, Advocaten voor de Wereld, C-303/05, punten 45-46 en 49-50 (met verwijzing naar EHRM 22 juni 2000, Coëme e.a. t. België, § 145), dat werd gewezen n.a.v. een prejudiciële vraag van het Grondwettelijk Hof (13 juli 2005, nr. 124/2005) en dat wordt geciteerd in GwH 10 oktober 2007, nr. 128/2007, B.15.2. Zie ook Ger. EU 8 oktober 2008, Schunk GmbH, T-69/04, punten 27-50; HvJ 17 juni 2010, Lafarge, C-413/08 P, punten 94 en 95.

afgekeurde lacune op te vullen (zie ook *infra* nr. 421).²⁴⁸ Ook in zijn vroegere rechtspraak hield het Grondwettelijk Hof bij het vaststellen van een discriminerende strafbepaling rekening met het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel.²⁴⁹

g. Verbod van terugwerkende kracht

87. Hoewel niet uitdrukkelijk gewaarborgd door de Grondwet, is het beginsel van de niet-retroactiviteit van wetgevende normen volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof een algemeen rechtsbeginsel, waarvan slechts onder strikte voorwaarden kan worden afgeweken (*infra* nr. 110). In strafzaken gelden echter de artikelen 7.1 van het EVRM en 15.1 van het IVBPR, die een uitdrukkelijk verbod inhouden om een strengere strafwet te laten terugwerken (*supra* nr. 60).²⁵⁰

Het Hof van Cassatie beschouwt de niet-terugwerkende kracht van strafwetten als een algemeen rechtsbeginsel.²⁵¹

88. In het geval van een voortdurend misdrijf is er geen retroactieve toepassing wanneer de strafbare handelingen nog voortduren onder het regime van de nieuwe strafwet. Het rechtszekerheidsbeginsel vereist evenwel dat de handelingen die het misdrijf uitmaken duidelijk zijn opgenomen in de akte van beschuldiging.²⁵² Er is evenmin retroactieve werking wanneer een wet de termijn voor kwalificatie als recidive verlengt. Wanneer het tweede misdrijf wordt gepleegd binnen de periode neergelegd in wetgeving die op dat ogenblik van kracht is, is het perfect voorzienbaar dat die nieuwe inbreuk het risico meebrengt op een veroordeling wegens recidivisme.²⁵³

Een verlenging van de strafrechtelijke verjaringstermijn nadat het misdrijf is gepleegd maar vooraleer het is verjaard, wordt niet beschouwd als een verzwaring van de straf.²⁵⁴ Terwijl de rechtsonzekerheid die voortvloeit uit de invoering van straffen waarin niet was voorzien op het ogenblik waarop het misdrijf werd begaan niet vatbaar is voor verantwoording, is zulks niet het geval met de rechtsonzekerheid die te maken heeft met het feit dat een misdrijf dat reeds strafbaar was op het ogenblik waarop het werd begaan, nog met dezelfde straffen zou kunnen worden gestraft na het verstrijken van de verwachte termijn van verjaring.²⁵⁵

²⁴⁸ GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.8.17; GwH 16 juli 2009, nr. 122/2009, B.4.4; GwH 16 juli 2009, nr. 123/2009, B.4.4; GwH 22 april 2010, nr. 35/2010, B.4.4.

²⁴⁹ GwH 10 november 1999, nr. 116/99, B.1.7; GwH 22 december 1999, nr. 136/99, B.6; GwH 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.21; GwH 21 juni 2006, nr. 104/2006, B.15-B.17.

²⁵⁰ Zie ook artikel 2 van het Strafwetboek, dat echter niet ten aanzien van de wetgever geldt.

²⁵¹ Cass. 17 mei 2005, P.04.1571.N, *Arr.Cass.* 2005, 1060, nr. 282, concl. P. DUINSLAEGER.

²⁵² EHRM 27 februari 2001, Ecer en Zeyrek t. Turkije, § 33. En ook mogen de constitutieve bestanddelen van het misdrijf niet zijn gewijzigd: EHRM 21 januari 2003, Veeber (n° 2) t. Estland, §§ 30-39.

²⁵³ EHRM (Grote kamer) 29 maart 2006, Achour t. Frankrijk, §§ 44-61.

²⁵⁴ Cass. 3 juni 1987, *Arr.Cass.* 1986-1987, 1343, nr. 594.

²⁵⁵ GwH 12 juli 1996, nr. 46/96, B.6; GwH 19 januari 2000, nr. 7/2000, B.12.3. Zie ook GwH 22 juni 2005, nr. 109/2005, B.7.2; GwH 21 december 2005, nr. 199/2005, B.7.2. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stemt in met die rechtspraak, zie EHRM 22 juni 2000, Coëme e.a. t. België, §§ 148-151; P. POPELIER, "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2000)", *TvW* 2001, 29.

De Raad van State maakt in zijn adviezen meer algemeen een onderscheid tussen de terugwerkende kracht van de straf en de onmiddellijke werking van de nieuwe regels inzake de strafuitvoering. Geen enkele bepaling verzet zich ertegen dat de regels over de uitvoering van regelmatig uitgesproken straffen worden gewijzigd met onmiddellijke werking, zodat ze ook van toepassing zijn op straffen die werden uitgesproken vóór het van kracht worden van de wet en die nog niet volledig werden uitgevoerd.²⁵⁶

89. Ook middels een interpretatieve wet²⁵⁷ of een ommekeer van rechtspraak,²⁵⁸ die beide uit hun aard zelf retroactieve werking hebben, mag het verbod om een strengere strafwet te laten terugwerken niet worden omzeild.²⁵⁹

De retroactieve validatie van een onwettig besluit is evenwel niet uitgesloten, zelfs niet wanneer dat besluit strafbaarstellingen bevat, zo kan althans uit een arrest van het Grondwettelijk Hof worden afgeleid (*infra* nr. 354).²⁶⁰

90. De artikelen 7.1 van het EVRM en 15.1 van het IVBPR hebben tot gevolg dat de beklagde retroactief aanspraak kan maken op een gunstiger stelsel dan datgene dat van toepassing was ten tijde van het plegen van het ten laste gelegde feit, wanneer uit de nieuwe regeling blijkt dat het inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van dat feit is gewijzigd.²⁶¹ Zowel het Grondwettelijk Hof als het Hof van Cassatie beschouwen de toepassing van de mildere strafwet als een algemeen rechtsbeginsel.²⁶² Het moet bovendien worden beschouwd als een van de algemene beginselen van het Unierecht die de nationale rechter in acht moet nemen bij de toepassing van het nationale recht dat is aangenomen ter uitvoering van het Unierecht.²⁶³

In een arrest van 17 september 2009 heeft ten slotte ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens uitdrukkelijk bevestigd dat “l'article 7 § 1 de la Convention ne garantit pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, et implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce”. In de ogen van het Hof “il est cohérent avec le principe de la prééminence du droit, dont l'article 7 constitue un élément essentiel, de s'attendre à ce que le juge du fond applique à chaque acte punissable la peine que le législateur estime proportionnée. Infliger une peine plus forte pour la seule raison qu'elle était prévue au

²⁵⁶ J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, 96. Zie ook, wat de regels inzake vervroegde vrijlating betreft, EHRM (Grote kamer) 12 februari 2008, Kafkaris t. Cyprus, §§ 137-152; EHRM (Grote kamer) 17 september 2009, Scoppola (n° 2) t. Italië, §§ 98 en 110-113.

²⁵⁷ Bv. GwH 21 juni 2006, nr. 102/2006, B.5.2.

²⁵⁸ Bv. EHRM 10 oktober 2006, Pessino t. Frankrijk, §§ 15-37.

²⁵⁹ En evenmin door een retroactieve wet die ogenschijnlijk in een lichtere straf voorziet, maar in werkelijkheid een strengere bestraffing beoogt, bv. GwH 23 februari 2005, nr. 45/2005, B.8.4 en GwH 17 maart 2010, nr. 27/2010, B.8.5.

²⁶⁰ GwH 8 maart 2005, nr. 56/2005, B.13.

²⁶¹ GwH 19 januari 2005, nr. 14/2005, B.14; Cass. 26 februari 2002, P.00.1034.N, RW 2002-03, 134, concl. M. DE SWAEF.

²⁶² GwH 30 juni 1999, nr. 76/99, B.4.3; Cass. 18 februari 2002, S.01.0138.N, Arr.Cass. 2002, 528, nr. 115.

²⁶³ HvJ (Grote kamer) 3 mei 2005, Berlusconi, C-387/02 e.a., punt 69. Zie ook reeds HvJ (Grote kamer) Consorzio Industrie Fiammiferi, C-198/01, punt 53.

moment de la commission de l'infraction s'analyserait en une application au détriment de l'accusé des règles régissant la succession des lois pénales dans le temps. Cela équivaldrait en outre à ignorer tout changement législatif favorable à l'accusé intervenu avant le jugement et à continuer à infliger des peines que l'Etat, et la collectivité qu'il représente, considèrent désormais comme excessives. La Cour note que l'obligation d'appliquer, parmi plusieurs lois pénales, celle dont les dispositions sont les plus favorables à l'accusé s'analyse en une clarification des règles en matière de succession des lois pénales, ce qui satisfait à un autre élément essentiel de l'article 7, à savoir celui de la prévisibilité des sanctions.”²⁶⁴

h. Evenredigheid van de straf

91. De aandacht voor de evenredigheid tussen misdrijf en straf is niet nieuw. Krachtens artikel 20 van de Magna Carta (1215) reeds moesten geldstraffen in verhouding staan tot de ernst van het misdrijf²⁶⁵ en in de strafrechtstheorieën van de achttiende eeuw is de evenredigheid van de straf één van de toonaangevende thema's.²⁶⁶ Zo schrijft met name Beccaria in zijn reeds aangehaalde boek *Dei delitti e delle pene* (*supra* nr. 57): “indien het bewijs kon worden geleverd van de nutteloosheid van overdreven wreedheid van de straffen, zelfs indien ze niet rechtstreeks in strijd zou zijn met het algemeen welzijn en met het specifiek doel van de straffen, namelijk om criminaliteit te voorkomen, dan zou die wreedheid alleen reeds daardoor in conflict komen met de heilzame aard van de ‘verlichte Rede’, die verkiest over een gelukkige vrije maatschappij te regeren in plaats van over een troep geterroriseerde slaven. Maar *a fortiori* zou een dergelijke overdreven wreedheid in strijd zijn met de rechtvaardigheid en de geest zelf van het maatschappelijk verdrag.”²⁶⁷

92. Volgens de afdeling wetgeving van de Raad van State behoort de evenredigheid van de straf tot de inhoudelijke vereisten van het wettigheidsbeginsel:

“Het legaliteitsbeginsel impliceert echter ook dat de opgelegde straf, in verhouding tot de gepleegde feiten, niet onevenredig zwaar is. Op dit punt kan een strafbepaling als die van het amendement een probleem doen rijzen, omdat voor de overtredingen van alle uitvoeringsbesluiten in een zelfde strafmaat wordt voorzien. De ontworpen bepaling houdt met andere woorden geen rekening met de ernst van de inbreuk. De toepasselijke straffen zijn integendeel dezelfde, ongeacht of het bijv. gaat om een inhoudelijke overtreding dan wel om het loutere verzuim een vormvereiste (in verband met de toelating, de erkenning of de kennisgeving) na te leven.”²⁶⁸

²⁶⁴ EHRM (Grote kamer) 17 september 2009, Scoppola (n° 2) t. Italië, §§ 108 en 109.

²⁶⁵ “For a trivial offence, a free man shall be fined only in proportion to the degree of his offence, and for a serious offence correspondingly, but not so heavily as to deprive him of his livelihood (...)” (www.fordham.edu/HALSALL/source/magnacarta.html).

²⁶⁶ L. DUPONT, *Beginnselen van behoorlijke strafrechtsbedeling. Bijdrage tot het grondslagenonderzoek van het strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 58, met verwijzing naar o.a. C.E. PASTORET, *Des lois pénales*, Parijs, 1790, deel I, 24: “Le défaut de proportion entre les peines et les délits est un des plus grands vices de la législation française”.

²⁶⁷ C. BECCARIA, *Over misdaden en straffen*, Antwerpen, Standaard wetenschappelijke uitgeverij, 1971 (ingeleid, van aantekeningen voorzien en vertaald door J.M. Michiels), 311.

²⁶⁸ RvS, afd. wetgeving, advies 34.379/3 van 14 november 2002 over een amendement op een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 50-2176/1, 11 en nr. 50-2124/12, 7.

De strafmaat moet met andere woorden worden gedifferentieerd in functie van de ernst van de strafbare feiten.²⁶⁹

93. De evenredigheidstoets maakt natuurlijk deel uit van de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel,²⁷⁰ maar het Grondwettelijk Hof leidt het beginsel van de evenredigheid van de straf ook af, zonder dat er dus met een andere strafbepaling moet worden vergeleken, uit het Europees Unierecht²⁷¹ en uit artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM, althans voor zover het om (strafrechtelijke) geldboeten gaat.²⁷²

Het beginsel van de evenredigheid van de straf komt in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inderdaad op verschillende domeinen aan bod. Volgens Van Drooghenbroeck heeft dat beginsel niet de artikelen 6 en 7 van het EVRM als grondslag, maar eerder artikel 3 van het EVRM, dat een verbod inhoudt van onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen.²⁷³ Het is eveneens op grond van die laatste bepaling dat het Hof van

²⁶⁹ Zie o.a. RvS, afd. wetgeving, advies 31.441/AV-AG en 31.442/AV-AG van 20 juni 2001 over een wetsvoorstel "betreffende de euthanasie" en een wetsvoorstel "betreffende de paliatieve zorg", *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 1-244/21, 15-16, advies 31.605/3 van 19 september 2001 over een voorstel van decreet "houdende het waarborgen en stimuleren van een vegetarisch voedingsaanbod", *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 495/2, 11, advies 31.576/3 van 18 december 2001 over een voorstel van decreet "houdende strafbepalingen voor overtredingen van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966, en van de wet van 30 juli 1963 houdende taalregeling in het onderwijs", *Parl.St.* VI.Parl. 1999-00, nr. 387/2, 7-8 en advies 39.536/VR van 24 januari 2006 over een voorontwerp van decreet "houdende wijziging van het decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode", *Parl.St.* VI.Parl. 2005-06, nr. 824/1, 66 en *TBP* 2006, 571-572. Zie ook J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, 95; J. VAN NIEUWENHOVE, "Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State (2006)", *TvW* 2007, 150.

²⁷⁰ Zie o.a. M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Brussel, Bruylant, 1995, 157-163.

²⁷¹ Zie met name artikel 49.3 van het Handvest (*supra* nr. 63). Zie bv. ook HvJ 27 september 2007, Collée, C-146/05, punt 40: straffen dienen evenredig te zijn aan de ernst van het misbruik; Ger. EU 29 april 2004, Tokai Carbon e.a./Commissie, T-236/01 e.a., punt 219: "Verder moet volgens de rechtspraak de hoogte van de geldboeten ten minste in verhouding staan tot de factoren die bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk in aanmerking worden genomen".

²⁷² GwH 7 juni 2007, nr. 81/2007 (zie vn. 160). De wetgever moet niet alleen zelf het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen, hij mag ook niet verhinderen dat het algemeen rechtsbeginsel van de evenredigheid van de tuchtstraf wordt toegepast door de tuchtoverheid: GwH 27 november 2008, nr. 169/2008, B.7-B.8. Zie ook GwH 4 februari 2010, nr. 8/2010, B.12.

²⁷³ S. VAN DROOGHENBROECK, "Droit pénal et droits de l'homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme", in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST e.a. (eds.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, 81. Bv. EHRM (beslissing) 3 november 2009, Meixner t. Duitsland: "The Court moreover reiterates that the imposition of a sentence of life imprisonment on an adult offender is not in itself prohibited by or incompatible with Article 3 or any other Article of the Convention. At the same time, however, the Court has also held that the imposition of an irreducible life sentence on an adult may raise an issue under Article 3. An analysis of the Court's case-law on the subject discloses that where national law affords the possibility of review of a life sentence with a view to its commutation, remission, termination or the conditional release of the prisoner, this will be sufficient to satisfy Article 3", met verwijzing naar EHRM (Grote kamer) 12 februari 2008, Kafkaris t. Cyprus, §§ 97-98.

Cassatie een controle van de evenredigheid van de straf toelaat,²⁷⁴ terwijl het de evenredigheid van de straf niet als een algemeen rechtsbeginsel erkent.²⁷⁵

i. Verbod van analogische interpretatie van de strafwet

94. Het wettigheidsbeginsel verbiedt ten slotte een analogische interpretatie die aanleiding zou geven tot een uitbreiding van de strafbaarheid, hetzij tot het verscherpen van de strafsanctie.²⁷⁶ Dat verbod vloeit ook voort uit artikel 7.1 van het EVRM.²⁷⁷

Met analogische interpretatie wordt bedoeld het aanvullen van leemten in de wet en het uitbreiden van het toepassingsgebied van de wet buiten de grenzen die zij zelf stelt. Bij een analogische interpretatie wordt een nieuwe rechtsregel geformuleerd die niet is gefundeerd op een wettekst of de wil van de wetgever, doch op een gelijkenis tussen een wettelijk bepaald en een wettelijk niet bepaald geval. De analogische interpretatie die ertoe strekt het toepassingsgebied van de strafbaarstellingen te verruimen – *analogia in malam partem* – is verboden. Door dergelijke analogische interpretatie zou de rechter immers in de plaats treden van de wetgever en nieuw recht scheppen, wat door het wettigheidsbeginsel wordt verboden.²⁷⁸

95. Het verbod van analogische interpretatie staat een evolutieve interpretatie niet in de weg. Met dat laatste wordt bedoeld dat de werkelijke inhoud en bedoeling van een wettekst wordt blootgelegd, zonder zich te houden aan de letterlijke en strikte betekenis van de bewoordingen van de wet. Dergelijke interpretatie is in het strafrecht toegelaten onder de volgende voorwaarden: enerzijds moet de wil van de wetgever om feiten van die aard strafbaar te stellen ondubbelzinnig vaststaan en anderzijds moeten die feiten onder de wettelijke omschrijving van het misdrijf kunnen worden begrepen.²⁷⁹ Ook artikel 7.1 van het EVRM zou een evolutieve interpretatie niet in de weg staan.²⁸⁰ Zo verzet die bepaling zich niet tegen een geleidelijke verduidelijking van de regels inzake strafrechtelijke aansprakelijkheid via rechterlijke

²⁷⁴ Bv. Cass. 28 februari 2002, D.01.0008.N, *Arr.Cass.* 2002, 655, nr. 150. Zie ook I. VEROUGSTRÆTE, “Les sanctions disciplinaires: du traitement cruel au respect de la concurrence”, in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 717-734.

²⁷⁵ Bv. Cass. 16 november 1994, P.94.0385.F, *Arr.Cass.* 1994, 964, nr. 490. Zie echter J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “La Cour de cassation reçoit-elle le principe de proportionnalité?”, in *Liber amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 580-583.

²⁷⁶ L. DUPONT en R. VERSTRÆTEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1989, deel I, 104 en 120.

²⁷⁷ Bv. EHRM (Grote kamer) 29 maart 2006, Achour t. Frankrijk, § 41.

²⁷⁸ L. DUPONT en R. VERSTRÆTEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1989, deel I, 123, die eraan toevoegen dat de analogische interpretatie die ertoe strekt het toepassingsgebied van de gronden van strafvermindering of strafopheffing te verruimen – *analogia in bonam partem* – wel is toegestaan, omdat zij geen afbreuk doet aan het rechtsbeschermingsbeginsel dat in het wettigheidsbeginsel besloten ligt. Zie ook F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, Brussel, Kluwer, 2005, 266, voor wie de analogische interpretatie “consiste à étendre la solution que la règle consacre à propos d’une situation qu’elle vise à une situation qu’elle ne vise pas, mais qui présente une similitude fondamentale avec elle”.

²⁷⁹ Zie o.a. Cass. 2 oktober 2002, P.02.0635.F, *Arr.Cass.* 2002, 2017, nr. 497; L. DUPONT en R. VERSTRÆTEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1989, deel I, 122; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge. I. La loi pénale*, Brussel, Larcier, 2007, 74 en 200-208.

²⁸⁰ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 410; M. CROMHEECKE en F. DHONT, “Artikel 7. Geen straf zonder wet”, in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 674.

interpretatie, op voorwaarde dat het resultaat coherent is met de inhoud van het misdrijf en redelijkerwijze voorzienbaar.²⁸¹ Volgens sommigen echter begint de grens tussen een evolutieve en een analogische interpretatie in de praktijk flinterdun te worden.²⁸²

§ 2. Het fiscaal wettigheidsbeginsel: een beknopte vergelijking

96. Het fiscaal wettigheidsbeginsel heeft een minstens even lange traditie als het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel,²⁸³ maar het ontbeert een vergelijkbare verdragsrechtelijke bescherming. De klemtoon in de rechtspraak ligt daardoor meer op het verbod van delegatie, maar toch duiken ook op het fiscale vlak soortgelijke inhoudelijke kwaliteitseisen op als in het strafrecht.

a. *Verbod van delegatie*

97. Uit de artikelen 170, § 1, en 172, tweede lid, van de Grondwet vloeit voort dat geen enkele belasting kan worden geheven en dat geen enkele vrijstelling van belasting kan worden verleend zonder instemming van de belastingplichtigen, uitgedrukt door hun vertegenwoordigers. Daaruit volgt dat de fiscale aangelegenheid een bevoegdheid is die door de Grondwet aan de wet wordt voorbehouden en dat elke delegatie die betrekking heeft op het bepalen van één van de essentiële elementen van de belasting in beginsel ongrondwettig is.²⁸⁴

98. Tot de essentiële elementen van een belasting behoren de identiteit van de belastingplichtigen, de belastbare materie, de belastinggrondslag, het belastingtarief en de eventuele belastingvrijstellingen en -verminderingen.²⁸⁵ Hoewel de eerste arresten van het

²⁸¹ EHRM 30 maart 2004, Radio France e.a. t. Frankrijk, § 20.

²⁸² Zie o.a. E. CLAES, "Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel en de rechtspraak van het Arbitragehof. Erosie van de legaliteit?", *TBP* 2006, 452; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2006, 85 en 90; F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, Brussel, Kluwer, 2005, 267-270.

²⁸³ Zie V. SEPULCHRE, "Au feu!", *RGF* 2005, nr. 8-9, 1: "Cette disposition constitutionnelle, inspiré par la *Magna Carta* anglaise de 1215, apparaît clairement comme un des fondements de la fiscalité moderne et démocratique". Zie ook RvS, afd. wetgeving, advies van 18 mei 1993: "De instemming van het volk met de belasting is de vrucht van een lange democratische traditie, die nooit is gelogenstraft, en teruggaat tot de twaalfde eeuw", geciteerd in J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State*, Antwerpen, Maklu, 1999, 573. In dezelfde zin, maar met meer details, F. BOUHON, "Le juge constitutionnel et la fiscalité négociée: le maintien des effets d'une norme annulée, applicable une seule fois", noot onder GwH 13 maart 2008, nr. 54/2008, *Rev.dr. ULg* 2008, 562 (vn. 92). Volgens De Groot stamt het beginsel zelfs uit de Oudheid, D. DE GROOT, "Over de invoering en het belang van het grondwettelijke legaliteitsbeginsel in fiscale aangelegenheden", *TFR* 2009, 340. Zie ten slotte ook A. ALLEN, *Rechter en bestuur*, I, 261, 280 en 316-337.

²⁸⁴ In sommige arresten wordt daaraan toegevoegd dat de niet-inachtneming van die bepalingen bovendien een schending impliceert van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Zij houdt immers een niet te verantwoorden verschil in behandeling in tussen twee categorieën van belastingplichtigen: degenen die de waarborg genieten dat niemand kan worden onderworpen aan een belasting indien daartoe niet is beslist door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering en degenen aan wie die grondwettelijke waarborg wordt ontzegd. Die toevoeging kan bedoeld zijn om te antwoorden op een middel of een vraag waarin die artikelen nog zijn vermeld (bv. GwH 16 maart 2005, nr. 57/2005, B.8.1; GwH 21 september 2005, nr. 143/2005, B.3.1), maar zij was eigenlijk enkel zinvol om de link te leggen met de vroegere rechtspraak, die enkel via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet kon totstandkomen, *infra* nr. 294 (bv. GwH 19 mei 2004, nr. 88/2004, B.7.1).

²⁸⁵ O.a. GwH 24 april 2008, nr. 72/2008, B.6.

Grondwettelijk Hof geen enkele opening lijken te laten,²⁸⁶ blijkt uit het vervolg van de rechtspraak dat een delegatie van die essentiële elementen toch grondwettig kan worden bevonden indien aan de volgende voorwaarden is voldaan: (1) er moet een uitdrukkelijke en ondubbelzinnige machtiging bestaan, (2) de noodzaak om te delegeren moet vaststaan, (3) bekrachtiging moet volgen binnen een relatief korte termijn, vastgesteld in de machtigingswet en (4) er moet zijn bepaald dat een niet bekrachtigd besluit wordt geacht geen uitwerking te hebben gehad.²⁸⁷ De voorwaarden die het Grondwettelijk Hof stelt, zo wordt gezegd in de rechtsleer, strekken ertoe om de toekenning van machten aan de regering te compenseren door het controlerecht van de wetgever te versterken en zijn uiteindelijke beslissingsmacht te verzekeren.²⁸⁸

99. Het Hof formuleert die voorwaarden voor het eerst ten aanzien van bijzondere machtenwetten, maar past ze daarna ook toe op ruime delegaties in beperkte domeinen en zelfs op beperkte delegaties in beperkte domeinen.²⁸⁹ Er is derhalve sprake van een sluipende verstrenging van de rechtspraak. Hoewel die verstrenging niet in verband wordt gebracht met de bevoegdheidsuitbreiding van het Hof,²⁹⁰ met name de rechtstreekse toetsing aan de artikelen 170 en 172 van de Grondwet (*supra* nr. 40), valt het toch op dat de strenge houding ten aanzien van beperkte delegaties van na die wetswijziging dateert.²⁹¹

100. Delegatie van niet-essentiële elementen van een belasting is in beginsel grondwettig.²⁹² De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof verschaft weinig inzicht in wat daartoe kan worden gerekend.²⁹³ De betrokken arresten beperken zich doorgaans tot de vaststelling dat de delegatie betrekking heeft op de nadere uitwerking van door de wetgever bepaalde essentiële aspecten. Uit de rechtsleer blijkt dat de Koning kan worden gemachtigd “minder belangrijke regelen uit te vaardigen die niet van dien aard zijn dat zij een terugslag hebben op de schuld van de belastingplichtige, als daar zijn: de wijze van aangifte van de belastbare inkomsten, de kennisgeving van de aanslagen, de maatregelen inzake controle en inning”.²⁹⁴

²⁸⁶ GwH 13 september 1995, nr. 64/95, B.14; GwH 17 april 1997, nr. 21/97, B.5.2.

²⁸⁷ Zie meer uitvoerig J. THEUNIS, “Het fiscaal legaliteitsbeginsel. Een stand van zaken na 10 jaar rechtspraak van het Arbitragehof”, *TFR* 2006, 79-96.

²⁸⁸ P. POPELIER, *De wet juridisch bekeken*, Brugge, die Keure, 2004, 320.

²⁸⁹ Zie ook A. ALEN, “Twintig jaar grondwettigheidstoezicht op wetgevende normen. Krachtlijnen van de rechtspraak van het Arbitragehof van 1985 tot en met 2004”, *TBP* 2005, 218 : “M.b.t. wetgevende delegaties in fiscale zaken moet nog worden opgemerkt dat het Arbitragehof voor de grondwettigheid ervan recent geen onderscheid meer maakt tussen ‘bijzondere machtenwetten’ en andere opdrachtwetten”.

²⁹⁰ Volgens Peeters leidt de rechtstreekse toetsing aan de artikelen 170 en 172 van de Grondwet niet tot een strikter toezicht door het Hof, P. PEETERS, “De rechtstreekse toetsing door het Arbitragehof aan het fiscaal legaliteitsbeginsel na de Bijzondere Wet van 9 maart 2003”, *AFT* 2005, nr. 10, p. 14-15.

²⁹¹ Zie GwH 1 december 2004, nr. 195/2004, B.16.1-B.16.5; GwH 16 maart 2005, nr. 57/2005, B.8.1-B.10.

²⁹² RvS 30 mei 2005, nr. 145.138, nv Elsevier Training.

²⁹³ Bv. GwH 30 maart 2010, nr. 32/2010, B.11.2: artikel 170, § 1, van de Grondwet verbiedt de wetgever niet een privaatrechtelijke persoon te machtigen om ten bate van de Schatkist een belasting in te vorderen.

²⁹⁴ A. ALEN en B. SEUTIN, “De fiscale bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten”, *TBP* 1989, 272. Zie ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, deel 2, Mechelen, Kluwer, 2004, 650.

b. *Vereiste van nauwkeurigheid en voorzienbaarheid*

101. Ook inzake fiscaliteit geldt het vereiste van nauwkeurigheid en voorzienbaarheid dat in het wettigheidsbeginsel is vervat: de wetgever mag niet op onevenredige wijze afbreuk doen aan het beginsel volgens hetwelk iedere belastingplichtige met een minimaal niveau van voorzienbaarheid het belastingstelsel moet kunnen bepalen dat op hem zal worden toegepast.²⁹⁵ Meer bepaald vereist het in artikel 170, § 1, van de Grondwet gewaarborgde fiscale wettigheidsbeginsel dat de belastingwet nauwkeurige, ondubbelzinnige en duidelijke criteria bevat aan de hand waarvan kan worden uitgemaakt wie belastingplichtig is en voor welk bedrag.²⁹⁶

Wat de eenmalige bijdrage ten laste van gasector betreft,²⁹⁷ die het Hof als een belasting kwalificeert,²⁹⁸ heeft het Grondwettelijk Hof bijvoorbeeld vastgesteld dat de betrokken bepalingen, gelezen in het licht van de parlementaire voorbereiding, duidelijk ervan doen blijken dat meerdere ondernemingen als belastingplichtig moeten worden beschouwd, maar dat zij geen criteria bevatten aan de hand waarvan het door elke belastingplichtige verschuldigde bedrag kan worden bepaald (enkel het totale bedrag van de door de wetgever beoogde opbrengst van de belasting werd vastgelegd).²⁹⁹ Wat enkele andere belastingen betreft, met name de heffing op het niet-benutten van sites voor elektriciteitsproductie,³⁰⁰ de belasting op het aan een terugnameplicht onderworpen afval,³⁰¹ de heffing op het meeverbranden van afvalstoffen³⁰² en de bijdrage ten laste van de kernexploitanten³⁰³ stelt het Hof daarentegen vast dat de essentiële elementen van de belasting voldoende precies zijn gedefinieerd voor degenen die aan de betrokken belastingen worden onderworpen.³⁰⁴

c. *Verbod van terugwerkende kracht*

102. Wat het verbod van terugwerkende kracht in het belastingrecht betreft, hanteert het Grondwettelijk Hof in essentie dezelfde beginselen als in andere aangelegenheden (*infra* nr. 109). Wat wel een verschil kan uitmaken met andere aangelegenheden is dat een

²⁹⁵ GwH 27 mei 2008, nr. 86/2008, B.9.2.

²⁹⁶ GwH 13 maart 2008, nr. 54/2008, B.12; GwH 30 maart 2010, nr. 32/2010, B.10.2.

²⁹⁷ Artikelen 68 tot 71 van de wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (I).

²⁹⁸ GwH 13 maart 2008, nr. 54/2008, B.10 (de omstandigheid dat aan het invoeren van de belasting onderhandelingen met vertegenwoordigers van de sector zijn voorafgegaan, doet daaraan geen afbreuk).

²⁹⁹ GwH 13 maart 2008, nr. 54/2008, B.15.

³⁰⁰ Wet van 8 december 2006 tot vaststelling van een heffing ter bestrijding van het niet benutten van een site voor de productie van elektriciteit door een producent.

³⁰¹ Artikelen 22 tot 26 van het decreet van het Waalse Gewest tot bevordering van afvalpreventie en -valorisatie in het Waalse Gewest.

³⁰² Artikel 48, § 2, 15°, van het decreet van het Vlaamse Gewest van 2 juli 1981 betreffende de voorkoming en het beheer van afvalstoffen, zoals ingevoegd bij artikel 46 van het Vlaamse decreet van 22 december 2006 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2007.

³⁰³ Artikel 14, § 8, van de wet van 11 april 2003 betreffende de voorzieningen aangelegd voor de ontmanteling van de kerncentrales en voor het beheer van splijtstoffen bestraald in deze kerncentrales, zoals ingevoegd bij artikel 65 van de programmawet van 22 december 2008.

³⁰⁴ GwH 24 april 2008, nr. 72/2008, B.2.1-B.7.8; GwH 17 juli 2008, nr. 106/2008, B.9-B.15; GwH 1 september 2008, nr. 121/2008, B.23-B.27.4; GwH 30 maart 2010, nr. 32/2010, B.10.2-B.10.3.

fiscaalrechtelijke regel slechts als retroactief wordt gekwalificeerd wanneer hij van toepassing is op feiten, handelingen en toestanden die definitief waren voltrokken op het ogenblik dat hij in werking is getreden.³⁰⁵ Inzake de inkomstenbelastingen bijvoorbeeld ontstaat de belastingschuld pas definitief op het einde van de belastbare periode waarin de inkomsten verworven zijn die de belastingbasis uitmaken. Een wet die vóór het einde van die periode wordt bekendgemaakt en die op de eerste dag van die periode in werking treedt, heeft derhalve geen terugwerkende kracht.³⁰⁶

103. In een arrest van 10 mei 2006 bevestigde het Grondwettelijk Hof zijn afkeurende rechtspraak inzake het zogenaamde “aankondigingseffect”.³⁰⁷ In twee berichten aan de belastingplichtigen, bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 3 en 22 april 1992, werden fiscale maatregelen aangekondigd die uiteindelijk op 28 juli 1992 werden afgekondigd, op 31 juli 1992 werden bekendgemaakt, op 10 augustus 1992 in werking traden en van toepassing waren op vanaf 27 maart 1992 betaalde of toegekende interest. Dergelijke berichten kunnen niet volstaan om de terugwerkende kracht van een wetsbepaling te verantwoorden. De belastingplichtige vennootschap zou zonder wettelijke grondslag hebben gehandeld indien zij louter op grond van een dergelijk bericht de op die interest in te houden roerende voorheffing zou hebben berekend. Ook al kan de bekommernis om bepaalde praktijken te bestrijden de wetgever ertoe brengen een maatregel te nemen die zonder uitstel wordt toegepast, toch volstaat zij naar het oordeel van het Grondwettelijk Hof niet om de terugwerkende kracht ervan te verantwoorden.³⁰⁸

104. Het EVRM biedt minder bescherming in fiscale zaken. Zoals bekend vallen volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens fiscale geschillen buiten het burgerlijke luik van artikel 6.1 van het EVRM (*infra* nr. 489),³⁰⁹ zodat de waarborgen van die bepaling en ook het verbod van retroactiviteit enkel spelen in fiscale strafzaken (*supra* nr. 87).³¹⁰ Anderzijds verbiedt ook artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM als zodanig niet de retroactieve

³⁰⁵ GwH 23 juni 2004, nr. 109/2004, B.10; GwH 23 juni 2004, nr. 110/2004, B.4; GwH 23 juni 2004, nr. 111/2004, B.10; GwH 26 april 2006, nr. 58/2006, B.8.2; GwH 10 mei 2006, nr. 72/2006, B.6.3; GwH 30 maart 2010, nr. 32/2010, B.12.2.

³⁰⁶ GwH 16 november 2000, nr. 115/2000, B.7.1-B.7.2; Cass. 14 maart 2008, F.07.0067.F, *Arr.Cass.* 2008, 751, nr. 184; GwH 26 november 2009, nr. 186/2009, B.9.2.2.

³⁰⁷ Zie reeds GwH 23 juni 2004, nrs. 109, 110 en 111/2004, resp. B.18, B.9 en B.19. Zie J. THEUNIS, “Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Arbitragehof (2004)”, *TvW* 2005, 158-160; J. KIRKPATRICK, “La non retroactivité de la loi en matière d’impôts sur les revenus et la sécurité juridique depuis l’arrêt de la Cour d’arbitrage n° 109/2004”, in *Liber Amicorum J. Malherbe*, Brussel, Bruylant, 2006, 653-669.

³⁰⁸ GwH 10 mei 2006, nr. 72/2006, B.10-B.12. Vgl. de rechtspraak van het Hof van Justitie (*infra* nr. 135).

³⁰⁹ EHRM (Grote kamer) 12 juli 2001, Ferrazzini t. Italië, § 29; GwH 2 juni 2010, nr. 66/2010, B.2.3. De toepasselijkheid van artikel 14.1 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (dat soortgelijke waarborgen biedt als artikel 6.1 van het EVRM) laat het Grondwettelijk Hof in het laatstgenoemde arrest in het midden. Het Hof van Cassatie wijst die toepasselijkheid af, “tenzij een rechtspleging in belastingzaken leidt of kan leiden tot een naar aanleiding van een strafvordering uitgesproken straf in de zin van die bepaling”, Cass. 21 februari 2003, F.01.0014.N, *Arr.Cass.* 2003, 473, nr. 126.

³¹⁰ Alleen voor geschillen betreffende de terugvordering van teveel betaalde belastingen zou de Ferrazzini-rechtspraak niet gelden, zie W. VERRIJDT, “Artikel 6, § 1 van het EVRM en het belastingrecht”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 35, die ook vaststelt dat de voormelde rechtspraak in de rechtsleer zwaar wordt bekritiseerd (en waarbij de auteur zich overigens volmondig aansluit, 36-37).

toepassing van de belastingwet, zij het dat een dergelijke toepassing in bepaalde gevallen een buitensporige last kan betekenen waardoor de laatstgenoemde bepaling toch wordt geschonden (*infra* nrs. 144 en 431).³¹¹

d. Evenredigheid van de belastingen

105. Artikel 1, eerste lid, van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM, waarborgt het recht op ongestoord genot van de eigendom. Luidens het tweede lid van die bepaling behouden de verdragsstaten het recht om de wetten toe te passen die zij noodzakelijk achten om de betaling van belastingen en boeten te verzekeren. Een belasting vormt in beginsel een inmenging in het recht op het ongestoord genot van de eigendom.³¹²

Die inmenging is enkel verenigbaar met dat recht indien ze een redelijk verband van evenredigheid heeft tot het nagestreefde doel, dit wil zeggen indien ze het billijke evenwicht tussen de vereisten van het algemeen belang en die van de bescherming van dat recht niet verbreekt. Hoewel de fiscale wetgever over een ruime beoordelingsmarge beschikt, schendt een belasting bijgevolg dat recht, indien ze op de belastingplichtige een buitengewone last doet wegen of fundamenteel afbreuk doet aan zijn financiële situatie.³¹³

Met toepassing van de voormelde beginselen heeft het Grondwettelijk Hof een heffingspercentage inzake successierechten van meer dan 80 procent buitensporig bevonden.³¹⁴

e. Verbod van analogische interpretatie

106. In een arrest van 10 november 1997 heeft het Hof van Cassatie het beginsel erkend volgens hetwelk de belastingwet strikt moet worden uitgelegd.³¹⁵ Zoals in het strafrecht (*supra* nr. 94) houdt dat beginsel ook in het fiscaal recht een verbod van analogische interpretatie in. De analogische wetstoepassing wordt onverenigbaar geacht met het fiscale wettigheidsbeginsel.

³¹¹ EHRM 16 maart 2010, Di Belmonte t. Italië, §§ 42-47.

³¹² GwH 30 maart 2010, nr. 32/2010, B.13.2.2.

³¹³ GwH 30 maart 2010, nr. 32/2010, B.13.2.2, met verwijzing naar EHRM 31 januari 2006, Dukmedjian t. Frankrijk, §§ 52-54 en EHRM (beslissing) 15 december 2009, Tardieu de Maleissye e.a. t. Frankrijk. Ook eerder werden reeds belastingen en geldboeten aan het evenredigheidsbeginsel onderworpen, zie EHRM 23 februari 1995, Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH t. Nederland en EHRM 5 juli 2001, Phillips t. Verenigd Koninkrijk. In beide gevallen ging het om een maatregel van confiscatie (in het eerste geval als een belastingmaatregel beschouwd, in het tweede geval als een boete).

³¹⁴ GwH 22 juni 2005, nr. 107/2005, B.15.2-B.15.7.

³¹⁵ Cass. 10 november 1997, F.97.0049.F. Volgens de samenvatting op de website van het Hof (en in *Arr.Cass.* 1997, 1106, nr. 464) houdt dat de erkenning in van een algemeen rechtsbeginsel, terwijl hetzelfde beginsel (en hetzelfde arrest) later in een jaarverslag onder de "Regels die niet zijn erkend als algemene rechtbeginselen" wordt gerangschikt (*Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003*, 126).

Ook hier is het in wezen de *analogia in malam partem* die moet worden geweerd en geldt, meer in het algemeen, als vuistregel *in dubio contra fiscum*.³¹⁶

Afdeling 4 – Het rechtszekerheidsbeginsel

107. De *rule of law* (of het beginsel van de rechtsstaat) vindt een belangrijke juridische vertaling in het wettigheidsbeginsel, maar zij omvat meer dan dat. Een ander fundamenteel aspect van de *rule of law* is het rechtszekerheidsbeginsel.³¹⁷ Zoals de wettigheid is de rechtszekerheid een grondbeginsel van de democratische samenleving.³¹⁸

Traest betoogt dat “in het rechtsgevoel van de hedendaagse burger de rechtszekerheid en het legaliteitsbeginsel zich met elkaar vermengen, meer nog, dat het legaliteitsbeginsel virtueel besloten ligt in de eis van rechtszekerheid”.³¹⁹ Dat rechtsgevoel is niet zonder grond: als de overheid naar believen van de wet zou (mogen) afwijken, is de rechtszekerheid ver te zoeken. Beide voormelde beginselen mengen zich op dat punt ook met het gelijkheidsbeginsel (althans de formele kant daarvan): gelijkheid voor de wet, of de verplichting voor de overheid om de rechtsregels gelijkelijk op alle burgers toe te passen, is niets anders dan een variant van het wettigheidsbeginsel (*infra* nr. 125). Tezelfdertijd biedt de gelijke toepassing van de wet een aanzienlijke bijdrage tot de rechtszekerheid, in de zin dat iedereen gerust kan zijn dat niemand aan de toepassing van de wet zal (mogen) ontsnappen. Die vermenging der voormelde beginselen komt tot uitdrukking in een arrest van het Hof van Cassatie van 3 november 2000, waarin het vaststelt dat het wettigheidsbeginsel van artikel 170 van de Grondwet (*supra* nr. 97) “de rechtszekerheid en gelijkheid verzekert ten bate van alle belastingplichtigen”.³²⁰

108. De verwevenheid van het wettigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel is reeds gebleken uit de beschrijving van het wettigheidsbeginsel in strafzaken en inzake belastingen, die aan het licht heeft gebracht dat het zwaartepunt van het wettigheidsbeginsel verschuift van de formele naar de materiële component, met andere woorden van het delegatieverbod naar het voorzienbaarheidsvereiste en dus in de richting van het rechtszekerheidsbeginsel (*supra* nrs. 57-106).

³¹⁶ S. VAN CROMBRUGGE, “De invoering van het leerstuk van *fraus legis* of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht”, *TRV* 1993, 272; D. DE GROOT, “Over de invoering en het belang van het grondwettelijke legaliteitsbeginsel in fiscale aangelegenheden”, *TFR* 2009, 344.

³¹⁷ O.a. EHRM (Grote kamer) *Brumarescu t. Roemenië*, 28 oktober 1999, § 61; EHRM 18 november 2004, *Pravednaya t. Rusland*, § 24; EHRM 1 juli 2010, *Vusic t. Kroatië*, § 44.

³¹⁸ RvS 24 november 1992, nr. 41.140, *Lejeune*; RvS, afd. wetgeving, advies 47.353/1/3 van 29 oktober 2009 over een voorontwerp van decreet “houdende bepalingen tot begeleiding van de derde aanpassing van de begroting 2009”, *Parl.St.* VI.Parl. 2009-10, nr. 233/1, 54. Rechtszekerheid wordt zelfs de bestaansreden van het recht genoemd (M. FROMONT, “Le principe de sécurité juridique”, *AJDA* 1996, numéro spécial annuel, 178), terwijl (of misschien juist doordat) onzekerheid in wezen inherent is aan de rechtsorde (P. POPELIER, “Rechtsbescherming tegen rechtsonzekere regeleving”, *TvW* 1999, 2). Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens beschouwt een situatie die de rechtszekerheid ernstig in het gedrang brengt als onverenigbaar met de *rule of law*, zie EHRM 1 april 2010, *Vrbica t. Kroatië*, § 55.

³¹⁹ P. TRAEEST, “Rechts(on)zekerheid in materieel en formeel strafrecht en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel”, *RW* 1993-94, 1195.

³²⁰ Cass. 3 november 2000, F.98.0072.N, *Arr.Cass.* 2000, 1710, nr. 596, concl. D. THUIS.

Hierna wordt onderzocht wat dat rechtszekerheidsbeginsel precies inhoudt, vertrekkend van het vereiste van voorzienbaarheid en vervolgens verder opschuivend naar het vertrouwensbeginsel. In weerwil van wat het opschrift van deze afdeling kan doen verhopend, volgt hier geen uitputtende beschrijving van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Dat zou het onderwerp van dit proefschrift ver overstijgen. Het opzet is enkel, aan de hand van de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges, de opmars van die beginselen te schetsen en de positie te achterhalen die zij ten overstaan van het wettigheidsbeginsel zijn gaan innemen. Wat meer bepaald aan het licht moet worden gebracht, is of het rechtszekerheidsbeginsel meer is dan een afgeleide van het wettigheidsbeginsel en als volwaardig (grondwettelijk) beginsel een matigende werking kan (en moet) hebben op het wettigheidsbeginsel.

§ 1. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof³²¹

a. Het rechtszekerheidsbeginsel

109. De rechtszekerheid werd reeds vroeg in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof als grondbeginsel erkend, meer bepaald in de zogenaamde loodsen-zaken van 1990,³²² waarin de fundamentele zijn gelegd voor de rechtspraak van het Hof inzake overgangsrecht en retroactieve wetgeving.³²³ Volgens dat grondbeginsel van de rechtszekerheid moet de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk zijn, zodat de rechtzoekende in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien op het tijdstip dat die handeling wordt verricht.³²⁴

Het rechtszekerheidsbeginsel is inmiddels stevig verankerd in het grondwettelijk recht. Hielden sommigen naar aanleiding van de vroege rechtspraak van het Grondwettelijk Hof nog vol dat het beginsel geen grondwettelijke waarde toekwam,³²⁵ dan wordt dat nu door niemand nog betwist.

Naast het rechtszekerheidsbeginsel worden ook het vertrouwensbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht regelmatig aangevoerd voor het Grondwettelijk Hof, in samenhang met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (*infra* nr. 294). Het vertrouwensbeginsel kan als een onderdeel van het rechtszekerheidsbeginsel worden beschouwd, terwijl het verbod van retroactieve regelgeving daarvan een andere component is. De rechtspraak inzake het vertrouwensbeginsel (*infra* nrs. 118-121) heeft zich, zoals de rechtspraak inzake retroactieve

³²¹ Voor meer verwijzingen, zie mijn (twee)jaarlijkse kroniek "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", in *TvW* (vanaf jaargang 2001, *supra* vn. 93).

³²² GwH 5 juli 1990, nr. 25/90, 8.B.7.2; GwH 22 november 1990, nr. 36/90, 2. Zie L.P. SUETENS, "De retroactiviteit van wetten, decreten en ordonnanties", *TFR* 1993, 221 en in *Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare*, Brugge, die Keure, 1997, 167-168.

³²³ Ondanks het feit dat de concrete toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel in de loodsenzaken door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens later werd afgekeurd, zie EHRM 20 november 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. e.a. t. België*.

³²⁴ GwH 5 juli 1990, nr. 25/90, 8.B.7.2. Zie ook GwH 11 februari 1993, nr. 10/93, B.9.3, tweede alinea: "Volgens het grondbeginsel van de rechtszekerheid kan de wetgever niet zonder objectieve en redelijke verantwoording afbreuk doen aan het belang van de rechtsonderhorigen om in staat te zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen te voorzien."

³²⁵ Bv. H. SIMONART en J. SALMON, "Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage", *JT* 1994, 198.

wetgeving (*infra* nr. 110), in feite geënt op de rechtspraak van het Hof inzake wetwijzigingen (*infra* nrs. 111-113) en overgangsbepalingen (*infra* nrs. 114-117).

110. De rechtszekerheid komt vooral in het gedrang wanneer een wetgevende norm terugwerkt in de tijd. Voor het Grondwettelijk Hof wordt dan doorgaans een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet aangevoerd, in samenhang gelezen met het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van retroactiviteit.³²⁶

Volgens een vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kan de terugwerkende kracht enkel worden verantwoord wanneer zij onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang. Indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht tot doel³²⁷ heeft de afloop van één of meer gerechtelijke procedures in een bepaalde zin te beïnvloeden of de rechtscolleges te verhinderen zich uit te spreken over een rechtsvraag, vergt de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang een verantwoording bieden voor het optreden van de wetgever, dat ten nadele van een categorie van burgers inbreuk maakt op de jurisdictionele waarborgen die aan allen worden geboden.³²⁸

In strafzaken moet de wetgever een nog grotere behoedzaamheid aan de dag leggen. Meer bepaald dient hij rekening te houden met artikel 7.1 van het EVRM en artikel 15.1 van het IVBPR (*supra* nr. 87).

111. Ook een wet met onmiddellijke werking kan het vertrouwen schenden, bijvoorbeeld omdat ze plannen in de war stuurt waarin reeds aanzienlijk is geïnvesteerd, maar die nog niet volledig zijn afgewikkeld.³²⁹ Een wet met onmiddellijke werking laat weliswaar de reeds verwezenlijkte rechtsgevolgen van eerder voorgevallen feiten onberoerd, maar is wel onmiddellijk van toepassing op de rechtsgevolgen van dergelijke feiten die zich voordoen na de uitvaardiging van de wet.³³⁰

Voor het Grondwettelijk Hof kan dan een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet worden aangevoerd. In de meeste gevallen gebeurt dat niet uitdrukkelijk in samenhang met het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, maar louter op grond van vergelijkingen die worden gemaakt tussen categorieën van personen die onder de vorige dan wel onder de nieuwe wet vallen of tussen categorieën van personen die al dan niet een overgangsregeling genieten. Ook hieromtrent heeft het Hof een min of meer vaste rechtspraak ontwikkeld, al is die minder homogeen dan inzake het verbod van retroactiviteit.

112. Het uitgangspunt van die rechtspraak inzake wetwijzigingen, reeds terug te vinden in de voormelde loodsen-zaken (*supra* nr. 108), is dat elke wet, ongeacht of zij retroactief is, door het

³²⁶ Bv. GwH 17 oktober 2007, nr. 129/2007, A.1.4.2 en B.8.

³²⁷ Aanvankelijk "tot gevolg" (zie *infra* nr. 434), bv. GwH 19 april 2006, nr. 55/2006, B.6.

³²⁸ Bv. GwH 26 november 2009, nr. 186/2009, B.9.1; GwH 4 februari 2010, nr. 7/2010, B.10.1.

³²⁹ P. POPELIER, *De wet juridisch bekeken*, Brugge, die Keure, 2004, 53.

³³⁰ W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: I. Algemeen deel*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 62.

bepalen van het tijdstip waarop ze uitwerking heeft,³³¹ een onderscheid invoert tussen rechtsverhoudingen die onder de toepassing van de wet vallen en rechtsverhoudingen die er niet onder vallen, maar dat dit onderscheid op zich geen schending inhoudt van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet,³³² aangezien het inherent is aan een nieuwe regeling.³³³

Een wetgevende bepaling is dus niet discriminerend om de enkele reden dat zij wordt vervangen door een nieuwe regel. Het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie verzet er zich niet tegen dat de wetgever terugkomt op zijn oorspronkelijke doelstellingen om er andere na te streven. In het algemeen trouwens moet de overheid haar beleid kunnen aanpassen aan de wisselende vereisten van het algemeen belang.³³⁴ Elke wetswijziging zou immers onmogelijk worden indien zou worden aangenomen dat een nieuwe bepaling de voormelde grondwetsartikelen zou schenden om de enkele reden dat zij de toepassingsvoorwaarden van de vroegere wetgeving wijzigt, om de enkele reden dat zij de berekeningen in de war zou sturen van diegenen die op de vroegere situatie zijn voortgegaan of om de enkele reden dat zij de verwachtingen van een partij in een rechtsgeding zou dwarsbomen.³³⁵ Het feit dat een wet inmiddels is gewijzigd impliceert ook op zichzelf niet dat de vroegere wet in strijd zou zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.³³⁶

113. Het voormelde uitgangspunt, namelijk dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet nopen tot een vergelijking van de situatie van twee verschillende categorieën van personen en niet van de situatie van eenzelfde categorie van personen onder de gelding van de vroegere en de nieuwe wetgeving, is niet absoluut. Meer bepaald geldt het niet in de twee volgende gevallen.

In de eerste plaats geldt het uitgangspunt niet wanneer, al dan niet in samenhang met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, een schending van het *standstill*-effect van artikel 23 van de Grondwet wordt aangevoerd. Dat effect verbiedt in beginsel, wat bepaalde grondrechten betreft (bv. het recht op maatschappelijke dienstverlening betreft en het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu),³³⁷ het bestaande beschermingsniveau aanzienlijk te verminderen. Hieruit vloeit logischerwijze voort dat, om over de eventuele schending door een wettelijke norm van het *standstill*-effect van artikel 23 van de Grondwet te oordelen, het Grondwettelijk Hof de situatie van de adressaten van die norm moet vergelijken met hun situatie onder de gelding van de vroegere wetgeving. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn geschonden wanneer vaststaat dat de in het geding zijnde norm op aanzienlijke wijze de

³³¹ Hoewel de keuze van een datum op zich als een objectief criterium kan worden beschouwd, gaat het Hof na of het verschil in behandeling dat daaruit voortvloeit redelijk verantwoord is, bv. GwH 19 december 2007, nr. 154/2007, B.67.2.

³³² GwH 5 juli 1990, nr. 25/90, 9.B.2; GwH 22 november 1990, nr. 36/90, 4.

³³³ Bv. GwH 14 november 2007, nr. 139/2007, B.13.

³³⁴ Bv. GwH 19 december 2007, nr. 160/2007, B.9. Ook een arrest van het Grondwettelijk Hof en de motivering ervan hebben in principe niet tot gevolg dat de wetgever zijn beleid niet mag wijzigen: GwH 13 maart 2008, nr. 53/2008, B.12.2.

³³⁵ Bv. GwH 16 juli 2009, nr. 121/2009, B.6.2.

³³⁶ Bv. GwH 19 december 2007, nr. 160/2007, B.9; GwH 31 juli 2008, nr. 109/2008, B.7.

³³⁷ Wat het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu betreft, zie J. THEUNIS, "Het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu. Even stilstaan bij de standstill", in *Feestbundel milieurecht*, Milieurechtstandpunten nr. 20, Brugge, die Keure, 2005, 87-90.

bescherming vermindert van de rechten die artikel 23 ten aanzien van een categorie van personen waarborgt, ten opzichte van de andere categorieën van personen die geen dergelijke aantasting van het *standstill*-effect van artikel 23 moeten ondergaan.³³⁸

Evenmin geldt het voormelde uitgangspunt wanneer in samenhang met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet een schending van artikel 7.1 van het EVRM en van artikel 15.1 van het IVBPR wordt aangevoerd. Die bepalingen verbieden de rechter iemand te veroordelen wegens een handelen of nalaten dat geen strafbaar feit uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde en een zwaardere straf op te leggen dan die welke ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was (*supra* nr. 60). De artikelen 10 en 11 van de Grondwet zouden bijvoorbeeld zijn geschonden, zo oordeelt het Grondwettelijk Hof in de arresten nrs. 157/2007 en 46/2008, wanneer zou vaststaan dat de ambtshalve veroordeling, op grond van artikel 35 van de wet van 27 juni 1969³³⁹ (zoals vervangen bij artikel 84 van de programmawet van 27 december 2005), tot betaling van de bijdragen, bijdrageopslagen en verwijlinteressen die niet werden gestort, ondanks het ogenschijnlijk burgerrechtelijk karakter ervan, in werkelijkheid een strafmaatregel is en dat die bepalingen ook van toepassing zijn op feiten die vóór de inwerkingtreding van de programmawet van 27 december 2005 werden begaan.³⁴⁰

114. Het uitgangspunt van de rechtspraak inzake wetswijzigingen heeft als gevolg dat het in beginsel ook aan de wetgever toekomt te beoordelen of een wetswijziging gepaard moet gaan met overgangsmaatregelen.³⁴¹ Indien de wetgever een beleidswijziging dringend noodzakelijk acht, vermag hij te oordelen dat die beleidswijziging met onmiddellijke ingang moet worden doorgevoerd en is hij in beginsel niet verplicht in een overgangsregeling te voorzien.³⁴² Ook de omstandigheid dat een vroegere regeling in een overgangsmaatregel voorzag, verplicht de decreetgever in beginsel niet om in een nieuwe regeling eveneens in een dergelijke maatregel te voorzien. Dit geldt des te meer indien die maatregel in substantiële mate afbreuk zou doen aan de met de nieuwe regeling nagestreefde doelstellingen.³⁴³

115. In de meeste gevallen volstaat hetgeen voorafgaat als verantwoording voor het verschil in behandeling dat een wetswijziging teweegbrengt. Soms is de verantwoording nog korter en beperkt het Grondwettelijk Hof zich tot de vaststelling dat de situaties niet vergelijkbaar zijn.³⁴⁴

In een aantal gevallen echter, met name wanneer uitdrukkelijk wordt gewezen op het gewekte vertrouwen, gaat het Hof verder in de analyse en dan blijkt dat de vrijheid van de wetgever om zomaar van beleid te veranderen niet absoluut is.

³³⁸ GwH 14 januari 2004, nr. 5/2004, B.25.3; GwH 28 juli 2006, nr. 123/2006, B.14.3.

³³⁹ De wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders.

³⁴⁰ GwH 19 december 2007, nr. 157/2007, B.4; GwH 4 maart 2008, nr. 46/2008, B.6. Zie ook GwH 17 maart 2010, nr. 27/2010, B.8.1-B.8.5.

³⁴¹ Bv. GwH 28 maart 2007, nr. 54/2007, B.7.

³⁴² Bv. GwH 14 november 2007, nr. 139/2007, B.12.

³⁴³ GwH 14 november 2007, nr. 139/2007, B.14.1.

³⁴⁴ Bv. GwH 12 januari 2005, nr. 5/2005, B.3; GwH 1 maart 2006, nr. 31/2006, B.4; GwH 13 maart 2008, nr. 52/2008, B.5.

116. Een eerste beperking bestaat erin dat, wanneer de wetgever in een overgangsregeling voorziet, hij daarbij geen discriminerende regeling mag invoeren.³⁴⁵ Overgangsmaatregelen moeten immers reglementeren bij algemene bepaling en gebaseerd zijn op objectieve en pertinente criteria die verantwoorden waarom sommige personen tijdelijk maatregelen genieten die afwijken van de regeling die door de nieuwe norm is vastgesteld.³⁴⁶

Een toepassing van deze beperking is te vinden in het arrest nr. 132/2007 waarin het Grondwettelijk Hof tot een discriminatie besluit omdat het decreet van de Franse Gemeenschap van 2 februari 2007 tot vaststelling van het statuut van directeurs voor de categorie van directeurs waartoe de verzoekende partij behoort niet in een overgangsmaatregel heeft voorzien terwijl dat voor andere directeurs wel het geval was.³⁴⁷

Een overgangsmaatregel voor een bepaalde categorie van personen kan echter pertinent zijn, zo blijkt uit andere arresten, wanneer de doelstelling erin bestaat bepaalde verwachtingen niet te vrijdelen, zonder afbreuk te doen aan de nagestreefde doelstelling.³⁴⁸ Het vertrouwensbeginsel speelt dan een rol in de verantwoording van het verschil in behandeling: de wetgever *mag* rekening houden met het gewekte vertrouwen.

117. Was de eerste beperking een toepassing van het gelijkheidsbeginsel, dan vloeit de hierna besproken tweede beperking rechtstreeks voort uit het vertrouwensbeginsel: in bepaalde gevallen *moet* de wetgever bij een wetswijziging rekening houden met het gewekte vertrouwen of de legitieme verwachtingen die hij bij de rechtsonderhorigen heeft doen ontstaan.

b. Het vertrouwensbeginsel

118. In het bestuursrecht geldt het vertrouwensbeginsel als een beginsel van behoorlijk bestuur, dat de overheid ertoe verplicht haar individuele beslissingen te nemen in overeenstemming met haar beleidslijnen, een administratieve praktijk of eerder gedane toezeggingen en beloften³⁴⁹ en dat aldus beoogt te vermijden dat de rechtmatige verwachtingen die de burger uit het bestuursoptreden put, worden miskend (*infra* nr. 125).³⁵⁰ Het is naar dat beginsel van behoorlijk bestuur dat het Grondwettelijk Hof in het arrest nr. 74/2007 verwijst, wanneer het oordeelt dat de

³⁴⁵ Bv. GwH 26 april 2007, nr. 71/2007, B.7.3; GwH 18 december 2008, nr. 188/2008, B.11.3.

³⁴⁶ GwH 28 maart 2007, nr. 54/2007, B.7.

³⁴⁷ GwH 17 oktober 2007, nr. 132/2007, B.8.2; zie ook reeds, m.b.t. de vordering tot schorsing in dezelfde zaak, GwH 19 juli 2007, nr. 106/2007, B.5.6.

³⁴⁸ GwH 6 mei 1997, nr. 26/97, B.6; GwH 20 september 2001, nr. 109/2001, B.10.2; GwH 28 maart 2007, nr. 54/2007, B.10.

³⁴⁹ P. POPELIER, *De wet juridisch bekeken*, Brugge, die Keure, 2004, 52. Zie daarover inzonderheid M. VAN DAMME en A. WIRTGEN "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 315-362.

³⁵⁰ RvS 22 maart 2004, nr. 129.541, vzw Vlaams Centrum voor Levensvorming.

vraag of de fiscale administratie het vertrouwensbeginsel heeft geschonden, door de verwijzende rechter zelf dient te worden beoordeeld.³⁵¹

Bij de beoordeling van wetgevende normen wordt het vertrouwensbeginsel vooral aangevoerd ten aanzien van de werking van de wetgevende norm in de tijd. De wijziging van een wet kan immers eerder aangevangen projecten in de war sturen, omdat de positieve rechtsgevolgen die in het vooruitzicht werden gesteld, zijn opgeheven of zelfs vervangen door negatieve rechtsgevolgen.³⁵² Het vertrouwensbeginsel geldt hier niet als een beginsel van behoorlijk bestuur maar als een beginsel van behoorlijke wetgeving.

119. Het vertrouwensbeginsel, als (grondwettelijk) beginsel van behoorlijke wetgeving, heeft sedert 2008, meer bepaald sedert het arrest nr. 67/2008, een vaste plaats verworven in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.³⁵³

Indien de wetgever een beleidswijziging noodzakelijk acht, zo oordeelt het Hof, vermag hij te oordelen dat die beleidswijziging met onmiddellijke ingang moet worden doorgevoerd en is hij in beginsel niet ertoe gehouden in een overgangsregeling te voorzien. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn slechts geschonden indien de overgangsregeling of de afwezigheid daarvan tot een verschil in behandeling leidt waarvoor geen redelijke verantwoording bestaat of indien aan het vertrouwensbeginsel op buitensporige wijze afbreuk wordt gedaan. Dat laatste is het geval wanneer de rechtmatige verwachtingen van een bepaalde categorie van rechtsonderhorigen worden miskend zonder dat een dwingende reden van algemeen belang voorhanden is die het ontbreken van een overgangsregeling kan verantwoorden.³⁵⁴

120. In de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest nr. 67/2008 had de verzoeker, sinds 1994 werkzaam buiten de Europese Unie, een ouderdomsverzekering bij de Dienst Overzeese Sociale Zekerheid (DOSZ). Die ouderdomsverzekering voorziet, in tegenstelling tot de levensverzekeringen aangeboden door de private verzekeringsmaatschappijen, in de mogelijkheid voor werknemers die reeds 20 jaar bijdragen betalen om op de leeftijd van 55 jaar op pensioen te gaan en vanaf dan de volledige ouderdomsrente te genieten. In 2006 heeft de wetgever die regeling gewijzigd, in die zin dat de ouderdomsrente voortaan pas ingaat op 65-jarige leeftijd. Wil de verzekerde vroeger een ouderdomsrente genieten, dan kan dat vanaf de leeftijd van 60 jaar, maar met verlies van een gedeelte van de rente.

³⁵¹ GwH 10 mei 2007, nr. 74/2007, B.6. In het algemeen overigens dient de administratieve overheid bij het nemen van haar beslissingen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen, GwH 17 januari 2007, nr. 14/2007, B.4.3.

³⁵² P. POPELIER, *De wet juridisch bekeken*, Brugge, die Keure, 2004, 52.

³⁵³ Voor een overzicht van vroegere sporen van het vertrouwensbeginsel in de rechtspraak van het Hof, zie J. THEUNIS, "Le principe de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle", *RBDC* 2008, 5-22. Voor een recente toepassing, zie GwH 22 december 2010, nr. 152/2010, B.4-B.7.

³⁵⁴ GwH 17 april 2008, nr. 67/2008, B.5.2; GwH 21 oktober 2008, nr. 135/2008, B.8.2; GwH 3 december 2008, nr. 172/2008, B.7; GwH 16 juli 2009, nr. 121/2009, B.6.3; GwH 17 september 2009, nr. 138/2009, B.4; GwH 20 oktober 2009, nr. 163/2009, B.8; GwH 20 januari 2010, nr. 2/2010, B.7.

De verzoeker vergelijkt de werknemers in het buitenland die voor hun ouderdomsverzekering bij de DOSZ zijn aangesloten met de werknemers in het buitenland die zich bij een private verzekeringsmaatschappij hebben aangesloten en voert met name aan dat aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de eerste categorie op discriminerende wijze afbreuk is gedaan.

Na de vermelde principes (*supra* nr. 119) te hebben uiteengezet, stelt het Hof vast dat het stelsel van de overzeese sociale zekerheid verschilt van het verplichte socialezekerheidsstelsel waarin is voorzien voor de in België tewerkgestelde loontrekkenden. Het biedt een facultatieve verzekering aan die in concurrentie treedt met de private verzekeringen. Hoewel de wijziging van de leeftijd waarop de ouderdomsrente ingaat kan worden verantwoord voor de nog te sluiten verzekeringsovereenkomsten, ontbreekt die verantwoording ten aanzien van de personen die in het verleden, rekening houdend met de geldende wettelijke voorwaarden en na die voorwaarden te hebben afgewogen tegen de voorwaarden van de private verzekeringen, bij de DOSZ een verzekering hebben aangegaan, en die daarbij de mogelijkheid om vanaf de leeftijd van 55 jaar de ouderdomsrente te ontvangen van doorslaggevend belang kunnen hebben geacht. In zoverre de bestreden bepaling het voor de deelnemers aan de facultatieve ouderdomsverzekering die zich vóór 1 januari 2007 hebben aangesloten en reeds 20 jaar aan de verzekering hebben deelgenomen, onmogelijk maakt dat de ouderdomsrente ingaat op 55-jarige leeftijd, doet zij op buitensporige wijze afbreuk aan hun rechtmatige verwachtingen, zonder dat een dwingende reden van algemeen belang voorhanden is die het ontbreken van een overgangsregeling kan verantwoorden.³⁵⁵

121. Op basis van de voormelde rechtspraak kan de toepassing van het vertrouwensbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof als volgt worden afgelijnd. De regel is en blijft dat de wetgever zijn beleid kan wijzigen en in beginsel niet in een overgangsregeling moet voorzien. Dat is anders wanneer er door bepaalde omstandigheden sprake is van een gewekt vertrouwen of een legitieme verwachting, met name door het vroegere optreden van de wetgever of de administratie. In dat geval wordt op discriminerende wijze afbreuk gedaan aan het vertrouwensbeginsel, tenzij er een dwingende reden van algemeen belang voorhanden is die het ontbreken van een overgangsregeling kan verantwoorden.

De toetsing van wetten met onmiddellijke werking verschilt dus niet fundamenteel van de hoger besproken toetsing van retroactieve wetten (*supra* nr. 110), enkel de klemtoon ligt anders. Waar terugwerkende kracht in beginsel ongrondwettig wordt bevonden, behalve wanneer zij onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang, is onmiddellijke werking in beginsel grondwettig, behalve wanneer gewettigde verwachtingen worden aangetoond en daar geen dwingende motieven van algemeen belang tegen opwegen.

³⁵⁵ GwH 17 april 2008, nr. 67/2008, B.5.3-B.5.4.

§ 2. De rechtspraak van de Raad van State

a. *Het rechtszekerheidsbeginsel*

122. Ook volgens de Raad van State houdt het rechtszekerheidsbeginsel in dat de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk moet zijn, zodat de rechtzoekende in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien, op het tijdstip dat de handeling wordt verricht en de overheid daarvan niet zonder objectieve en redelijke verantwoording mag afwijken.³⁵⁶ Met name mag de overheid niet zonder objectieve en redelijke verantwoording afwijken van de beleidslijnen die zij bij de toepassing van de reglementering aanhoudt (zie ook *infra* nr. 339).³⁵⁷

123. In de rechtspraak van de Raad van State wordt het rechtszekerheidsbeginsel in de eerste plaats in verband gebracht met het leerstuk van de intrekking van bestuurshandelingen. De intrekking is de “uitdrukkelijke of impliciete rechtshandeling waarbij een administratieve overheid een handeling die zij vroeger heeft verricht, *ab initio*, met terugwerkende kracht, tot op het ogenblik waarop die handeling in het leven werd geroepen, teniet doet”.³⁵⁸ Met de intrekking beoogt de overheid, die tot de vaststelling komt dat zij een onwettig besluit heeft genomen, de wettigheid te herstellen. Die betrachting staat echter op gespannen voet met het rechtszekerheidsbeginsel. De Raad van State heeft daarom het volgende evenwicht tot stand gebracht tussen het wettigheidsbeginsel, aan de ene kant, en het rechtszekerheidsbeginsel, aan de andere kant:

“Buiten het geval waarin de intrekking het voorwerp uitmaakt van een wettelijke regeling, of wanneer het gaat om een zgn. “onbestaande handeling”, kan een onregelmatige rechtsverlenende handeling slechts worden ingetrokken, ofwel binnen de termijn voor het instellen van een annulatieberoep, ofwel, wanneer een dergelijk beroep werd ingesteld, tot aan de sluiting van de debatten. In dit laatste geval is de intrekking slechts mogelijk indien het beroep ontvankelijk werd ingesteld, en binnen de grenzen van de uitvoering van het eventueel annulatiearrest, hetzij op grond van één of meer van de deugdelijk te achten rechtmatigheidsbezwaren die de verzoeker ontvankelijk voor de Raad van State heeft doen gelden, hetzij op grond van de overtreding van een regel van openbare orde.”³⁵⁹

De mogelijkheid tot intrekking van een onwettige bestuurshandeling wordt op die manier in verband gebracht met de *ratio legis* van de termijn voor het indienen van een annulatieberoep bij de Raad van State: wanneer de wetgever een dergelijk beroep tegen handelingen met een individuele draagwijdte heeft mogelijk gemaakt binnen een bepaalde termijn, dan heeft hij noodzakelijkerwijze het bestuur in staat gesteld zijn beslissing tijdens diezelfde termijn opnieuw te onderzoeken, en dat nieuw onderzoek brengt het recht mee om een onregelmatige en bijgevolg voor nietigverklaring vatbare beslissing in te trekken. “Eenmaal die termijn – die door de wetgever is gewild om te vermijden dat burgers onbepaald in de tijd procedures zouden

³⁵⁶ RvS 22 maart 2004, nr. 129.541, vzw Vlaams Centrum voor Levensvorming.

³⁵⁷ RvS 4 oktober 2004, nr. 135.661, Sengel.

³⁵⁸ M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Brugge, die Keure, 1994, 5.

³⁵⁹ RvS 15 september 2008, nr. 186.266, Vereniging van mede-eigenaars van de residentie Lousberg Park.

instellen die het functioneren van de overheidsdiensten kunnen belemmeren – is verstreken, staat het niet aan het bestuur te doen wat de Raad van State ten gevolge van het verstrijken van die termijn niet meer kan”, namelijk de betrokken bestuurshandeling retroactief uit de rechtsorde doen verdwijnen.³⁶⁰

124. Wat de retroactieve werking betreft (zowel van individuele als van reglementaire besluiten), vatten Coremans en Van Damme de rechtspraak van de Raad van State aldus samen dat “gebald weergegeven (...) het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten enkel toelaatbaar is ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen rechten worden aangetast”.³⁶¹

Wat overgangsmaatregelen betreft kan bij wijze van voorbeeld worden verwezen naar een arrest van 19 maart 2001 waarin de Raad van State overweegt “dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het recht op rechtszekerheid insluiten, dat daaruit volgt dat de door de overheid bij de geadmistrateerde opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen in de regel moeten worden gehonoreerd en dat als het ambtenarenstatuut altijd, zelfs in de voor de ambtenaar ongunstige zin, kan worden gewijzigd wanneer het belang van de dienst daartoe noopt, de overheid hierbij niettemin zorgvuldig moet optreden door behoudens ernstige en gewichtige redenen niet onverhoeds in te grijpen in een bestaande situatie”.³⁶²

b. Het vertrouwensbeginsel

125. Het vertrouwensbeginsel moet volgens de Raad van State vermijden dat de rechtmatige verwachtingen welke de burger uit het bestuursoptreden put, tekort worden gedaan. De burger moet immers kunnen vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid of op toezeggingen of beloften die de overheid in een concreet geval heeft gedaan.³⁶³ Traditioneel verbindt de Raad

³⁶⁰ M. VAN DAMME en A. WIRTGEN, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 345-346. Zie ook M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Brugge, die Keure, 1994, 134 p.; A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 822-829; B. CAMBIER en D. RENDERS, “La théorie du retrait d’acte à la croisée des chemins”, in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 109-125.

³⁶¹ H. COREMANS en M. VAN DAMME, *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2001, 110. Zie daarover ook o.a. RvS, afd. wetgeving, advies van 16 december 2008 over een voorontwerp van wet “houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie”, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1813/1, 39-41 (waarin het ging om individuele besluiten), met verwijzing naar P. LEWALLE (m.m.v. L. DONNAY), *Contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2008, 3^{de} uitgave, 1160-1196 (hierna verkort: P. LEWALLE, *Contentieux administratif*). Bv. RvS 19 april 2010, nr. 203.043, vzw Radio Tienen, punt 60.

³⁶² RvS 19 maart 2001, nr. 94.090, Vervliet.

³⁶³ RvS 22 maart 2004, nr. 129.541, vzw Vlaams Centrum voor Levensvorming. Zie ook M. VAN DAMME, “De rechtsverwerking in het administratief recht”, in *Liber Amicorum E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 368: “Het bestuur kan op verschillende manieren bij de burger verwachtingen wekken. Benevens door o.m. beleidsregels kan dit gebeuren door het sluiten van overeenkomsten, door toezeggingen of aan de burger verstrekte inlichtingen. Geheel eigen aan het bestuur is de mogelijkheid om door middel van klassieke regelgeving verwachtingen te wekken.”

van State drie voorwaarden aan de toepassing van het vertrouwensbeginsel: (1) het bestaan van een vergissing vanwege het bestuur, (2) het ten gevolge van die vergissing verlenen van een voordeel aan een rechtsonderhorige en (3) de afwezigheid van gewichtige redenen om de rechtsonderhorige dat voordeel te ontnemen.³⁶⁴

Die voorwaarden, soms aangevuld met nog andere, hebben in de rechtspraak van de Raad van State een casuïstische invulling gekregen,³⁶⁵ waardoor het vertrouwensbeginsel gaandeweg een moderner uitzicht heeft gekregen. De toepassing ervan vereist in wezen: (1) het bestaan van een vertrouwenwekkend bestuursgedrag, (2) het ten gevolge daarvan ontstaan van een rechtmatige verwachting bij een rechtsonderhorige, (3) de afwezigheid van een reden van algemeen belang om die verwachting niet te moeten honoreren.³⁶⁶

De Raad van State zet beduidend sterker in op het rechtszekerheidsbeginsel dan het Hof van Cassatie (*infra* nr. 570), maar het klassieke standpunt dat het vertrouwensbeginsel niet *contra legem* kan werken, wordt toch vrij algemeen bijgetreden in de rechtspraak van de Raad van State.³⁶⁷

§ 3. De rechtspraak van het Hof van Cassatie

a. Het rechtszekerheidsbeginsel

126. Het bewerkstelligen van rechtszekerheid behoort tot de opdrachten van het Hof van Cassatie.³⁶⁸ Die opdracht staat in rechtstreeks verband met de rol van het Hof van Cassatie als bewaker van de eenheid van de rechtspraak. Het Hof zelf omschrijft zijn taak als volgt:

“België is een rechtsstaat die de burger tegen willekeur beschermt en deze zowel rechtszekerheid als gelijkheid voor de wet biedt. Het Hof van Cassatie waakt over de juiste toepassing en interpretatie van de wet en verzekert aldus de eenheid van de rechtspraak. Het draagt dus rechtstreeks bij tot het behoud van die rechtsstaat, aangezien de eenheid van de rechtspraak zowel die gelijkheid als de rechtszekerheid waarborgt.”³⁶⁹

Het Hof van Cassatie verwijst hier naar de gelijkheid in haar oorspronkelijke betekenis, namelijk de juridische of formele gelijkheid (gelijkheid voor de wet) en niet de feitelijke of materiële

³⁶⁴ M. VAN DAMME en A. WIRTGEN, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 350. Bv. RvS 17 maart 1987, nr. 27.685, Vermeulen; RvS 15 juni 2004, nr. 132.404, nv Aveve.

³⁶⁵ M. VAN DAMME en A. WIRTGEN, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 350-353.

³⁶⁶ Zie M. VAN DAMME en A. WIRTGEN, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 355-359.

³⁶⁷ A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 61, met verwijzing naar enkele voorbeelden. Het vertrouwensbeginsel kan met name niet tot gevolg hebben dat een vergunningverlenende overheid de bindende voorschriften van een gewestplan naast zich neerlegt: RvS 2 december 2004, nr. 137.956, nv Internationaal Transport Gilbert de Clercq.

³⁶⁸ Zie J. DU JARDIN, “Voltallige zittingen voor een eenduidige interpretatie van het recht”, in het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2000-2001*, 271-281, RW 2001-02, 649-651.

³⁶⁹ *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2007*, 19.

gelijkheid van de burgers (gelijkheid door de wet). Gelijkheid voor de wet betekent niet meer dan dat de wet op een gelijke wijze wordt toegepast. Het gelijkheidsbeginsel valt in die betekenis samen met het wettigheidsbeginsel en het beginsel van de rechtsstaat: de wet dient op een juiste wijze te worden toegepast op elkeen die binnen het toepassingsgebied valt. Op die manier vertaald, ziet het Hof van Cassatie zichzelf een taak weggelegd als hoeder van de wettigheid én van de rechtszekerheid (*supra* nr. 107).

b. Het vertrouwensbeginsel

127. Die dubbele taak is een moeilijke evenwichtsoefening en dat komt het sterkst tot uiting in het fiscale domein, dat vanwege het fiscale wettigheidsbeginsel “onvruchtbaar gebied” is voor de toepassing van ongeschreven beginselen.³⁷⁰ Is het bestuur op alle domeinen gebonden door de wet, dan wordt die gebondenheid nog sterker aangevoeld op het domein van het fiscaal recht. Van oudsher geldt daar immers de regel dat geen belasting kan worden opgelegd dan door een wetgevende vergadering en vooral ook dat geen afwijkingen en vrijstellingen kunnen worden toegestaan dan door diezelfde wetgevende vergadering (*supra* nr. 97). Een gevolg daarvan is de uiterst beperkte beleidsvrijheid van het bestuur bij de individuele toepassing van de fiscale wet: het vestigen van aanslagen door de belastingadministratie is bij uitstek een gebonden bevoegdheid.³⁷¹ In die context is de weerstand tegen de toepassing van het vertrouwensbeginsel goed te begrijpen, zeker als men daarbij in aanmerking neemt dat het vertrouwensbeginsel in de eerste plaats een tegengewicht moet bieden voor de geringe voorspelbaarheid van het bestuursoptreden ten gevolge van de aan het bestuur toekomende beleidsvrijheid.³⁷²

128. In zijn befaamde arrest van 27 maart 1992 oordeelde het Hof van Cassatie niettemin dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het recht op rechtszekerheid omvatten, dat die beginselen ook ten aanzien van het fiscaal bestuur gelden, dat het recht op rechtszekerheid onder meer inhoudt dat de burger moet kunnen vertrouwen op wat door hem niet anders kan worden opgevat dan als een vaste gedrags- of beleidsregel van de overheid en “dat daaruit volgt dat de door de overheid opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen van de burger in de regel moeten worden gehonoreerd”.³⁷³

In de daaropvolgende rechtspraak³⁷⁴ werd de draagwijdte van het aldus geformuleerde rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel evenwel fors ingeperkt. In een arrest van 6 november

³⁷⁰ F. VAN ISTENDAEL, “Algemene rechtsbeginselen in het belastingrecht”, *AFT* 1989, 312.

³⁷¹ P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 17.

³⁷² M. VAN DAMME en A. WIRTGEN, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 350.

³⁷³ Cass. 27 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 727, nr. 405.

³⁷⁴ Voor een meer volledig overzicht van die rechtspraak, zie Th. AFSCHRIFT, “Les principes généraux de bonne administration et de sécurité juridique”, in *L'évolution des principes généraux du droit fiscal*, Brussel, Larcier, 2009, 107-137; M. MORIS, “La Convention européenne des droits de l'homme et le droit fiscal: perspectives et évolution”, *RGCF* 2009, 486-490; F. VERMEERSCH, “Het vertrouwensbeginsel in het fiscaal recht”, *AFT* 2010, nr. 8-9, 38-62. Voor een beknopt overzicht van de rechtspraak voor dezelfde periode, zie S. VAN CROMBRUGGE, “Geen onwettige vrijstelling op grond van behoorlijk bestuur”, *Fiscoloog*, 6 augustus 2008, afl. 1124, 6-9.

2000 herneemt het Hof de overweging van het arrest van 27 maart 1992,³⁷⁵ maar impliciet maakt het daarin toepassing van de regel volgens welke “de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur geen schending van de wet kan rechtvaardigen”.³⁷⁶

Enkele dagen eerder, op 3 november 2000, werd “in analoge zin geoordeeld door een andere kamer”,³⁷⁷ die niet alleen uitdrukkelijk overwoog “dat het recht op rechtszekerheid van een individuele belastingplichtige geen onbeperkt recht is en onder omstandigheden moet wijken voor het legaliteitsbeginsel van artikel 170 van de Grondwet dat de rechtszekerheid en gelijkheid verzekert ten bate van alle belastingplichtigen” (*supra* nr. 107), maar ook “dat het recht op rechtszekerheid inzonderheid niet inhoudt dat een ambtenaar die met een belastingplichtige een akkoord heeft gesloten waarbij aan deze in strijd met uitdrukkelijke wetsbepalingen bepaalde voordelen werden verleend, aanspraak zou kunnen maken op de toepassing van een akkoord dat in zijnen hoofde geen gerechtvaardigde verwachtingen kan scheppen”.³⁷⁸ Het algemeen rechtsbeginsel, zo besluit het Hof van Cassatie in zijn jaarverslag, kan dus niet prevaleren wanneer in strijd met expliciete rechtsbepalingen voordelen werden verleend en de onwettelijke praktijk geen gerechtvaardigde verwachtingen kan scheppen.³⁷⁹

129. De precisering, in het voormelde arrest van 3 november 2000, dat het recht op rechtszekerheid “onder omstandigheden moet wijken voor het legaliteitsbeginsel”, wijst er volgens een aantal auteurs op dat het Hof van Cassatie het rechtszekerheidsbeginsel op dezelfde (grondwettelijke) hoogte plaatst als het wettigheidsbeginsel.³⁸⁰ De rechtspraak is op dat punt echter niet standvastig, zo blijkt een jaar later, wanneer het Hof, met betrekking tot een arrest van 26 oktober 2001 waarin het rechtszekerheidsbeginsel daadwerkelijk moest wijken voor het wettigheidsbeginsel,³⁸¹ de gebruiker van zijn website opmerkzaam maakt op het feit dat het betrokken arrest, in tegenstelling tot het hoger vermelde arrest van 3 november 2000, niet meer vermeldt “dat het recht op zekerheid in bepaalde gevallen moet wijken voor het legaliteitsbeginsel”³⁸² en de advocaat-generaal zo mogelijk nog duidelijker is, wanneer hij zich over het laatstgenoemde arrest als volgt uitspreekt: “Ik kan me niet indenken dat het Hof hier heeft willen zeggen dat het recht op rechtszekerheid in de regel primeert op het

³⁷⁵ Cass. 6 november 2000, F.99.0108.F, *Arr.Cass.* 2000, 1717, nr. 598, concl. J.-F. LECLERCQ.

³⁷⁶ *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2000-2001*, 103. Op www.juridat.be drukt het Hof zich voorzichtiger uit: de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur “kan *in de regel* evenwel geen afwijking van de wet rechtvaardigen” (mijn cursivering). Ook staat er te lezen: “Volgens het OM kan de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geen afwijking aan de wet rechtvaardigen. Het geannoteerde arrest van het Hof is minder stellig op dit punt”. Zie over het arrest van 6 november 2000 ook M. BOES, “Rechtszekerheid versus legaliteit”, in *Liber Amicorum Frans Vanistendael*, Herentals, Knops Publishing, 2007, 47-48.

³⁷⁷ Aldus het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2000-2001*, 102.

³⁷⁸ Cass. 3 november 2000, F. 98.0072.N, *Arr. Cass.* 2000, 1710, nr. 596, concl. D. THIJIS.

³⁷⁹ *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2000-2001*, 101.

³⁸⁰ B. PEETERS, “Het rechtszekerheidsbeginsel in het fiscaal recht: verduidelijking van het begrip gerechtvaardigde verwachting”, noot onder Cass. 6 november 2000, *TFR* 2001, 169; F. VANBIERVLIE, “Het vertrouwensbeginsel: de laatste reddingsboei voor een belastingplichtige”, noot onder Rb. Brussel 12 oktober 2001, *TFR* 2001, 230. Zie ook H. VANDEBERGH, “Grenzen aan de toepassing van het vertrouwensbeginsel”, *TFR* 2003, 211-221.

³⁸¹ Cass. 26 oktober 2001, F.00.0034.F, *Arr.Cass.* 2001, 1793, nr. 577, concl. A. HENKES.

³⁸² Zie www.juridat.be. Zie daarover ook M. BOES, “Rechtszekerheid versus legaliteit”, in *Liber Amicorum Frans Vanistendael*, Herentals, Knops Publishing, 2007, 48.

legaliteitsbeginsel en dat laatstgenoemd beginsel slechts onder bepaalde omstandigheden voorgeeft”³⁸³.

In een arrest van 16 december 2002 overweegt het Hof van Cassatie uitdrukkelijk “dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het recht op rechtszekerheid insluiten, dat dit onder meer inhoudt dat de burger moet kunnen vertrouwen op de openbare diensten en erop moet kunnen rekenen dat zij regels in acht nemen en een standvastig beleid volgen dat de burger niet anders kan opvatten”, maar “dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet kunnen worden ingeroepen indien die leiden tot een beleid dat tegen wettelijke bepalingen ingaat”³⁸⁴.

130. De voormelde rechtspraak werd bevestigd in een arrest van 30 mei 2008, in een geval waarin het ging om de vordering van roerende voorheffing, ook voor het verleden, nadat de administratie gedurende meerdere jaren een (onwettige) vrijstelling had toegekend:

“De beginselen van behoorlijk bestuur die het recht op rechtszekerheid omvatten, zijn bindend voor de belastingadministratie.

De belastingadministratie moet de wet toepassen en het staat haar niet vrij afstand te doen van haar verplichting om de wettelijk verschuldigde belasting vast te stellen.

Het recht op rechtszekerheid houdt niet in dat de belastingschuldige zich zou kunnen beroepen op de vroegere gedragslijn van de administratie, zelfs niet als die gedurende verschillende aanslagjaren ongewijzigd blijft, wanneer die gedragslijn bij hem niet de gewettigde overtuiging kon wekken dat de administratie afzag van de strikte toepassing van de wet.”³⁸⁵

Dezelfde stelling weerklinkt in een arrest van 10 december 2009, in een geval waarin de administratie bij vroegere controles heenstapte over bepaalde gebreken in de boekhouding van de belastingplichtige welke in strijd zijn met de wettelijke verplichtingen ter zake:

“De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die bindend zijn voor de belastingadministratie, sluiten het recht op rechtszekerheid in. Dit houdt in dat de burger moet kunnen vertrouwen op wat hij niet anders kan opvatten dan als een vaste gedrags- of beleidsregel van de overheid. Daaruit volgt dat de door de overheid opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen van de burger in de regel moeten worden gehonoreerd.

De burger kan evenwel niet verwachten dat het bestuur tegen de wettelijke regels in, over de jaren heen een onregelmatige boekhouding als bewijskrachtig zou blijven beschouwen.”³⁸⁶

Dezelfde principes gelden eveneens, zo blijkt uit een arrest van 18 december 2009, in een geval waarin een (onwettige) circulaire van de administratie houdende nieuwe criteria voor de omschrijving van het begrip “lichte vrachtwagen” werd toegepast:

³⁸³ A. HENKES, concl. voor Cass. 26 oktober 2001, F.00.0034.F, *Arr.Cass.* 2001, 1793, nr. 577, randnr. 13.

³⁸⁴ Cass. 16 december 2002, S.02.0027.N, *Soc.Kron.* 2004, 202, noot D. TORFS; Cass. 26 mei 2003, S.01.0108.F, *Arr.Cass.* 2003, 1261, nr. 318, concl. J.-F. LECLERCQ, *RW* 2004-05, 19, noot V. SAGAERT, *JLMB* 2006, 187, noot M. PALUMBO en P. KALLAI.

³⁸⁵ Cass. 30 mei 2008, F.06.0083.F, *Arr.Cass.* 2008, 1402, nr. 334.

³⁸⁶ Cass. 10 december 2009, F.08.0038.N.

“De beginselen van goed bestuur, die het recht op rechtszekerheid omvatten, zijn bindend voor de belastingadministratie.

Zij moet echter de wet toepassen en het staat haar niet vrij om afstand te doen van de verplichting om de wettelijk verschuldigde belasting vast te stellen.

Bijgevolg impliceert het recht op rechtszekerheid, in de regel, niet dat de belastingplichtige de toepassing van een met de wet strijdige regeling kan eisen door zich te beroepen op de door de aanschrijvingen van de administratie gewekte schijn, daar die schijn bij hem niet de gewettigde overtuiging heeft kunnen wekken dat de administratie afzag van de strikte toepassing van de wet.”³⁸⁷

131. Van Crombrugge besluit uit de laatste twee arresten “dat het vertrouwensbeginsel in *contra legem*-situaties nu definitief ten grave is gedragen”.³⁸⁸ Eerder reeds kwam ook Boes tot de slotsom dat het rechtszekerheidsbeginsel er niet goed voorstaat wanneer het in competitie komt met het wettigheidsbeginsel. Hij voegt er wel aan toe dat de foutaansprakelijkheid van de overheid een alternatieve rechtsgrond kan bieden wanneer het vertrouwen van de belastingplichtige wordt beschaamd.³⁸⁹ Indien het vertrouwensbeginsel niet is geschonden, staat toch minstens vast dat de overheid *contra legem* heeft gehandeld en dus een fout heeft begaan (*infra* nr. 581). De vraag is dan of een wettelijk verschuldigde belasting een te vergoeden schade kan vormen. Gebeurlijke boetes en intresten zijn dat zeker, maar ook belastingen kunnen dat zijn: de belastingplichtige zou immers, indien hij door de administratie niet op het verkeerde been was gezet, anders hebben kunnen gehandeld, waardoor hij minder of geen belastingen verschuldigd ware geweest.³⁹⁰

Volgens sommige auteurs kan het Hof van Cassatie zijn weigering om het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel *contra legem* toe te passen niet langer handhaven in het licht van de Europese rechtspraak (*infra* nr. 141).³⁹¹

132. Hoewel het Hof van Cassatie nog sterk de hand houdt aan het wettigheidsbeginsel, wordt het zich toch hoe langer hoe meer bewust van de “dwingende eisen van rechtszekerheid”. Dat blijkt uit verschillende arresten, op diverse vlakken, die in de volgende hoofdstukken aan bod zullen komen, maar die hier reeds beknopt kunnen worden aangehaald (zie ook *infra* nr. 572):

1) In een arrest van 20 december 2007 staat het Hof van Cassatie de rechter toe de werking in de tijd van prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof in de tijd te beperken:

³⁸⁷ Cass. 18 december 2009, F.08.0056.F.

³⁸⁸ S. VAN CROMBRUGGE, “Verdere uitholling algemene beginselen behoorlijk bestuur”, *Fiscoloog*, 17 februari 2010, afl. 1193, 2.

³⁸⁹ M. BOES, “Rechtszekerheid versus legaliteit”, in *Liber Amicorum Frans Vanistendael*, Herentals, Knops Publishing, 2007, 50. In dezelfde zin Th. AFSCHRIFT, “Les principes généraux de bonne administration et de sécurité juridique”, in *L'évolution des principes généraux du droit fiscal*, Brussel, Larcier, 2009, 122 en 134-135.

³⁹⁰ In die zin H. VANDEBERGH, “Het vertrouwensbeginsel volgens het Europees Hof van Justitie”, *TFR* 2007, 1031.

³⁹¹ V. DAUGINET en B. AMEYE, “Rechtszekerheid, vertrouwensbeginsel en goede trouw. Europeesrechtelijke doorwerking in de Belgische rechtsorde”, *AFT* 2009, nr. 5, p. 4, 26 en 38; H. VANDEBERGH, “Het vertrouwensbeginsel volgens het Europees Hof van Justitie”, *TFR* 2007, 1029-1031.

“Het komt aan de rechterlijke macht toe bij de uitlegging van de wet de gevolgen van de schending van de Grondwet waartoe het Grondwettelijk Hof in een antwoord op de prejudiciële vraag besluit, in de tijd te bepalen.

De rechter die aldus de werking in de tijd vaststelt van de door het Grondwettelijk Hof vastgestelde ongrondwettigheid, dient daarbij rekening te houden met het rechtmatig vertrouwen van de maatschappij in de wettelijke bepalingen en met de dwingende eisen van rechtszekerheid.³⁹²

Hoewel de vaststelling van een ongrondwettigheid in een prejudicieel arrest declaratief is, erkent het Hof van Cassatie dat het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel een halt kunnen toeroepen aan de inherent terugwerkende kracht van een dergelijke vaststelling en tolereert het met andere woorden, althans voor het verleden, een situatie die strikt genomen in strijd is met de hiërarchie van de rechtsnormen. Het Hof van Cassatie, zo merkt Déom terecht op, “fait ainsi preuve du même souci qui a inspiré le législateur lorsqu’il a permis à la Cour constitutionnelle, puis au Conseil d’Etat, de limiter dans le temps la portée de leurs arrêts d’annulation” (*infra* nr. 561).³⁹³ Volgens Boes komt het Hof van Cassatie met dit arrest “wel heel dicht bij de erkenning dat het rechtszekerheidsbeginsel toch voorrang kan hebben op de wet”.³⁹⁴

In een later arrest wordt de rechtspraak verfijnd: zodra het Hof van Cassatie met betrekking tot een wettelijke bepaling een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof heeft gesteld, kan een normaal voorzichtige eiser weten dat de grondwettigheid van die bepaling ernstig ter discussie staat³⁹⁵ en kan hij zich met andere woorden vanaf dat verwijzingsarrest van het Hof van Cassatie al niet meer op een rechtmatig vertrouwen in die wettelijke bepaling beroepen.

2) In een arrest van 14 mei 2007 acht het Hof van Cassatie een cassatieberoep ontvankelijk hoewel het strikt genomen laattijdig was ingesteld. Na een eerste regelmatige kennisgeving van de beslissing door de griffier, overeenkomstig artikel 792, tweede en derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, werd een tweede kennisgeving gedaan op de nieuwe woonplaats van de eiseres. Die tweede kennisgeving bevatte evenwel geen enkele verwijzing naar de eerste kennisgeving, waarvan de eiseres dus niet op de hoogte was. In die omstandigheden meent het Hof van Cassatie, anders dan het openbaar ministerie dat ambtshalve een middel van niet-

³⁹² Cass. 20 december 2007, C.07.0227.N, RW 2007-08, 1370, noot P. POPELIER. In dezelfde zin, Cass. 5 juni 2008, C.06.0019.N, Arr.Cass. 2008, 1437, nr. 346 en Bergen 17 juni 2009, TFR 2010, 86, noot S. DE RAEDT. Zie over die rechtspraak ook (instemmend) E. DIRIX, “Rechterlijk overgangsrecht”, RW 2008-09, 1754-1760 en (afwijzend) J. KIRKPATRICK, “Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d’égalité. A propos de la réparation des dommages causés aux usagers faibles par des accidents impliquant un tram ou un train”, JT 2009, 257-262 en A. ALEN, “De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens schending van de Grondwet”, in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 863-865. Vgl. ook, vanuit een andere invalshoek (met name die van de overheidsaansprakelijkheid), de beperking in de tijd, eveneens ingegeven door het vereiste van rechtszekerheid, van de werking van een prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof, in Cass. 21 december 2007, C.06.0457.F, JLMB 2008, 1080, noot Q. PEIFFER, JT 2008, 554, noot D. RENDERS, *infra* nr. 254.

³⁹³ D. DÉOM, “Le refus d’application”, in *L’article 159 de la Constitution*, 182.

³⁹⁴ M. BOES, *Bestuursrecht*, Acco, Leuven, 2009, 113.

³⁹⁵ Cass. 9 juni 2009, P.09.0054.N., concl. P. DUINSLAEGER, JT 2009, 733, noot J. KIRKPATRICK, JLMB 2010, 536, noot G. NINANE.

ontvankelijkheid had opgeworpen, dat de eiseres in de “wettige overtuiging” kon verkeren dat alleen de tweede kennisgeving haar termijn om cassatieberoep in te stellen kon doen ingaan.³⁹⁶

Het arrest sluit naadloos aan bij de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, volgens welke de ontvankelijkheidsvoorwaarden die het recht op toegang tot de rechter mogen beperken niet op overdreven formalistische wijze mogen worden uitgelegd (*infra* nr. 143).³⁹⁷

3) Het Hof van Cassatie volgt niet de leer van de Raad van State inzake de intrekking van bestuurshandelingen (*supra* nr. 123),³⁹⁸ maar een arrest van 2 december 2002 lijkt die rechtspraak toch ten dele tegemoet te komen. Het Hof van Cassatie oordeelt weliswaar dat artikel 159 van de Grondwet ook geldt wanneer de onwettigheid van een beslissing te wijten is aan de overheid, maar voegt daaraan toe dat “de overheid die ambtshalve een handeling intrekt die aangetast is door een klaarblijkelijke onwettigheid zoals een kennelijke tegenstrijdigheid tussen de redenen en het dictum van de beslissing, ook al zou die handeling ertoe kunnen strekken bepaalde rechten te verlenen, niet in strijd handelt met haar grondwettelijke en wettelijke opdracht” (*infra* nr. 571).³⁹⁹

4) Ten slotte vindt de strikte toepassing van het wettigheidsbeginsel “un contrepoids de grande importance pratique et conceptuelle” op het vlak van de overheidsaansprakelijkheid.⁴⁰⁰ In een arrest van 22 mei 2006 bijvoorbeeld erkende het Hof van Cassatie dat een onterecht uitgekeerde verhoogde kinderbijslag gedurende een lange periode een fout kan uitmaken die tot een schadevergoeding, gelijk aan de onterecht uitgekeerde bijslag, aanleiding geeft (*infra* nr. 626). Hoewel het vertrouwensbeginsel dus niet *contra legem* mag worden toegepast, kan een schending van dat beginsel wel een fout uitmaken die tot schadevergoeding aanleiding kan geven (waarbij weliswaar rekening moet worden gehouden met alle valkuilen die zich op dat domein aandienen, *infra* nrs. 579-609).⁴⁰¹

Geen enkel van de voormelde arresten heeft evenwel rechtstreeks betrekking op artikel 159 van de Grondwet, “auquel la jurisprudence judiciaire n’apporte explicitement, semble-t-il, aucun

³⁹⁶ Cass. 14 mei 2007, S.06.0070.F, *Pas.* 2007, 909, nr. 247, concl. J.-F. LECLERCQ.

³⁹⁷ Zie ook J. VAN DONINCK, “Noodzakelijk formalisme in de cassatieprocedure”, noot onder EHRM 30 juli 2009, Dattel (n° 2) t. Luxemburg, *RABG* 2010, 326-332 en, eerder reeds, P. VAN ORSHOVEN, “Tussen laksheid en formalisme. Voor een grondwettige interpretatie van het procesrecht”, *RW* 1997-98, 706-713.

³⁹⁸ Twee arresten van 10 september 1981 en 3 december 1985 uitgezonderd (*infra* nr. 571) waarvan Janssens de Bisthoven opmerkte dat zij “n’examinent pas le problème sous l’angle d’une violation éventuelle de l’article [159] de la Constitution”, JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. voor Cass. 21 april 1988, *Pas.* 1988, I, 989, vn. 7. In het eerstgenoemde arrest overwoog het Hof van Cassatie met name dat “door de verleende bouwvergunning in principe rechten zijn ontstaan die de gemeenteoverheid niet mag aantasten; dat deze onder meer nadien de bouwvergunning niet mag intrekken omdat ze bij vergissing en dus onregelmatig is verleend, wanneer die onregelmatigheid aan haarzelf te wijten is”, Cass. 10 september 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 52.

³⁹⁹ Cass. 2 december 2002, C.98.0460.N, *Arr.Cass.* 2002, 2631, nr. 646, *CDPK* 2003, 332, noot P. POPELIER.

⁴⁰⁰ D. DÉOM, “Le refus d’application”, in *L’article 159 de la Constitution*, 183.

⁴⁰¹ Cass. 22 mei 2006, S.05.0008.F, *CDPK* 2008, 456, noot S. KOVAL. Zie ook reeds JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. voor Cass. 21 april 1988, *Pas.* 1988, I, 991; Cass. 25 november 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2543, nr. 623, concl. J.-F. LECLERCQ; Cass. 29 november 2004, S.03.0072.F, *JTT* 2005, 106, concl. J.-F. LECLERCQ.

tempérament fondé sur le principe de légitime confiance ou sur les exigences de la sécurité juridique”.⁴⁰²

§ 4. De rechtspraak van het Hof van Justitie

133. Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel maken deel uit van de Europese rechtsorde.⁴⁰³ Uit dien hoofde moeten zij in acht worden genomen door de instellingen van de Europese Unie, maar ook door de lidstaten bij de uitoefening van de hun door de richtlijnen verleende bevoegdheden.⁴⁰⁴ Meer in het algemeen moet het rechtszekerheidsbeginsel door de nationale overheden, met inbegrip van de wetgever, worden nageleefd wanneer zij een regeling vaststellen die onder het Unierecht valt.⁴⁰⁵

a. *Het rechtszekerheidsbeginsel*

134. Het rechtszekerheidsbeginsel vereist in de eerste plaats dat de gevolgen van rechtsregels duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn, in het bijzonder wanneer die regels nadelig kunnen werken voor particulieren en ondernemingen.⁴⁰⁶ De justitiabelen moeten immers ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen.⁴⁰⁷ De bijlage bij een verordening die niet is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, heeft derhalve geen bindende kracht, voor zover deze bijlage beoogt verplichtingen op te leggen aan particulieren.⁴⁰⁸ Het vereiste van bekendmaking geldt evenzeer voor de maatregelen die de lidstaten nemen ter uitvoering van het Unierecht.⁴⁰⁹

Daarnaast vereist het rechtszekerheidsbeginsel ook dat elke handeling die rechtsgevolgen teweeg beoogt te brengen, haar verbindendheid ontleent aan een bepaling van het Unierecht, die expliciet als rechtsgrondslag moet worden vermeld en die de rechtsvorm bepaalt waarin de handeling moet worden verricht.⁴¹⁰

135. Wat de terugwerkende kracht betreft, verzet het rechtszekerheidsbeginsel zich weliswaar in het algemeen ertegen dat een Uniehandeling reeds vóór de publicatie van die handeling van

⁴⁰² D. DÉOM, “Le refus d’application”, in *L’article 159 de la Constitution*, 183.

⁴⁰³ Zie daarover o.a. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, 242-297; X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006, 189-212; H. JANS, R. DE LANGE, S. PRECHAL en R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of Public Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, 163-187.

⁴⁰⁴ HvJ 10 september 2009, Plantanol, C-201-08, punten 43 en 46, met verwijzing naar vroegere rechtspraak.

⁴⁰⁵ HvJ (Grote kamer) 26 april 2005, Stichting Goed Wonen, C-376/02, 26 april 2005, punten 32 en 34.

⁴⁰⁶ Zie o.a. HvJ (Grote kamer) 18 november 2008, Förster, C-158/07, punt 67.

⁴⁰⁷ HvJ (Grote kamer) 10 maart 2009, Heinrich, C-345/06, punt 44; HvJ 11 juni 2009, Nijemeisland, C-170/08, punt 44. Het rechtszekerheidsbeginsel vereist niet dat een norm elke twijfel over de interpretatie ervan uitsluit, maar wel dat eventuele twijfels over de draagwijdte of de betekenis van de norm met voldoende zekerheid kunnen worden weggenomen, J. KOKOTT, conclusie van 6 mei 2010 voor HvJ 8 juli 2010, Afton Chemical, C-343/09, punt 117.

⁴⁰⁸ HvJ (Grote kamer) 10 maart 2009, Heinrich, C-345/06, punt 63; GwH 22 april 2010, nr. 37/2010, B.7.

⁴⁰⁹ HvJ (Grote kamer) 10 maart 2009, Heinrich, C-345/06, punt 45.

⁴¹⁰ Ger. EU 1 juli 2009, ThyssenKrupp Stainless AG, T-24/07, punt 160, met verwijzing naar HvJ 16 juni 1993, Frankrijk/Commissie, C-325/91, punt 26.

kracht is, maar daarvan kan bij wijze van uitzondering worden afgeweken indien (1) dat voor een doel van algemeen belang noodzakelijk is en (2) het rechtmatige vertrouwen van de betrokkenen naar behoren in acht wordt genomen (wat die tweede voorwaarde betreft, *infra* nr. 138).⁴¹¹ Beide voorwaarden zijn tegelijkertijd de conflicterende belangen die tegen elkaar moeten worden afgewogen.⁴¹²

Het algemeen belang kan erin bestaan te verhinderen dat de belastingplichtigen tussen het tijdstip waarop tot een wetswijziging was besloten en het tijdstip waarop die wijziging in werking zou treden op grote schaal financiële ontwijkingsconstructies zouden opzetten. De aankondiging van retroactieve wetgeving wordt in dat verband toegestaan door het Hof van Justitie, op voorwaarde dat het gewettigd vertrouwen van de belastingplichtigen naar behoren in acht wordt genomen. Het staat echter aan de nationale rechter, die het best met de omstandigheden van het concrete geval bekend is, om te beoordelen of het risico dat in de tussentijd financiële constructies worden opgezet, voldoende groot is om de terugwerkende kracht van de wet te rechtvaardigen. De rechter moet in het bijzonder nagaan of de betrokken aankondiging (*in casu* ging het om een gewone persmededeling) voldoende duidelijk was “om een marktdeelnemer die economische handelingen verricht zoals die waarop de wet doelt, in staat te stellen te begrijpen wat de gevolgen van de voorgenomen wetswijziging zouden zijn voor zijn handelingen”.⁴¹³ Zoals bekend is de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof op dat punt heel wat minder soepel (*supra* nr. 103).

136. Wat het overgangsrecht meer in het algemeen betreft, vereist het rechtszekerheidsbeginsel niet dat zich geen wetswijziging voordoet, maar veeleer dat de wetgever rekening houdt met de bijzondere situaties van de marktdeelnemers en zo nodig voorziet in aanpassingen aan de toepassing van nieuwe rechtsregels.⁴¹⁴

Het is in dat verband vaste rechtspraak dat bij het ontbreken van overgangsmaatregelen een nieuwe regeling onmiddellijk van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een onder de oude regeling ontstane situatie en dat aan het vertrouwensbeginsel niet een dusdanig ruime draagwijdte mag worden gegeven dat een nieuwe regeling niet van toepassing zou kunnen zijn op de toekomstige gevolgen van situaties die onder de oude regeling zijn ontstaan.⁴¹⁵ Particulieren kunnen zich immers niet op het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen beroepen om op te komen tegen de toepassing van een nieuwe regel, met name op een gebied waarop de wetgever over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt.⁴¹⁶ Wat

⁴¹¹ Of ook nog wanneer er blijkt de bewoordingen, de doelstellingen of het opzet van de betrokken Europese regels zulke gevolgen aan dienen te worden toegekend, zie HvJ 19 maart 2009, Mitsui & Co. Deutschland, C-256/07, punt 32, met verwijzingen naar vroegere rechtspraak.

⁴¹² T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, 256.

⁴¹³ HvJ (Grote kamer) 26 april 2005, Stichting Goed Wonen, C-376/02, 26 april 2005, punt 39 en 44. Zie Q. HELSEN, “Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Hof van Justitie (2005)”, *TvW* 2006, 156-157.

⁴¹⁴ HvJ 10 september 2009, Plantanol, C-201-08, punt 49.

⁴¹⁵ HvJ 14 januari 2010, Stadt Papenburg, C-226/08, punt 46 en E. SHARPSTON, conclusie van 9 juli 2009 in dezelfde zaak, punt 64, beide met verwijzingen naar de rechtspraak van het Hof van Justitie.

⁴¹⁶ HvJ 22 december 2008, Centeno Mediavilla, C-443/07 P, punt 91. Met name op domeinen waar aanpassingen noodzakelijk zijn om wijzigingen van de economische situatie het hoofd te bieden: HvJ 7 september 2006,

bijvoorbeeld het vertrouwen betreft dat een belastingplichtige zou kunnen koesteren ten aanzien van de toekenning van een belastingvoordeel, heeft het Hof van Justitie reeds geoordeeld dat wanneer een richtlijn op belastinggebied de lidstaten ruime bevoegdheden laat, een wetwijziging die in overeenstemming met de richtlijn is vastgesteld, niet als onvoorzienbaar kan worden aangemerkt.⁴¹⁷

Wanneer echter een marktdeelnemer een gerechtvaardigd vertrouwen mocht hebben in het voortbestaan van een Unieregeling, dan kan het vertrouwensbeginsel een instelling ertoe verplichten om bij de opheffing van de regeling overgangsmaatregelen vast te stellen.⁴¹⁸

Opnieuw is een afweging van belangen aan de orde, maar zo merkt Tridimas terecht op, “[t]he existence of legitimate expectations [...] may be more difficult to establish in the case of immediate application than in the case of true retroactivity”.⁴¹⁹

137. Een bijzondere toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel, ten slotte, is te vinden in de rechtspraak van het Hof van Justitie die het onherroepelijk karakter erkent van beslissingen van een rechterlijk of bestuursorgaan, wanneer blijkt dat die beslissingen een uitlegging aan het Unierecht hebben gegeven waarvan uit latere rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat zij onjuist is. Dat aspect van het rechtszekerheidsbeginsel komt verderop aan bod (*infra* nr. 251 wat bestuurlijke beslissingen betreft, en *infra* nr. 478 wat jurisdictionele beslissingen betreft).

b. Het vertrouwensbeginsel

138. Het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen is eveneens een algemeen beginsel van Unierecht waaraan de rechtmatigheid van de handelingen van de instellingen van de Europese Unie kan worden getoetst.⁴²⁰ Het Hof van Justitie beschouwt het vertrouwensbeginsel als het “rechtstreekse uitvloeisel” van het rechtszekerheidsbeginsel,⁴²¹ in die zin dat het in geval van wijziging van een bepaling bescherming biedt aan de door één of meer natuurlijke of rechtspersonen rechtmatig verworven posities.⁴²² Daarnaast kunnen ook bepaalde toezeggingen⁴²³ een gewettigd vertrouwen wekken. Zoals hoger reeds aangegeven

Spanje/Raad, C-310/04, punt 81 (op het gebied van de gemeenschappelijke marktordeningen); HvJ 4 juni 2009, JK Otsa Talu, C-241/07, punt 51 (op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid).

⁴¹⁷ HvJ 29 april 2004, Gemeente Leusden en Holin Groep, C-487/01 en C-7/02, punt 66; HvJ 10 september 2009, Plantanol, C-201-08, punten 53-54.

⁴¹⁸ HvJ 22 juni 2006, België en Forum 117/Commissie, C-182/03 en C-217/03, punten 147-167.

⁴¹⁹ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, 267. Groussot van zijn kant merkt op dat, waar de retroactieve werking van een regeling twee cumulatieve voorwaarden vereist (*supra* nr. 135), de onmiddellijke werking van een regeling toegelaten is wanneer aan één van beide voorwaarden is voldaan, X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006, 201.

⁴²⁰ O.a. HvJ 14 oktober 1999, Atlanta/Europese Gemeenschap, C-104/97, punt 52.

⁴²¹ HvJ (Grote kamer) 2 december 2009, Aventis Pasteur, C-358/08, punt 47.

⁴²² Y. BOT, conclusie van 23 april 2009 voor HvJ 17 september 2009, Commissie/Koninklijke Friesland Foods NV, C-519/07 P, punt 75. Zie over het vermelde arrest T. BRUYNINCKX, “Enkele bemerkingen betreffende het fiscaal gelijkheidsbeginsel in staatssteunzaken naar aanleiding van het arrest Koninklijke Friesland Foods”, *TFR* 2008, 3-11.

⁴²³ En in bepaalde omstandigheden zelfs het stilzitten (van de Commissie), bv. HvJ 29 april 2004, Commissie/Italië, C-298/00 P, punt 90.

(*supra* nr. 133) moet het vertrouwensbeginsel ook worden toegepast door de lidstaten wanneer zij optreden op een domein dat onder het Unierecht valt.

Het gewettigd vertrouwen houdt nauw verband met de rechtszekerheid, waarvan het een bijzondere uitdrukking is, maar heeft, anders dan de rechtszekerheid, geen duidelijk objectief karakter, omdat het de bescherming van individuele situaties betreft. Door dit subjectieve karakter is de beschermende werking ervan in grote mate afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval.⁴²⁴ Het vertrouwensbeginsel is geschonden, zo vat advocaat-generaal Bot de rechtspraak van het Hof van Justitie samen, wanneer aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan.⁴²⁵

1) Ten eerste moet er sprake zijn van een handeling of gedraging van een instelling, waardoor dat vertrouwen kon worden opgewekt en gegronde verwachtingen konden ontstaan. Volgens de rechtspraak is een beroep op het vertrouwensbeginsel tegenover een Uniehandeling namelijk slechts mogelijk voor zover de Unie zelf een situatie heeft geschapen die een dergelijk vertrouwen kan opwekken. Alleen de terzake bevoegde instelling kan een dergelijke situatie in het leven roepen.⁴²⁶ Dat betekent ook dat een nationale bestuurspraktijk bij de rechtsonderhorige niet het gewettigd vertrouwen kan wekken dat hij door de Unie in overeenstemming met die praktijk zal worden behandeld.⁴²⁷ Bovendien moet de instelling van de Unie precieze toezeggingen hebben gedaan,⁴²⁸ die ook nog eens in overeenstemming moeten zijn met de geldende normen.⁴²⁹

2) Ten tweede moet het vertrouwen gewettigd zijn, wat betekent dat de betrokken persoon de wijziging van de eerdere gedragslijn van de administratie niet mag hebben kunnen voorzien. Blijkens de rechtspraak kan een voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer, wanneer hij de vaststelling van een voor zijn belangen nadelige maatregel van de Unie had kunnen voorzien, immers geen beroep doen op het beginsel van de bescherming van het gewettigd vertrouwen wanneer die maatregel wordt vastgesteld. Het door de handeling of het gedrag van de instelling opgewekte vertrouwen is dus “gewettigd” en moet bijgevolg worden beschermd wanneer de betrokken persoon redelijkerwijs kon vertrouwen op de handhaving of de stabiliteit van de aldus gecreëerde situatie, zoals een “voorzichtige en bezonnen” marktdeelnemer zou hebben gedaan. De marktdeelnemers mogen bijvoorbeeld niet vertrouwen op de handhaving van een bestaande situatie die door de instellingen van de Unie, handelend krachtens hun discretionaire bevoegdheid, kan worden gewijzigd.⁴³⁰

⁴²⁴ D. RUIZ-JARABO COLOMER, conclusie van 28 april 2005 voor HvJ 23 februari 2006, *Atzeni e.a.*, C-346/03 en C-529/03, punt 142.

⁴²⁵ Y. BOT, conclusie van 23 april 2009 voor HvJ 17 september 2009, *Commissie/Koninklijke Friesland Foods NV*, C-519/07 P, punten 76-80, met verwijzingen naar de rechtspraak van het Hof van Justitie.

⁴²⁶ De Raad kan bijvoorbeeld niet de Commissie binden, zie HvJ 22 juni 2006, *België en vzw Forum 187/Commissie*, C-182/03 en C-217/03, punt 151.

⁴²⁷ Bv. HvJ 28 oktober 2004, *van den Berg*, C-164/01 P, punt 69.

⁴²⁸ Bv. HvJ 22 juni 2006, *België en vzw Forum 187/Commissie*, C-182/03 en C-217/03, punt 147.

⁴²⁹ Bv. HvJ 18 juli 2007, *EBW/Karatzoglou*, C-213/06 P, punt 33.

⁴³⁰ HvJ 6 juli 2000, *Agricola Tabacchi Bonavicina*, C-402/98, punt 37.

3) Ten derde mag het door de bestreden handeling nagestreefde Uniebelang zich niet verzetten tegen de vaststelling van overgangsmaatregelen teneinde het gewettigd vertrouwen van de betrokkene te beschermen. Aan deze laatste voorwaarde is voldaan wanneer uit de afweging van de belangen blijkt dat, gelet op de omstandigheden van het geval, het Uniebelang niet prevaleert boven het belang van de betrokken persoon bij handhaving van de situatie die hij als stabiel kon beschouwen.

Kort samengevat leidt Groussot uit de rechtspraak van het Hof van Justitie een drievoudige test af: in de eerste plaats moet de verwachting voortvloeien uit een specifieke wet of een bepaald overheidsoptreden; vervolgens moet die verwachting beschermenswaardig of legitiem zijn; ten slotte moet er een afweging gebeuren tussen het algemeen belang en die legitieme verwachting.⁴³¹

139. Die drievoudige test maakt de speelruimte waarin het vertrouwensbeginsel toepassing kan vinden erg smal. Inzake de terugvordering van Europese steun, en meer nog inzake de terugvordering van staatssteun,⁴³² wordt de toepassing van het vertrouwensbeginsel zodanig ingesnoerd, met name door het doeltreffendheidsbeginsel (*infra* nr. 395),⁴³³ dat er in de praktijk weinig van overblijft.⁴³⁴ Weliswaar stelt het Hof van Justitie als uitgangspunt voorop dat het nationale recht inzake de intrekking van bestuurshandelingen en de terugvordering van door de overheid ten onrechte betaalde financiële uitkeringen, naast het wettigheidsbeginsel rekening kan houden met het rechtszekerheidsbeginsel, aangezien laatstgenoemd beginsel deel uitmaakt van de Europese rechtsorde (*supra* nr. 133),⁴³⁵ maar in de praktijk geschieden die intrekking en terugvordering onder strikte randvoorwaarden.

Wat staatssteun betreft, kunnen ondernemingen in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun hebben wanneer de steun met inachtneming van de procedure van artikel 108 van het VWEU is toegekend.⁴³⁶ Indien de steun met andere woorden niet vooraf bij de Commissie is aangemeld, kan de steunontvanger geen gewettigd vertrouwen hebben in de rechtmatigheid van de toekenning van de steun.⁴³⁷ Volgens vaste rechtspraak is de ongedaanmaking van onrechtmatige steun door middel van terugvordering het logische gevolg van de vaststelling van de onwettigheid ervan.⁴³⁸ De rechtspraak sluit evenwel niet uit dat de ontvangers van niet-aangemelde en dus onrechtmatige steun zich kunnen beroepen op

⁴³¹ X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006, 204.

⁴³² In dat laatste geval is er, anders dan bij de terugvordering van Europese steun, sprake van een "aan de nationale ondernemingen verschaft concurrentievoordeel", HvJ 16 juli 1998, Oelmühle Hamburg AG, C-298/96, punt 37. Zie ook T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, 295-296.

⁴³³ Zie reeds HvJ 21 september 1983, Deutsche Milchkontor, 205/82 tot 215/82, punten 29 en 33.

⁴³⁴ Enkel in uitzonderlijke omstandigheden, aldus Th. ERNIQUIN, "Le principe de protection de la confiance légitime, facteur de pondération de l'application du principe de légalité", in *De wettigheidstoets*, 318; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, 295-296.

⁴³⁵ HvJ 21 juni 2007, Stichting ROM-projecten, C-158/06, punt 24, met verwijzingen naar vroegere rechtspraak.

⁴³⁶ Bv. HvJ 15 december 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, punt 104.

⁴³⁷ Bv. HvJ 23 februari 2006, Atzeni e.a., C-346/03 en C-529/03, punt 65.

⁴³⁸ Ger. EU, 9 september 2009, Diputación Foral de Álava en Gobierno Vasco, T-227/01, punt 372.

uitzonderlijke omstandigheden die hun vertrouwen in de rechtmatigheid van die steun konden wettigen, om zich tegen de terugbetaling ervan te verzetten.⁴³⁹

In de gevallen waarin het rechtszekerheidsbeginsel zich toch ertegen verzet dat de begunstigde van financiële steun van de Unie de steun dient terug te betalen, moet niettemin rekening worden gehouden met het belang dat de Unie heeft bij de terugvordering van deze steun. In die gevallen kan de betrokken lidstaat financieel aansprakelijk worden gesteld voor de niet-teruggevorderde bedragen, teneinde het recht van de Unie op terugbetaling van het steunbedrag te effectueren.⁴⁴⁰

140. Het speelveld is wat ruimer op andere domeinen, zoals de invordering van de btw. Daar laat het Hof ruimte voor een nationale invulling van het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel en laat het met andere woorden de beoordeling of dat beginsel al dan niet is geschonden over aan de nationale rechter.⁴⁴¹ De reden daarvoor ligt volgens advocaat-generaal Stix-Hackl hierin dat de invordering van de btw primair in het belang van de lidstaten geschiedt en daarom anders moet worden beoordeeld dan de terugvordering van staatssteun of Europese subsidies ten aanzien waarvan de lidstaten soms geen enkel evident eigen belang hebben bij de correcte toepassing van de desbetreffende Unievoorschriften. In dat laatste geval moet door middel van strikte toepassing van het vertrouwensbeginsel worden voorkomen dat de lidstaten door hun eigen met het Unierecht strijdige houding de volledige toepassing van het Unierecht ten opzichte van de marktdeelnemer kunnen vrijdelen. In het eerste geval is er waarschijnlijk veel minder sprake van het gevaar dat een lidstaat ten gunste van een marktdeelnemer en ten nadele van de Unie door zijn eigen met het Unierecht strijdige praktijk de volledige toepassing van het Unierecht belemmert. In dit verband gaat het veeleer om de kwestie van de rechtsbescherming van de marktdeelnemer tegen de administratieve handelingen van de lidstaat bij de uitvoering van het gemeenschapsrecht en valt niet in te zien waarom een marktdeelnemer zich niet jegens de autoriteiten van de lidstaat op het Unierechtelijke beginsel van de bescherming van het gewettigd vertrouwen zou kunnen beroepen.⁴⁴²

De speelruimte voor de toepassing van het vertrouwensbeginsel is het grootst wanneer de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken, bijvoorbeeld wanneer een richtlijn hen een zekere keuzevrijheid laat. Het Hof van Justitie erkent in dat geval dat de lidstaten een maatregel die zij binnen die beoordelingsmarge hebben genomen ook weer kunnen afschaffen en dat het in dergelijk geval aan de nationale rechter toekomt om uit te maken of het vertrouwensbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel zijn geschonden.⁴⁴³

⁴³⁹ Ger. EU, 9 september 2009, Diputación Foral de Álava en Gobierno Vasco, T-227/01, punt 314, met verwijzing naar vroegere rechtspraak.

⁴⁴⁰ HvJ 21 juni 2007, Stichting ROM-projecten, C-158/06, punten 32 en 34.

⁴⁴¹ HvJ 14 september 2006, Elmeka, C-181/04 tot C-183/04, punten 35 en 36, *JLMB* 2007, 1292, noot E. VAN BRUSTEM en M. VAN BRUSTEM. Zie ook H. VANDEBERGH, "Het vertrouwensbeginsel volgens het Europees Hof van Justitie", *TFR* 2007, 1029-1031.

⁴⁴² C. STIX-HACKL, conclusie van 1 december 2005 voor HvJ 14 september 2006, Elmeka, C-181/04 tot C-183/04, punten 45 en 46.

⁴⁴³ HvJ 3 december 1998, nv Belgocodex, C-381/97, punten 17 en 26.

141. Hoewel dus in principe een met de Unieregeling strijdige praktijk van een lidstaat “geen gewettigd vertrouwen kan wekken bij de handelaar aan wie de aldus gecreëerde situatie ten goede komt”⁴⁴⁴ en een instelling op grond van het vertrouwensbeginsel niet kan worden gedwongen om het Unierecht *contra legem* toe te passen,⁴⁴⁵ lijkt het Hof van Justitie de *contra legem* werking van het vertrouwensbeginsel op bepaalde domeinen toch in zekere mate toe te staan.

Per slot van rekening geldt nog steeds wat het Hof van Justitie bijna vijftig jaar geleden reeds heeft vooropgesteld, toen het, in het beginselarrest SNUPAT, overwoog “dat het beginsel der rechtszekerheid,⁴⁴⁶ hoe belangrijk ook, geen absolute gelding heeft, doch dat de toepassing van dit beginsel behoort te worden gecombineerd met die van het wettigheidsbeginsel; dat voor de beantwoording van de vraag, welk van deze beginselen in een bepaald geval de voorkeur verdient, tegen elkander moeten worden afgewogen het algemeen belang en de particuliere belangen die in het geding zijn”.⁴⁴⁷

§ 5. De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

a. *Het rechtszekerheidsbeginsel*

142. Het rechtszekerheidsbeginsel wordt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens beschouwd als één van de grondslagen van de rechtsstaat,⁴⁴⁸ in het licht waarvan alle verdragsbepalingen dienen te worden uitgelegd.⁴⁴⁹ Het vereiste van rechtszekerheid is met andere woorden inherent aan het wettigheidsbeginsel.⁴⁵⁰ Het houdt met name in dat een persoon, eventueel met gepast advies, in redelijke mate moet kunnen voorzien welke de gevolgen kunnen zijn van een bepaalde handeling.⁴⁵¹

⁴⁴⁴ HvJ 1 april 1993, Lageder e.a., C-31/91-C-44/91, punten 34 en 35. Zie ook reeds HvJ 15 december 1982, Maizena, 5/82, punt 22: “Een met de gemeenschapsregeling strijdige praktijk van een Lid-Staat kan nooit tot het ontstaan van een door het gemeenschapsrecht beschermde rechtspositie leiden, ook niet wanneer de Commissie heeft nagelaten de noodzakelijke stappen te nemen om die Lid-Staat tot een correcte toepassing van de gemeenschapsregeling te bewegen”.

⁴⁴⁵ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2008, 424; J.H. JANS, R. DE LANGE, S. PRECHAL en R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of Public Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, 169 en 186.

⁴⁴⁶ In werkelijkheid ging het reeds om een toepassing van het vertrouwensbeginsel, dat echter pas later ingang vond in de rechtspraak, zie Th. ERNIQUIN, “Le principe de protection de la confiance légitime, facteur de pondération de l’application du principe de légalité”, in *De wettigheidstoets*, 308-309.

⁴⁴⁷ HvJ 22 maart 1961, SNUPAT/Hoge Autoriteit, 42 en 49/59, *Jur.* 1961, 162. Zie recent, in dezelfde zin, Th. ERNIQUIN, “Le principe de protection de la confiance légitime, facteur de pondération de l’application du principe de légalité”, in *De wettigheidstoets*, 318: “Le point d’équilibre de la jurisprudence de la Cour de justice réside dans une balance des intérêts contradictoires en présence: si elle reconnaît l’existence d’une confiance légitime de l’administré dans la stabilité de la situation juridique, la Cour vérifie si l’acte litigieux n’est pas justifié par un intérêt général supérieur qui commanderait que l’intérêt personnel de l’administré lui soit sacrifié”.

⁴⁴⁸ EHRM 28 maart 2000, Baranowski t. Polen, § 56.

⁴⁴⁹ EHRM 25 juni 1996, Amuur t. Frankrijk, § 50; EHRM 9 juni 2009, Nicola Silvestri t. Italië, § 73. Zie ook reeds EHRM 13 juni 1979, Marckx t. België, § 58.

⁴⁵⁰ EHRM 22 juli 2003, Gabarri Moreno t. Spanje, § 33.

⁴⁵¹ Bv. EHRM 16 februari 2000, Amann t. Zwitserland, § 56.

Het beginsel is uiteraard van bijzonder belang inzake vrijheidsberoving (de voorwaarden voor vrijheidsberoving moeten duidelijk bepaald zijn en de toepassing van de wet moet voldoende voorzienbaar zijn)⁴⁵² en inzake bestraffing (*supra* nr. 74), maar wanneer de overheid een rechtsonzekere situatie in het leven roept of laat bestaan, kan dat in bepaalde gevallen ook een schending inhouden van andere grondrechten, zoals het recht op een behoorlijke rechtsbedeling (artikel 6.1 van het EVRM)⁴⁵³ of van het recht op eerbiediging van de eigendom (artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM).⁴⁵⁴

143. Het rechtszekerheidsbeginsel maakt deel uit van de vereisten van een eerlijk proces in de zin van artikel 6.1 van het EVRM,⁴⁵⁵ inzonderheid wat het recht op toegang tot de rechter betreft.⁴⁵⁶ Meer bepaald erkent het Hof dat ontvankelijkheidsvoorwaarden, met name vormvoorschriften en termijnen, een goede rechtsbedeling en inzonderheid de rechtszekerheid beogen te waarborgen, maar “le droit d'accès à un tribunal se trouve atteint lorsque sa réglementation cesse de servir les buts de sécurité juridique et de bonne administration de la justice et constitue une sorte de barrière qui empêche le justiciable de voir son litige tranché au fond par la juridiction compétente”.⁴⁵⁷

Het rechtszekerheidsbeginsel mag met andere woorden zijn doel niet voorbijschieten, bijvoorbeeld door een overdreven formalistische toepassing van de ontvankelijkheidsvoorwaarden⁴⁵⁸ of door het veronachtzamen van andere behartenswaardige belangen. Dat laatste moge blijken uit een arrest van 16 juli 2009, waarin het Europees Hof voor de Rechten van de Mens tot de slotsom kwam dat in het voorliggende geval “neither the protection of the *bona fide* purchaser nor the general interest of preserving legal certainty are sufficient to outweigh the consideration that the applicant, who lacked legal capacity, was dispossessed of her home without being able to participate effectively in the proceedings and without having any possibility to have the proportionality of the measure determined by the courts. It follows that, because of the lack of procedural safeguards, there has been a violation of Article 8 of the Convention in the instant case”.⁴⁵⁹

⁴⁵² EHRM 28 maart 2000, Baranowski t. Polen, § 52; EHRM 11 juni 2009, S.D. t. Griekenland, § 61; EHRM 5 november 2009, Kolevi t. Bulgarije, § 174; EHRM (Grote kamer) 29 maart 2010, Medvedyev e.a. t. Frankrijk, § 80.

⁴⁵³ EHRM 9 oktober 2003, Acimovic t. Kroatië, § 40.

⁴⁵⁴ EHRM (Grote kamer) 22 juni 2004, Broniowski t. Polen, §§ 173 en 184; EHRM Plechanow t. Polen, 7 juli 2009, §§ 110-111; EHRM Sierpinski t. Polen, 3 november 2009, §§ 79-80.

⁴⁵⁵ EHRM 13 november 2008, Pijevschi t. Portugal, § 41.

⁴⁵⁶ EHRM (beslissing) 30 augustus 2007, Millon t. Frankrijk, punt 1.

⁴⁵⁷ Bv. EHRM 4 juni 2009, Pistolis t. Griekenland, §§ 22-23. Zie ook *infra* nr. 644.

⁴⁵⁸ Bv. EHRM 20 april 2004, Bulena t. Tsjechische Republiek, §§ 30 en 35; EHRM 24 februari 2009, vzw Erablière t. België, § 38; EHRM 5 november 2009, Nunes Guerreiro t. Luxemburg, § 38; EHRM 22 december 2009, Sergey Smirnov t. Rusland, §§ 29-32. In dezelfde zin, GwH 30 juni 2004, nr. 120/2004, B.6: “De regels betreffende de vormvoorschriften en termijnen om beroep in te stellen zijn gericht op een goede rechtsbedeling en het weren van de risico’s van rechtsonzekerheid. De rechtscolleges dienen evenwel erover te waken dat die regels niet op een buitensporig formalistische wijze worden toegepast.” Zie ook *infra* nr. 644.

⁴⁵⁹ EHRM 16 juli 2009, Zehentner t. Oostenrijk, § 65. Voor een ander voorbeeld, zie EHRM 1 december 2009, Velcea en Mazare t. Roemenië, § 131.

144. Het EVRM bevat, behalve wat strafzaken betreft (*supra* nr. 60), geen uitdrukkelijk verbod van retroactieve bepalingen, maar dat neemt niet weg dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bijzonder gevoelig is voor de gevaren die inherent zijn aan retroactieve regelgeving. Het toezicht verloopt in de eerste plaats via toetsing aan het recht op een eerlijk proces, wanneer de retroactieve wet tussenkomt in een rechtsgeding met als doel invloed uit te oefenen op de rechterlijke uitspraak.⁴⁶⁰ Weliswaar is dergelijke tussenkomst niet bij voorbaat uitgesloten, maar zij kan enkel om dwingende redenen van algemeen belang worden gerechtvaardigd (*infra* nr. 431).

Bovendien kan een retroactieve bepaling het eigendomsrecht schenden wanneer zij afbreuk doet aan het evenwicht tussen het algemeen belang en de belangen van het individu. Niet onbelangrijk in dat verband is dat ook een vordering, nog voor zij verworven is, als eigendom wordt beschouwd op voorwaarde dat zij voldoende vaststaat en derhalve een “legitimate expectation” (une “*espérance légitime*”) uitmaakt.⁴⁶¹

Vanuit praktisch oogpunt is derhalve ook in niet-strafrechtelijke zaken het verbod van retroactiviteit het uitgangspunt. Met name in het licht van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM zal dergelijke wetgeving al snel een individuele en buitensporige last veroorzaken.⁴⁶²

Zoals het Grondwettelijk Hof, oordeelt ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens echter dat een wetwijziging op zichzelf geen aanleiding geeft tot discriminatie:

“In any case, the Court reiterates that no discrimination is disclosed by a particular date being chosen for the commencement of a new legislative regime (...), and that differential treatment arising out of a legislative change is not discriminatory where it has a reasonable and objective justification in the interests of the good administration of justice (...). The use of a cut-off date creating a difference in treatment is an inevitable consequence of introducing new systems which replace previous and outdated schemes. Moreover, the choice of such a cut-off date when introducing new regimes falls within the wide margin of appreciation afforded to a State when reforming its policies (...).”⁴⁶³

b. Het vertrouwensbeginsel

145. Op grond van het rechtszekerheidsbeginsel is het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de laatste jaren ook wetgeving gaan veroordelen die op onevenredige wijze ingrijpt in de

⁴⁶⁰ EHRM 9 december 1994, Griekse Raffinaderijen Stran en Stratis Andreadis t. Griekenland, § 49.

⁴⁶¹ EHRM 20 november 1995, Pressos Compania Naviera S.A. e.a. t. België, § 31; EHRM (beslissing) 23 maart 2010, Georges Lopez t. Frankrijk. Het begrip “legitimate expectation” speelt overigens ook een rol bij de toetsing aan andere grondrechten, bv. artikel 8 van het EVRM, zie EHRM 4 juni 2009, Standard Verlags GmbH t. Oostenrijk, §§ 48 en 53.

⁴⁶² Bv. EHRM 6 oktober 2005, Draon t. Frankrijk, §§ 81-85; EHRM 19 juni 2008, Ichtigiaroglou t. Griekenland, § 55 (de retroactieve wijziging van pensioenrechten is onevenredig in het licht van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM).

⁴⁶³ EHRM 15 september 2009, Amato Gauci t. Malta, § 71, met verwijzingen naar eerdere beslissingen.

legitieme verwachtingen van een persoon.⁴⁶⁴ Zoals het rechtszekerheidsbeginsel, wordt ook het vertrouwensbeginsel beschouwd als inherent aan het geheel van de verdragsbepalingen.⁴⁶⁵ De verdragsstaten moeten, krachtens de *rule of law* in het algemeen en het wettigheidsbeginsel van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM in het bijzonder, op een voorzienbare en consistente wijze de wet toepassen en eerbiedigen, maar ook, als een corrolarium van die verplichting, de wettelijke en praktische voorwaarden scheppen voor de implementatie van die wetten. Dat houdt met name in dat zij de concrete beloften moeten nakomen die de wetgever heeft gedaan.⁴⁶⁶

Een beginsel arrest op dat punt, en tegelijk een goede illustratie, is de zaak van Kjartan Ásmundsson, die gedurende 20 jaar een volledig invaliditeitspensioen had genoten in een systeem waarin hij zelf eerst gedurende 10 jaar bijdragen had betaald. Om de financiële moeilijkheden van het pensioenfonds te lenigen, komt er een wetswijziging waardoor niet langer de bekwaamheid om het vroegere werk uit te voeren in aanmerking wordt genomen maar de bekwaamheid om werk in het algemeen uit te voeren, waardoor de betrokkene zijn invaliditeitspensioen (en daarmee één derde van zijn maandinkomen) verliest. Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens had hij een legitieme verwachting dat zijn invaliditeit zou blijven worden vastgesteld op grond van zijn bekwaamheid om het vroegere werk uit te voeren. Het gaat vervolgens na of er een billijk evenwicht is tot stand gebracht tussen de vereisten van het algemeen belang en de bescherming van de individuele grondrechten en komt tot het besluit dat de volledige reductie van zijn pensioen een buitensporige en onevenredige last inhoudt voor de verzoeker, die niet wordt verantwoord door redenen van algemeen belang en dus in strijd is met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM.⁴⁶⁷

Dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich terdege bewust is van de gevaren van die rechtspraak blijkt uit een recent arrest:

“Entitlement to a disability pension is based essentially on the claimant's inability to continue paid employment on grounds of ill-health. It is in the nature of things that various conditions which initially make it impossible for persons afflicted with them to work can evolve over time, leading to either deterioration or improvement of the person's health. The Court cannot accept the suggestion made by the applicant that her pension entitlements, based as they were on contributions to the general fund from which all social insurance benefits are paid, should remain unaltered once they had been granted, regardless of any changes in her condition. There is no authority in its case-law for so categorical a statement; in actual fact, the Court has accepted the possibility of reductions in social security entitlements in certain circumstances (see, as a recent authority, Kjartan Ásmundsson, cited above, § 45, with further case-law references; see also Hoogendijk v. the Netherlands, (dec.), no. 58641/00, 6 January 2005). In particular, the Court has noted the significance which the passage of time can have for the legal existence and

⁴⁶⁴ P. POPELIER, “Rechtszekerheid en transparantie als grenzen voor doorwerking van internationaal recht ten aanzien van particulieren”, in *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 139.

⁴⁶⁵ EHRM 13 november 2008, Pijevschi t. Portugal, § 42; EHRM 15 september 2009, Mirolovovs e.a. t. Letland, § 86.

⁴⁶⁶ EHRM 11 februari 2010, Malyshev e.a. t. Rusland, § 82. Zie ook EHRM 2 februari 2010, Klaus en Iouri Kiladzé t. Georgië, § 75.

⁴⁶⁷ EHRM 12 oktober 2004, Kjartan Ásmundsson t. IJsland, § 45. Zie ook reeds, m.b.t. een overlevingspensioen en in het licht van het gelijkheidsbeginsel (artikel 14 van het EVRM), EHRM 29 juni 2006, Zeman t. Oostenrijk, § 40.

character of social insurance benefits (see, *mutatis mutandis*, Goudswaard-Van der Lans, cited above). This applies both to amendments to legislation which may be adopted in response to societal changes and evolving views on the categories of persons who need social assistance, and also to the evolution of individual situations. The Court considers that it is permissible for States to take measures to reassess the medical condition of persons receiving disability pensions with a view to establishing whether they continue to be unfit to work, provided that such reassessment is in conformity with the law and attended by sufficient procedural guarantees.

Indeed, had entitlements to disability pensions been maintained in situations where their recipients ceased over time to comply with the applicable legal requirements, it would result in their unjust enrichment. Moreover, it would have been unfair on persons contributing to the Social Insurance system, in particular those denied benefits as they did not meet the relevant requirements. In more general terms, it would also sanction an improper allocation of public funds; an allocation in disregard of the objectives that disability pensions were purported to meet.⁴⁶⁸

146. Het onderzoek naar de schending van het vertrouwensbeginsel vergt dus finaal een belangenafweging tussen de situatie van de burger die bepaalde verwachtingen ontleent aan de bestaande regelgeving en die zijn projecten verder wil afwerken overeenkomstig die regelgeving, en de situatie van de overheid, die in het algemeen belang een wetswijziging noodzakelijk kan achten.⁴⁶⁹ Het resultaat van die afweging hangt af van het gewicht of de gerechtvaardigheid van de verwachtingen, enerzijds, en het gewicht van het algemeen belang en de noodzaak van de maatregel om dat algemeen belang te beschermen, anderzijds.⁴⁷⁰ Het al dan niet bestaan van overgangsmaatregelen speelt een belangrijke rol in die afweging.⁴⁷¹

Wanneer de overheid een vergissing heeft gemaakt, bijvoorbeeld door het onterecht toekennen van een vervroegd pensioen, en die vergissing wil rechtzetten door de vroegere bestuurshandeling in te trekken, hanteert het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een striktere evenredigheidstoets. Het houdt in zulk geval met name rekening met het beginsel van behoorlijk bestuur dat de overheid ertoe verplicht “to act in good time, in an appropriate manner and with utmost consistency” (*supra* nr. 54) alsook met het rechtszekerheidsbeginsel dat “applies to a final legal situation, irrespective of whether it was brought about by a judicial act or an administrative or, as in the instant case, a social security decision which, on the face of it, is final in its effects”.⁴⁷²

Het rechtszekerheidsbeginsel vereist ten slotte ook de eerbiediging van definitieve rechterlijke beslissingen (*infra* nr. 470),⁴⁷³ evenals de onverkorte uitvoering daarvan (*supra* nrs. 54-55).⁴⁷⁴ Kortom, de rechtsonzekerheid, of zij nu van wetgevende, administratieve of jurisdictionele

⁴⁶⁸ EHRM 8 december 2009, *Wieczorek t. Polen*, § 67.

⁴⁶⁹ R. LEYSEN, “De algemene beginselen van behoorlijke wetgeving in de ruimtelijke ordening”, in S. LUST (ed.), *Het Arbitragehof en het ruimtelijke-ordeningsrecht*, Brugge, die Keure, 2006, 18.

⁴⁷⁰ P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 176. Voor een recent voorbeeld, zie GwH 22 december 2010, nr. 152/2010, B.4-B.7.

⁴⁷¹ Bv. EHRM (beslissing) 22 september 2005, *Goudswaard-van der Lans t. Nederland*.

⁴⁷² EHRM 15 september 2009, *Moskal t. Polen*, §§ 67-76.

⁴⁷³ EHRM 24 juli 2003, *Ryabykh t. Rusland*, § 52; EHRM 16 juli 2009, *Baroul Partner-A t. Moldavië*, § 41.

⁴⁷⁴ EHRM 19 maart 1997, *Hornsby t. Griekenland*, § 40.

oorsprong is, is een belangrijke factor voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens om een overheidsinmenging in een grondrecht te beoordelen.⁴⁷⁵

Afdeling 5 – De verhouding tussen het wettigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel

147. De plaats die het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel in de hiërarchie van de rechtsnormen innemen mag gerust ambivalent worden genoemd. Aan de ene kant zijn het beginselen die, zoals in de vorige afdeling is gebleken, grondwettelijke en verdragsrechtelijke bescherming genieten en waaraan de wetgever dus is gebonden. Aan de andere kant zijn het ook beginselen van behoorlijk bestuur, die het bestuur dient na te leven.⁴⁷⁶

Met andere woorden, wanneer de wetgever het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel schendt, kan dat door de bevoegde rechter worden gesanctioneerd. In de regel is dat het Grondwettelijk Hof. Wanneer het bestuur die beginselen schendt, kan dat door de gewone (en administratieve) rechter worden gesanctioneerd. Echter, wanneer dat bestuur door een wet wordt gedwongen om die beginselen te schenden, dan is die schending niet aan het bestuur te verwijten, maar aan de wetgever. Dat verklaart waarom het Hof van Cassatie de *contra legem* werking van het vertrouwensbeginsel afwijst: het komt de gewone (en administratieve) rechter niet toe een wettelijke norm buiten toepassing te laten, behoudens wanneer die strijdig is met een internationaalrechtelijke norm (*infra* nr. 286)⁴⁷⁷ of wanneer het Grondwettelijk Hof de ongrondwettigheid van de wettelijke norm heeft vastgesteld (*infra* nr. 283).

Het komt aan het Grondwettelijk Hof toe om uit te maken of een wettelijke norm voldoende rekening heeft gehouden met het wettigheidsbeginsel aan de ene kant en het rechtszekerheidsbeginsel aan de andere kant, kortom of de wetgever een redelijk evenwicht tussen beide beginselen heeft tot stand gebracht (zie ook *infra* nr. 674).

⁴⁷⁵ EHRM (Grote kamer) 22 juni 2004, Broniowski t. Polen, § 151 (inzake artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM) en EHRM (beslissing) 2 december 2008, Schwarzkopf t. Tsjechië (inzake artikel 6 van het EVRM).

⁴⁷⁶ Gelet op de ruime bescherming van het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel dient op de discussie over de plaats die (andere) algemene rechtsbeginselen en de (andere) algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de hiërarchie der rechtsnormen innemen, niet nader te worden ingegaan, zie daarover o.a. P. VAN ORSHOVEN, "Algemene rechtsbeginselen in alle rechtstakken. Over de grondwettelijke waarde van publiek- en privaatrechtelijke beginselen", in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, 32-36; A. BOSSUYT, "Algemene rechtsbeginselen", in *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003*, 141-145; A. ALLEN en J. CLEMENT, "De hiërarchie der rechtsnormen", in A. ALLEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2006, 25-26; P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur, Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2006, 27-33. In dat verband zij nog erop gewezen dat het recht op behoorlijk bestuur in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is "geconsolideerd" en als een fundamenteel beginsel van het recht van de Unie moet worden beschouwd, P. MENGOZZI, conclusie van 23 februari 2010 voor HvJ 2 september 2010, Commissie/Scott, C-290/07 P, punt 60.

⁴⁷⁷ Bv. artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (*supra* nr. 145) of het Europeesrechtelijke vertrouwensbeginsel (*supra* nr. 138).

Wanneer geen wetsbepaling in het geding is, moet de rechter bij de toepassing van de exceptie van onwettigheid zelf een afweging maken tussen de naleving van het wettigheidsbeginsel aan de ene kant en de eerbiediging van het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel aan de andere kant.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ Gelet op het fundamentele karakter van de vermelde algemene rechtsbeginselen mag de rechter bij stilzwijgen van de wetgever ervan uitgaan dat deze de toepassing van die algemene rechtsbeginselen aan de rechter heeft overgelaten, zie *mutatis mutandis* Cass. 24 juni 2010, C.06.0415.N.

HOOFDSTUK III – Rechtshistorische en rechtsvergelijkende aantekeningen⁴⁷⁹

Afdeling 1 – De keuze voor Frankrijk en Nederland

148. De keuze voor Frankrijk en Nederland is geen toeval. In een cruciale periode voor de ontwikkeling van het publiekrecht – de eerste decennia na de Franse Revolutie – behoorden de Belgische provincies gedurende twintig jaar bij Frankrijk (1795-1814) en vervolgens gedurende vijftien jaar bij het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden (1815-1830). Ons verleden loopt dus voor die periode gelijk met het verleden van Frankrijk en Nederland, zodat rechtsvergelijking met die buurlanden gedeeltelijk met rechtsgeschiedenis is verweven.

149. Toch ligt de keuze niet helemaal voor de hand. De Franse en Nederlandse Grondwet kennen immers geen soortgelijke bepaling als artikel 159 van de Belgische Grondwet. Dat is voor een rechtsvergelijkend hoofdstuk een moeilijk begin. Maar het doet meteen ook een interessante vraag rijzen: is artikel 159 van de Grondwet dan geen overbodige bepaling?

Het gebeurt natuurlijk in elke rechtsstaat dat in een geschil voor de rechter – het weze de burgerlijke rechter, de strafrechter of de bestuursrechter – wordt aangevoerd dat een bestuurshandeling die de rechter moet toepassen strijdig is met een hogere rechtsnorm. Het feit dat een bepaling als artikel 159 ontbreekt – niet alleen in de Franse en de Nederlandse Grondwet overigens, België lijkt op dat vlak eerder een uitzondering te zijn⁴⁸⁰ – betekent uiteraard niet dat de incidentele wettigheidstoetsing zou zijn uitgesloten. Bij het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling vloeit de exceptie van onwettigheid voort uit het ongeschreven grondwettelijk recht, uit het beginsel van de rechtsstaat eigenlijk en uit het beginsel van de hiërarchie van de normen, waarbij het als het ware tot de natuurlijke taak van de rechter behoort om op de naleving, door het bestuur, van de hogere rechtsnormen toe te zien (*supra* nrs. 15 en 20).

Zoals zal blijken, laat het ontbreken van een uitdrukkelijke grondwetsbepaling de rechter toe om op een meer ongedwongen, natuurlijke manier om te gaan met de exceptie van onwettigheid, dan in ons rechtssysteem vaak het geval is.

150. Waarom kent de Belgische Grondwet een bepaling die in andere grondwetten, met name de Nederlandse en de Franse, niet blijkt te bestaan, althans niet in geschreven vorm? Een korte schets van de geschiedenis kan ons in die op het eerste gezicht merkwaardige situatie inzicht bieden.

⁴⁷⁹ Een vroegere (Franstalige) versie van dit hoofdstuk verscheen als J. THEUNIS, “Le contrôle de légalité en droit français et néerlandais”, in *L'article 159 de la Constitution*, 305-350.

⁴⁸⁰ Samen met nog enkele andere landen, waaronder Luxemburg, dat een soortgelijke grondwetsbepaling (artikel 95) kent als België. Zie A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 897-910.

Meer bepaald leidt de historische context van het ontstaan van de Belgische Grondwet, aangevuld met de rechtsvergelijkende aantekeningen uit het Franse en het Nederlandse recht, tot het inzicht dat artikel 159 van de Grondwet, door de eenzijdige klemtoon op de naleving van het wettigheidsbeginsel, in zekere zin de “erfzonde” is van ons systeem van rechtsbescherming tegen de overheid (*infra* nr. 648).

Afdeling 2 – Het historisch kader⁴⁸¹

151. “La Révolution française est pour le droit public moderne ce que le droit romain fut pour le droit civil”, schreef Mirkine-Guetzevitch.⁴⁸² Hoewel de bescherming van de burger tegen de overheid haar vroegste wortels al heeft in het Ancien Régime,⁴⁸³ is het ongetwijfeld juist dat de Franse Revolutie, met een doorgedreven scheiding der machten (*supra* nr. 4),⁴⁸⁴ op dat punt een beslissende katalysator vormt.

§ 1. Vóór de Franse Revolutie: het Edict van Saint-Germain

152. Vanaf de zestiende eeuw ontwikkelde het Franse koningschap zich tot een absolute monarchie, gekenmerkt door een vermenging van de machten, onder meer bestuur en justitie. Het verlenen van justitie was één van de belangrijkste attributen van de koninklijke soevereiniteit. Andere rechtsprekende organen, met name de Parlementen,⁴⁸⁵ konden slechts recht spreken met toestemming van de Koning. Bovendien kon de Koning een zaak te allen tijde evoceren wanneer dit hem nodig leek.⁴⁸⁶

Het waren aanvankelijk de Parlementen die tegen de almacht van de vorst het meeste weerwerk boden. Zij beschouwden zich als de behoeders van de “lois fondamentales du royaume” en zij verzetten zich in het bijzonder tegen het evocatierecht van de Koning. Wanneer de Parlementen zich ook met overheidshandelingen gingen inlaten, lokte dat een tegenreactie van de Koningen uit. De monarchie had de Parlementen immers enkel in het leven geroepen om over geschillen tussen particulieren te oordelen.⁴⁸⁷

⁴⁸¹ Het historisch kader dat hier zeer kort wordt uiteengezet is, zoals uit de talrijke verwijzingen blijkt, in grote mate schatplichtig aan A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, 2 delen, Antwerpen, Kluwer, 1984. Voor meer details wordt naar dat standaardwerk verwezen, inzonderheid 448-639 (Hoofdstuk VI. Het Franse publiekrecht) en 640-803 (Hoofdstuk VII. Het Nederlandse publiekrecht).

⁴⁸² B. MIRKINE-GUETZEVITCH, “De l’étude du contentieux administratif du gouvernement révolutionnaire”, in *Le Conseil d’Etat français. Livre Jubilaire*, Parijs, 1949, 74, aangehaald in A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 638.

⁴⁸³ O.a. in het oud-vaderlandse publiekrecht (zie A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 238-311*bis*) en ook in het Engelse recht waar reeds een eeuw eerder, met de *Glorious Revolution* (1689) een (soort van) parlementair stelsel tot stand kwam.

⁴⁸⁴ Zie met name artikel 16 van de *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* van 1789: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”.

⁴⁸⁵ Rol die in onze contreien door de provinciale Raden van justitie (o.a. de Raad van Brabant) werd waargenomen, zie A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 262-268.

⁴⁸⁶ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 448 en 451-452.

⁴⁸⁷ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 455 en 459.

De bekendste reactie in dat verband is het Edict van Saint-Germain van 6 februari 1641, dat in de volgende bewoordingen (artikel 1) aan de gewone rechter – op straffe van nietigheid van zijn uitspraken (artikel 2) en van vervolging (artikel 3) – de kennisneming van overheidsdaden verbod.⁴⁸⁸

“(…) disons et déclarons que notredite cour de parlement de Paris et toutes nos autres cours, n’ont été établies que pour rendre la justice à nos sujets; leur faisons très expresses inhibitions et défenses, non-seulement de prendre, à l’avenir, cognoissance d’aucunes affaires semblables à celles qui sont cy-devant énoncées, mais généralement de toutes celles qui peuvent concerner l’état, administration et gouvernement d’icelui que nous réservons à notre personne seule et de nos successeurs rois, si ce n’est que nous leur en donnions le pouvoir et commandement spécial par nos lettres-patentes, nous réservant de prendre sur les affaires publiques les avis de notredite cour de parlement, lorsque nous le jugerons à propos pour le bien de notre service”.

153. Het Edict van Saint-Germain is een voorafspiegeling van de scheiding tussen de administratieve en de rechterlijke overheden, die tijdens de revolutionaire periode tot een dogma zal worden verheven (*infra* nr. 156) en die het Franse publiekrecht blijvend zal beïnvloeden (*infra* nr. 165). In het arrest *Flandria* van 5 november 1920 refereert het Belgische Hof van Cassatie aan dit Edict, om het verschil tussen de Belgische en de Franse opvatting over de scheiding der machten aan te geven.⁴⁸⁹

“Mais attendu que la même expression “séparation des pouvoirs” sert aussi à désigner une règle très ancienne du droit public français, admise déjà au temps de l’absolutisme monarchique et qui a trouvé son expression dans l’édit de Saint-Germain du 6 février 1641 et plus tard dans les lois des 16 et 24 août 1790 (titre II, art. 13) et du 16 Fructidor an III.”⁴⁹⁰

154. De in het Edict van Saint-Germain uitgedrukte beginselen moesten later meermaals worden herhaald omdat de Parlementen er zich niet altijd aan hielden. Vaak legden zij het verbod om van administratieve handelingen kennis te nemen naast zich neer door de overheid aan hun controle te onderwerpen, bevelen tot de overheid te richten en overheidsambtenaren te vervolgen en te berechten. Vooral in de tweede helft van de achttiende eeuw bereikte de strijd tussen de Koning en de Parlementen een hoogtepunt.⁴⁹¹

Tekenend voor de houding van de Parlementen was de Verklaring van het Parlement van Parijs van 3 mei 1788, waarin als “lois fondamentales du royaume” werden gerekend, zowel het beginsel dat “la France est une monarchie gouvernée par le roi suivant les lois” als “le droit des cours de vérifier, dans chaque province, les volontés du roi, et n’en ordonner l’enregistrement qu’autant qu’elles sont conformes aux lois constitutives de la province, ainsi qu’aux lois fondamentales”. Het zal niet verbazen dat het laatste punt met het latere artikel 159 van de Belgische Grondwet in verband wordt gebracht.⁴⁹²

⁴⁸⁸ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 459.

⁴⁸⁹ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 460 en 462.

⁴⁹⁰ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, 240. Zie ook *infra* nr. 196.

⁴⁹¹ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 461 en 463.

⁴⁹² A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 463-464.

§ 2. Na de Franse Revolutie: de Franse Grondwet

155. In de Franse Grondwet van 1791 is van enige wettigheidscontrole door de rechter geen spoor meer te vinden. De Franse Revolutie heeft de soevereiniteit van de vorst verwisseld voor de soevereiniteit van de natie, gekenmerkt door een absoluut vertrouwen in de wetgever, maar het wantrouwen van de grondwetgevende vergadering was niet in de eerste plaats gericht tegen de Koning, maar tegen de rechtscolleges (de Parlementen, *supra* nr. 152). De vrees bestond immers dat de Parlementen, zoals zij zich met kracht tegen de Koning hadden verzet, ook tegen de nieuwe door de grondwetgever ingestelde machten zouden reageren. Bovendien hadden de Parlementen in 1789 het merendeel van hun vroegere populariteit verloren omdat ze zich op conservatieve wijze tegen de economische en sociale hervormingen hadden verzet.⁴⁹³

In de wet van 16 en 24 augustus 1790 op de rechterlijke organisatie⁴⁹⁴ werd de scheiding tussen de administratieve en de rechterlijke overheden vooropgesteld. Artikel 13 van titel II van die wet bepaalde :

“Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions”.⁴⁹⁵

Die bepaling werd later meermaals bevestigd, met name in de Grondwet van 1791 (titel III, hoofdstuk V, artikel 3) en in het decreet van 16 fructidor, jaar III (2 september 1795), respectievelijk in de volgende bewoordingen:⁴⁹⁶

“Les tribunaux ne peuvent (...) ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.”

“Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d’administration de quelque espèce qu’ils soient, aux peines de droit (...)”

156. Het absolute vertrouwen in de wetgever, aan de ene kant, en het historisch te verklaren wantrouwen jegens de rechterlijke macht in haar relatie tot de administratieve overheid, aan de andere kant, hebben in het Franse publiekrecht ertoe geleid dat de gewone rechter de suprematie van de wet op de administratieve handelingen – en dus de naleving van het wettigheidsbeginsel – niet mocht waarborgen, waardoor het aanvankelijk aan de administratieve overheid zelf toekwam om over haar eigen handelingen te oordelen. Dit is het systeem van de “séparation des autorités administratives et judiciaires”, dit is het systeem waaraan de opvatting

⁴⁹³ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 464 en 511.

⁴⁹⁴ De dubbele datum, die de teksten uit het vroegere Franse recht kenmerkt, verwijst naar de dag waarop de wet door het vertegenwoordigend orgaan is goedgekeurd (eerste datum) en de dag waarop het Staatshoofd de wet heeft afgekondigd (tweede datum), zie C. LAMBOTTE, “La date des textes législatifs de la période française”, *JT* 1977, 664.

⁴⁹⁵ *Pasin.*, 1^{ste} reeks, deel I, p. 312.

⁴⁹⁶ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 505.

ten grondslag ligt dat “juger l’administration, c’est encore administrer”, dit is kortom het systeem van de “administration-juge”.⁴⁹⁷

157. In de loop van de negentiende eeuw evenwel evolueert de Conseil d’Etat, die vlak vóór de eeuwwisseling (13 december 1799) werd opgericht, geleidelijk van een administratief adviesorgaan naar een zelfstandig administratief rechtcollege en daardoor komt een onderscheid tot stand tussen het actief bestuur en het administratief contentieux.

Die evolutie wordt bekrachtigd door een wet van 24 mei 1872 en met het arrest Cadot van 13 december 1889 verklaart de Conseil d’Etat uiteindelijk een rechtstreeks bij hem aanhangig gemaakte vordering tot schadevergoeding tegen een plaatselijke overheid ontvankelijk en beslist hij op algemene wijze dat alle bestuursgeschillen rechtstreeks aan hem mogen worden voorgelegd, zonder dat ze eerst aan de minister moeten worden onderworpen.⁴⁹⁸

Waar het revolutionaire beginsel van de scheiding tussen de administratieve en de rechterlijke overheden aanvankelijk inhield dat de administratieve overheidsakten aan elke rechterlijke controle ontsnapten en door het bestuur zelf werden beoordeeld, betekent het voortaan slechts dat er twee soorten van rechtcolleges zijn, de gewone en de administratieve rechtcolleges. Dat neemt niet weg dat de Conseil d’Etat⁴⁹⁹ eerder als een onderdeel van de administratieve overheid wordt beschouwd dan als een emanatie van de rechterlijke macht, zij het met de vereiste onafhankelijkheid ten aanzien van die overheid.⁵⁰⁰

158. Wat betekende nu die scheiding tussen de administratieve en de rechterlijke overheden voor de rechtsbescherming tegen de overheid en meer in het bijzonder voor de wettigheidscontrole van administratieve overheidshandelingen? Kort samengevat kwam die scheiding erop neer dat de gewone rechter, zodra de uitkomst van een voor hem ingesteld rechtsgeding afhing van de wettigheid of de interpretatie van een administratieve overheidsakte, zijn uitspraak ten gronde moest opschorten totdat de bevoegde administratieve overheid – later dus de administratieve rechter – hierover uitspraak deed. Om mogelijke attributieconflicten te beslechten, heeft de Franse wetgever – bij wet van 24 mei 1872 – in een Tribunal des Conflits voorzien,⁵⁰¹ samengesteld uit leden van de Cour de cassation en de Conseil d’Etat.⁵⁰²

⁴⁹⁷ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 509 en 526.

⁴⁹⁸ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 537. Zie ook B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 21: “L’arrêt Cadot consacra lui-même en 1889 la spécificité de la fonction de juger par rapport à celle d’administrer en renonçant à faire du ministre un premier juge des procès administratifs”. Over de evolutie van de Franse Raad van State zie ten slotte ook L. WODON, *Le contrôle juridictionnel de l’administration et la responsabilité des services publiques en Belgique*, Brussel, 1920, dat gedeeltelijk is opgenomen (ook in Nederlandse vertaling!) als bijlage bij het Ontwerp van wet houdende instelling van een Raad van State, *Parl.St. Kamer* 1936-37, nr. 211, 42-60.

⁴⁹⁹ En ook de later opgerichte lagere administratieve rechtbanken.

⁵⁰⁰ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 538-539.

⁵⁰¹ Die ook reeds daarvoor korte tijd had bestaan (1850-1852), zie B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 143.

⁵⁰² Zie A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 554 en 568.

§ 3. Na het Congres van Wenen: de Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden

159. Nadat de Belgische provincies gedurende twintig jaar bij Frankrijk hadden gehoord, werden zij op het Congres van Wenen (1814-1815), na de val van Napoleon, bij het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden gevoegd, waarin de vroegere Zeventien Provinciën en het Prinsbisdom Luik werden verenigd. Dat nieuwe Koninkrijk was bedoeld als een dam tegen het Franse imperialisme.⁵⁰³ Het is de periode van de Restauratie, waarin men de gevolgen van de Revolutie probeerde in te dijken en de macht van de monarchie trachtte te herstellen.

Zeer snel echter jaagt Koning Willem I de twee belangrijkste stromingen in de zuidelijke provincies, de katholieken en de liberalen, tegen zich in het harnas. Zij verzetten zich met kracht tegen het bewind van Willem I. Dat leidt uiteindelijk tot de afscheiding van de zuidelijke provincies en het ontstaan van België (*infra* nr. 162).

Aangezien de regelgevende bevoegdheid vooral bij koninklijk besluit werd uitgeoefend, is het bewind van Willem I de geschiedenis ingegaan als de “besluitenregering”. Onder het voorwendsel dat rechterlijke controle op zijn handelingen een doeltreffend bestuur zou beletten, verwierp de Koning elke controle op de wettigheid van zijn daden. In het zogenaamde Conflictenbesluit van 1822 legde Willem I zelf de grenzen van de bevoegdheden van de rechterlijke macht vast. Hij verbood haar kennis te nemen van administratieve handelingen en onttrok de bestuursgeschillen aan de kennisneming van de gewone rechter.⁵⁰⁴ Krachtens artikel 1 van het Conflictenbesluit werden meer bepaald de gouverneurs in de provincies bevoegd:

“daartoe termen zijnde, en na te hebben ingenomen het advijs van het Collegie van Gedeputeerde Staten hunner Provincie, en lettende op art. 165 der Grondwet en op de Wet van 16 Junij 1816 (Stb. Nr. 27) een gemotiveerde resolutie te nemen, waarbij zij verklaren, dat het Administratief Gezag in de zaak tusschen beide treedt en beweert, dat de kennisneming daarvan niet aan de Hoven en Regtbanken kan toekomen.”⁵⁰⁵

160. Nochtans hield de Grondwet van 1815, op het vlak van de verhouding tussen rechter en bestuur, een afwijzing van het Franse stelsel van de “administration-juge” in. En vooral: de Grondwet maakte uitsluitend de gewone rechter bevoegd om kennis te nemen van bepaalde geschillen, ook wanneer administratieve overheden hierin waren betrokken. Artikel 165 van de Grondwet bepaalde:

“Alle twistgedingen over eigendom of daaruit voorspruitende regten, over schuldvordering of burgerlijke regten, behooren bij uitsluiting tot de kennis van de regterlijke magt.”⁵⁰⁶

⁵⁰³ A. ALEN, *Handboek*, 2.

⁵⁰⁴ A. ALEN, *Handboek*, 3.

⁵⁰⁵ Aangehaald door H.E. BRÖRING, “Hoofdstuk 1. Inleiding”, in L.J.A. DAMEN e.a., *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2006, 33.

⁵⁰⁶ Zie A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 692-693.

Die bepaling, die vooral onder impuls van de Belgische leden van de grondwetscommissie zou zijn aangenomen, zoekt het criterium van de rechterlijke bevoegdheid niet, zoals het Franse recht, in de verhouding waarin de partijen tegenover elkaar staan, maar in het voorwerp van het rechtsgeschil.⁵⁰⁷

Hoewel men van oordeel kan zijn dat artikel 165 normalerwijze tot een rechterlijke wettigheidscontrole moet leiden, bevatte de Grondwet van 1815 daaromtrent geen uitdrukkelijke bepaling. De kwestie leidde tot een machtsstrijd tussen de administratie, die van oordeel was dat de rechter weliswaar van het geschil ten gronde kennis mocht nemen maar niet de wettigheid van het administratief handelen mocht nagaan, en de rechterlijke macht, die er niet voor terugdeinsde haar grondwettelijke taak uit te oefenen.

Met het voormelde Conflictenbesluit (*supra* nr. 159) werd de rechterlijke macht uitdrukkelijk onbevoegd verklaard om een wettigheidscontrole uit te oefenen, onbevoegdheid die door de uitvoerende macht via het opwerpen van conflicten kon worden gehandhaafd. Het was de Koning zelf die over het opgeworpen conflict uitspraak deed, door het te handhaven of in te trekken. Enkel in het laatste geval kon de gewone rechtspleging worden voortgezet,⁵⁰⁸ maar dat was eerder de uitzondering dan de regel.⁵⁰⁹ In weerwil van artikel 165 van de Grondwet was het Conflictenbesluit in wezen niets anders dan de voortzetting van de “administration-juge”.⁵¹⁰

161. Het is pas na het overlijden van Willem I (1843) en na de opheffing van het Conflictenbesluit (1844) – op een ogenblik dat de Belgische provincies reeds meer dan tien jaar op eigen benen staan – dat de rechterlijke macht in Nederland het haar door de Grondwet voorbehouden terrein kan herwinnen. Voortaan werd het aan de Hoge Raad overgelaten om de grenzen van de rechterlijke bevoegdheid af te bakenen.⁵¹¹ De opheffing van het Conflictenbesluit steunde met name op de overweging:

“dat zoo (...) door de vestiging van den Hooge Raad der Nederlanden, als door de wettelijke regeling van onderscheidene onderwerpen van openbaar beheer de redenen welke tot het besluit van 5 Oct. 1822 kunnen geacht worden aanleiding te hebben gegeven, grotendeels hebben opgehouden te bestaan.”⁵¹²

§ 4. Op de golven van een nieuw revolutionair klimaat: de Belgische Grondwet

162. Met de Restauratie werden de gevolgen van de Franse Revolutie wel ingedijkt, maar niet uitgewist. De liberale burgerij en de middenklasse leggen zich niet neer bij het *status quo* van 1815. Een nieuwe revolutiegolf treft Europa in 1830. De Parijse juli-revolutie verzekert de

⁵⁰⁷ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 697.

⁵⁰⁸ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 702-703 en 729-731.

⁵⁰⁹ G.E. VAN MAANEN en R. DE LANGE, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer, Kluwer, 2005, 16.

⁵¹⁰ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 916.

⁵¹¹ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 741.

⁵¹² Aangehaald door H.E. BRÖRING, “Hoofdstuk 1. Inleiding”, in L.J.A. DAMEN e.a., *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2006, 34.

liberale burgerij van de politieke macht in Frankrijk. De beweging slaat over naar andere landen en in augustus 1830 breekt een opstand uit in Brussel.⁵¹³

Op 4 oktober 1830 roept het Voorlopig Bewind de onafhankelijkheid van België uit.⁵¹⁴ Het beslist een Nationaal Congres te laten verkiezen en een grondwetscommissie op te richten, met als opdracht een ontwerp van Grondwet voor te bereiden die aan het Nationaal Congres zal worden voorgelegd. Op 7 februari 1831 neemt het Nationaal Congres de Belgische Grondwet aan, afgekondigd door het decreet van 11 februari 1831.⁵¹⁵

163. Over die Belgische Grondwet schrijft Nihoul: “La Constitution belge est entièrement conçue en réaction contre le privilège et l’omnipotence institués en France au profit de l’administration, et largement pratiqué en Hollande”.⁵¹⁶

Voorheen kwam Alen reeds, meer bepaald in zijn hoofdstuk over het Nederlandse publiekrecht, tot de slotsom dat de periode 1815-1830 van wezenlijke betekenis is geweest voor de Belgische Grondwet. Hij wijst op de overname van het voorwerp van het geschil als criterium om de rechterlijke bevoegdheid te bepalen (vergelijk het hoger vermelde artikel 165 van de Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden, *supra* nr. 160, met artikel 144 van de Belgische Grondwet, *infra* vn. 637), maar vooral ook op de talrijke voorzorgen tegen de uitvoerende macht. Zo werd de wetgevende macht versterkt door de invoering van het wettigheidsbeginsel in zijn beide betekenissen (zie de artikelen 105 en 108 van de Grondwet, *supra* nr. 14) en door de aanneming van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid (zie de artikelen 88 en 106 van de Grondwet). De rechterlijke macht werd versterkt door de erkenning van haar bevoegdheid om, behoudens andersluidende wettelijke bepaling, in alle geschillen met de overheid uitspraak te doen (zie de artikelen 144 en 145 van de Grondwet, *infra* vn. 637) en om haar eigen attributies te bepalen (zie artikel 158 van de Grondwet, *infra* nr. 380). Ten slotte werd ook de uitdrukkelijke bevestiging, als reactie tegen de “besluitenregering” van Willem I, van het rechterlijk wettigheidstoezicht op bestuurshandelingen, dat zowel de versterking van de wet als van de rechter beoogde, noodzakelijk geacht (zie artikel 159 van de Grondwet).⁵¹⁷

164. De Belgische Grondwet zet zich dus af tegen het overwicht van de uitvoerende macht onder de vorige regimes, maar toch blijven de Franse en Nederlandse opvattingen sterk doorwerken in het Belgische publiekrecht.

Zoals alle moderne democratieën, zijn zowel de Franse als de Nederlandse en de Belgische rechtsstelsels gebaseerd op de scheiding der machten. Het verschil ligt hoofdzakelijk hierin dat

⁵¹³ R. LESAFFER, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Universitaire Pers Leuven, 2004, 381 en 383.

⁵¹⁴ Besluit van het Voorlopig Bewind van 4 oktober 1830, *Bulletin des Arrêtés et Actes du Gouvernement provisoire*, nr. 4, eveneens weergegeven in E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès national, de Belgique 1830-1831*, Brussel, Société typographique belge, 1844-1845, IV, 10-11. De onafhankelijkheidsverklaring zou later bij decreet van het Nationaal Congres worden bevestigd.

⁵¹⁵ Décret concernant la promulgation de la Constitution (Wet nopens de afkondiging der Staatswet), *Bull. Off.*, V, nr. 43.

⁵¹⁶ M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l’exécution d’office*, Brugge, la Charte, 2001, 11-12.

⁵¹⁷ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 802-803.

de Franse Grondwet, na de revolutie, een geest van wantrouwen tegen de rechterlijke macht uitstraalt, omdat de voorlopers daarvan zich in het verleden teveel in overheidshandelingen hadden gemengd (*supra* nr. 155), terwijl de Belgische Grondwet zich enkele decennia later vooral afzet tegen de zogenaamde besluitenregering van Willem I (*supra* nrs. 159-160) en dus eerder een wantrouwen tegen de uitvoerende macht uitstraalt. De Nederlandse Grondwet neemt in zekere zin een tussenpositie in tussen die uitersten.

Dat verschil is echter minder dramatisch dan het lijkt. In elk van de drie rechtsstelsels is het uitgangspunt hetzelfde, namelijk de primauteit van de wetgevende macht. Zowel de uitvoerende macht als de rechterlijke macht zijn ondergeschikt aan de wetgevende macht. De vraag is alleen: wie ziet toe op de naleving van die primauteit door de uitvoerende macht? Is dat de uitvoerende macht zelf of is dat de rechterlijke macht? Op dat punt lopen de antwoorden uiteen en door die antwoorden worden de verschillende rechtssystemen in een beslissende plooi gelegd (al groeien zij later toch weer in zekere mate naar elkaar toe).

Afdeling 3 – De wettigheidstoetsing in Frankrijk⁵¹⁸

§ 1. De wettigheidstoetsing in het algemeen

165. De scheidingslijn tussen de twee ordes van rechtscolleges, die in Frankrijk gedurende twee eeuwen op soevereine wijze door de wetgever kon worden getrokken (en door de rechter kon worden geïnterpreteerd), maakt sedert 1987 deelt uit van het grondwettelijke kader, dat met name de tussenkomst van de administratieve rechter oplegt voor een gedeelte van het administratief contentieux.⁵¹⁹ In een beslissing van 23 januari 1987 heeft de Conseil constitutionnel immers bevestigd dat, indien “les dispositions des articles 10 et 13 de la loi du 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III⁵²⁰ qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n’ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle (...), néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des ‘principes fondamentaux reconnus par les lois de la République’ celui selon lequel, à l’exception des matières réservées par nature à l’autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la juridiction administrative l’annulation ou la réformation des décisions prises dans l’exercice de prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle.”⁵²¹

Uit die beslissing vloeit voort dat niet elke bevoegdheid van de gewone rechter ten aanzien van administratieve overheidshandelingen is uitgesloten. Een eerste uitzondering op de

⁵¹⁸ Zie ook J.-F. LECLERCQ en D. DE ROY, “L’exception d’illégalité et le contrôle incident de légalité des actes administratifs en droit belge par la lorgnette du droit comparé”, in *L’article 159 de la Constitution*, 429-450.

⁵¹⁹ P.-L. FRIER en J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Parijs, Montchrestien, 2008, 399.

⁵²⁰ *Supra* nr. 155.

⁵²¹ CC 23 januari 1987, Conseil de la concurrence, *RFDA* 1987, 287, noot B. GENEVOIS. Zie ook L. FAVOREU, “Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n’a pas valeur constitutionnelle”, *RFDA* 1987, 301-304.

bevoegdheid van de administratieve rechter zijn de beroepen tegen overheidsbeslissingen in de “matières réservées par nature à l’autorité judiciaire”, met name aangelegenheden zoals de staat van de personen en de geschillen inzake aantasting van het eigendomsrecht en de fundamentele vrijheden.

Ten tweede volgt uit dezelfde beslissing van de Conseil constitutionnel dat, “dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l’application d’une législation ou d’une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l’intérêt d’une bonne administration de la justice, d’unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l’ordre juridictionnel principalement intéressé”.

De wetgever mag dus de geschillenbeslechting inzake een bepaalde wetgeving of reglementering in haar geheel aan de gewone rechter toevertrouwen, indien zij anders zou versnipperen tussen de administratieve rechter en de gewone rechter. De geschillen inzake prijsreglementering en mededinging bijvoorbeeld behoren in eerste instantie tot de bevoegdheid van de gewone hoven en rechtbanken, wat de wetgever toelaat om aan die hoven en rechtbanken – meer bepaald aan het Hof van beroep te Parijs – de bevoegdheid te verlenen om kennis te nemen van de beroepen tegen administratieve beslissingen van de Conseil de la concurrence.⁵²²

Ten slotte behoort ook de wettigheidcontrole als zodanig niet tot het voorbehouden terrein voor de administratieve rechter; dat geldt enkel voor de bevoegdheid om te vernietigen of te hervormen.⁵²³ Het Tribunal des Conflits heeft het aan de administratieve rechter voorbehouden terrein uitgebreid met het opleggen van voorlopige maatregelen die het uitvoerbaar karakter van de bestuurshandeling zouden kunnen lamleggen. De principiële bevoegdheid van de administratieve rechter zou immers worden uitgehold als de gewone hoven en rechtbanken de bestuurshandeling weliswaar niet zouden kunnen vernietigen, maar ze wel zouden kunnen schorsen of de toepassing ervan zouden kunnen verbieden.⁵²⁴

166. Het *recours pour excès de pouvoir* is volgens de Conseil d’Etat, in zijn arrest *Dame Lamotte* van 17 februari 1950, een “recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d’assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité”.⁵²⁵

⁵²² R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Parijs, Montchrestien, 2006, 157-158.

⁵²³ P.-L. FRIER en J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Parijs, Montchrestien, 2008, 422. Zie ook B. SEILLER, “Le juge civil et l’appréciation de la conventionnalité des actes réglementaires. Concilier *Septfonds* et *Société des Cafés Jacques Vabre*”, *RDP* 2008, 1652: “La déclaration d’illégalité d’un acte réglementaire, à laquelle conduit éventuellement l’examen de l’exception d’illégalité le visant, n’appartient donc pas, en vertu de la Constitution, à la juridiction administrative”.

⁵²⁴ TC 12 maart 1997, Préfet de police de Paris/TGI Paris. Zie ook P.-L. FRIER en J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Parijs, Montchrestien, 2008, 422.

⁵²⁵ CE 17 februari 1950, *Dame Lamotte*, *Rec. Lebon* 110.

In het kader van het *recours de pleine juridiction* daarentegen, affirmeert de Conseil d'Etat zich als "juge de droit commun de l'administration" en ontwikkelt hij een grotendeels nieuw contentieux, dat van de geschillen inzake aansprakelijkheid van de overheid⁵²⁶ en inzake overeenkomsten met de overheid.⁵²⁷ De rol van de bestuursrechter is hier in wezen vergelijkbaar met die van de burgerlijke rechter.⁵²⁸ Terwijl het *recours pour excès de pouvoir* gericht is op de verwijdering van de onwettige akte, laat het *recours de pleine juridiction* de rechter toe om effectief rechtsherstel te bieden en in de plaats van het bestuur te treden.⁵²⁹

Recours pour excès de pouvoir en *recours de pleine juridiction* vervullen naar Franse opvattingen dus verschillende functies: het eerste beroep is gericht op de handhaving van het objectieve recht (*recours objectif*), het tweede beroep op de bescherming van subjectieve rechten van de burger (*recours subjectif*).⁵³⁰

167. Met de oprichting, in 1946, van een Raad van State, heeft de Belgische wetgever gewis inspiratie gezocht in het Franse model. Meer bepaald het beroep tot nietigverklaring is in ruime mate afgekeken van het *recours pour excès de pouvoir*, hetgeen ook de sterke invloed verklaart, vooral in de beginjaren, van de Franse bestuursrechtspraak op de Belgische Raad van State.⁵³¹

Maar het Franse model werd niet helemaal overgenomen: "La grande différence entre les deux systèmes reste le sort réservé au contentieux de la responsabilité de l'administration. En France, il est de la compétence presque exclusive des juridictions administratives. En Belgique, il demeure principalement entre les mains des tribunaux judiciaires".⁵³²

⁵²⁶ M. FROMONT, "Evolution comparée du recours en annulation en France et en Belgique", in B. BLERO (ed.), *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 20.

⁵²⁷ D. TRUCHET, *Droit administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 274.

⁵²⁸ O. GOHIN, *Contentieux administratif*, LexisNexis, Parijs, 2005, 178.

⁵²⁹ B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 38.

⁵³⁰ Meer bepaald het recht op schadevergoeding en het recht op uitvoering van een overeenkomst die door de overheid op onrechtmatige wijze werd beëindigd, O. GOHIN, *Contentieux administratif*, LexisNexis, Parijs, 2005, 181. Zie ook A.J. BOK, "8. Rechtsvergelijkende notities", in *Bestuursprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 149. Volgens Truchet is er een "plein contentieux objectif" (een mengvorm dus van beide soorten administratieve geschillenbeslechting) in ontwikkeling: "le juge y est saisi notamment de certaines sanctions prononcées par les ministres ou les autorités administratives indépendantes contre les opérateurs économiques; il peut non seulement les annuler comme dans le contentieux de l'annulation, mais aussi – et contrairement à ce dernier – leur substituer sa propre décision", D. TRUCHET, *Droit administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 132.

⁵³¹ Bv. de rechtspraak van de Belgische Raad van State inzake de intrekking van bestuurshandelingen (*supra* nr. 123) is ontleend aan het arrest *Dame Cachet* van 3 november 1922 van de Franse Raad van State (dat later werd bijgestuurd door het arrest *Ternon*, *infra* nr. 679), zie B. CAMBIER en D. RENDERS, "La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins", in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 114.

⁵³² M. FROMONT, "Evolution comparée du recours en annulation en France et en Belgique", in B. BLERO (ed.), *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 22.

§ 2. De incidentele wettigheidstoetsing (exceptie van onwettigheid)

a. Wie mag welke bestuurshandelingen toetsen ?

168. De scheiding tussen de administratieve en de rechterlijke overheden heeft, zoals hoger reeds werd opgemerkt (*supra* nr. 165), tot gevolg dat de gewone rechter (mits enkele uitzonderingen), in beginsel niet bevoegd is om kennis te nemen van beroepen tegen een administratieve overheidsakte. Dat uitgangspunt is na meer dan twee eeuwen in essentie nog steeds hetzelfde.⁵³³ Het geldt ook inzake de incidentele wettigheidstoetsing van een dergelijke akte.

Richtinggevend in dat verband is het arrest *Septfonds* van 16 juni 1923, waarin het Tribunal des Conflits wel de bevoegdheid van de burgerlijke rechter erkent om de reglementen – niet de individuele akten – te interpreteren, maar de burgerlijke rechter anderzijds verbiedt de wettigheid van eender welke administratieve overheidsakte te onderzoeken.⁵³⁴ De strafrechter, zo blijkt uit een later arrest, mag de wettigheid toetsen van reglementen, maar niet van individuele akten.⁵³⁵

Het recht is echter steeds een spel van regels en van uitzonderingen op de regels. Dat is in het Franse recht niet anders. Met andere woorden: het uitgangspunt van het arrest *Septfonds* is later afgezwakt door een aantal uitzonderingen.

1) In een arrest van 1947 behield het Tribunal des Conflits de grote lijnen van het arrest *Septfonds*: de burgerlijke rechter mag een bestuurshandeling niet op zijn wettigheid toetsen, behalve, zo voegt het eraan toe, in geval van een “voie de fait”, dit is een zware inbreuk op de individuele vrijheid of het eigendomsrecht. Dit geldt zowel voor algemene als voor individuele bestuurshandelingen.⁵³⁶

2) Nog enkele jaren later erkent het Tribunal des Conflits ook de toetsingsbevoegdheid van de gewone rechter ten aanzien van bestuurshandelingen (algemene en individuele) in fiscale zaken. Het betreft meer bepaald de indirecte belastingen die niet tot de bevoegdheid van de

⁵³³ Er is in de tussentijd wel flink wat getouwtrek geweest in de rechtspraak, vooral tussen het Cour de Cassation en het Tribunal des Conflits, zie daarover A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 568-611.

⁵³⁴ TC 16 juni 1923, *Septfonds*, aangehaald in A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 586.

⁵³⁵ TC 5 juli 1951, *Avranches et Desmarets*, aangehaald in A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 588-589.

⁵³⁶ TC 30 oktober 1947, *Barinstein*, aangehaald in A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 587. In een arrest van 23 oktober 2000 heeft het Tribunal des Conflits de definitie van de “voie de fait” bevestigd: zij betreft de gevallen waarin “l’administration soit a procédé à l’exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d’une décision, même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l’un ou l’autre de ces effets à la condition toutefois que cette dernière décision soit elle-même manifestement insusceptible d’être rattachée à un pouvoir appartenant à l’autorité administrative”, TC 23 oktober 2000, *Boussadar*, aangehaald in G. DUPUIS, M.-J. GUEDON en P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Parijs, Dalloz, 2009, 684. Over de “voie de fait”, zie meer uitgebreid ook R. ODENT, *Contentieux administratif*, Parijs, Dalloz, 2007, deel 1, 424-437. Over de receptie van de “voie de fait” in het Belgische recht, zie *infra* nr. 412.

bestuursrechter maar van de gewone rechter behoren (met name douane- en registratierechten).⁵³⁷

3) De toetsingsbevoegdheid van de strafrechter, die al vroeg in de rechtspraak grotendeels was aanvaard, werd uitdrukkelijk opgenomen in de Nouveau Code pénal.⁵³⁸ Artikel 111-5 bepaalt dat “les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels, et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis”.

4) In de recente cassatierechtspraak is daar nog een nuancering aan toegevoegd: het Cour de cassation erkent namelijk dat de gewone hoven en rechtbanken bevoegd zijn om de reglementen te toetsen op hun verenigbaarheid met internationale rechtsnormen (de zogenaamde “exception d’inconventionnalité”).⁵³⁹ Die laatste nuancering ligt in de rechte lijn van de bevoegdheid om wetten in formele zin te toetsen aan internationale rechtsnormen, die reeds eerder door het Cour de cassation werd erkend, meer bepaald in het arrest *Société des Cafés Jacques Vabre* van 1975,⁵⁴⁰ arrest dat voor het Franse rechtssysteem min of meer betekent wat het arrest *Franco-Suisse Le Ski*⁵⁴¹ betekent voor de Belgische rechtsorde (*infra* nr. 286).

169. Dat zijn dus enkele uitzonderingen op het verbod van incidentele wettigheidstoetsing door de gewone rechter: twee uitzonderingen hebben betrekking op de aard van het toe te passen recht (strafrecht en fiscaal recht), de twee andere uitzonderingen hebben betrekking op de aard van de onwettigheid (groeve onwettigheid respectievelijk strijdigheid met een internationale norm).

Tot daar wat de gewone rechter betreft. Volledigheidshalve moet daaraan worden toegevoegd dat de bestuursrechter zelf uiteraard, onder het motto “qui peut le plus, peut le moins”, niet alleen een rechtstreekse maar ook een incidentele controle op bestuurshandelingen uitoefent (*infra* nr. 173).

170. Voor de andere gevallen, die niet onder één van de uitzonderingen vallen, is er het “contentieux déclaratif”. Het komt immers herhaaldelijk voor dat de gewone rechter slechts uitspraak kan doen nadat de administratieve rechter een bepaalde wettigheidsvraag heeft

⁵³⁷ TC 26 mei 1954, *Société des Hauts fourneaux de la Chiers*, aangehaald in B. SEILLER, “Le juge civil et l’appréciation de la conventionnalité des actes réglementaires. Concilier *Septfonds* et *Société des Cafés Jacques Vabre*”, *RDP* 2008, 1644. Zie ook O. GOHIN, *Contentieux administratif*, LexisNexis, Parijs, 2005, 6; R. ODENT, *Contentieux administratif*, Parijs, Dalloz, 2007, deel 1, 6 en 100.

⁵³⁸ In werking getreden op 1 maart 1994, ter vervanging van de Code pénal, die van 12 februari 1810 dateerde.

⁵³⁹ Zie B. SEILLER, “Le juge civil et l’appréciation de la conventionnalité des actes réglementaires. Concilier *Septfonds* et *Société des Cafés Jacques Vabre*”, *RDP* 2008, 1641-1659; G. DUPUIS, M.-J. GUEDON en P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Parijs, Dalloz, 2009, 686.

⁵⁴⁰ Cass. (fr.) 24 mei 1975, *Bull. I.*, n° 4, p. 6, GP 1975.2.470, concl. TOUFFAIT. Zie ook CE 20 oktober 1989, *Nicolo*, *Rec. Lebon* 190, concl. FRYDMAN.

⁵⁴¹ Cass. 27 mei 1971, *Pas.* 1971, I, 886, waarin het Hof van Cassatie besliste dat, in geval van een conflict tussen Belgisch recht en internationaal recht met directe werking, de rechter voorrang moet geven aan het internationaal recht.

beslecht. Het *recours déclaratif* brengt in dergelijk geval de samenwerking tussen de twee rechtsordes tot stand.⁵⁴²

In de rechtsleer wordt ook gewag gemaakt van “question préjudicielle”,⁵⁴³ maar het is niet de gewone rechter zelf die de zaak bij de administratieve rechter aanhangig maakt. Dat initiatief komt de partijen toe, op verzoek van de gewone rechter, zonder daarbij aan enige ontvankelijkheidsvoorwaarden inzake het annulatieberoep te zijn onderworpen, inzonderheid wat betreft belang en termijn, zelfs niet als het individuele bestuurshandelingen betreft.⁵⁴⁴

171. Welke rechter kan derhalve een incidentele wettigheidstoets uitoefenen? In de eerste plaats natuurlijk de administratieve rechter (oorspronkelijk zelfs enkel de administratieve rechter), maar daarnaast ook de strafrechter en de fiscale rechter en in sommige gevallen ook de burgerlijke rechter, meer bepaald wanneer het een *voie de fait* of een *exception d'inconventionnalité* betreft (*supra* nr. 168). In de meeste gevallen zal de burgerlijke rechter de toetsingsvraag echter naar de administratieve rechter moeten verwijzen (*supra* nr. 170).

Die incidentele wettigheidscontrole vindt plaats ten aanzien van alle bestuurshandelingen en ten aanzien van alle hogere rechtsnormen. De rechter dient zich daarbij te beperken tot een wettigheidscontrole. Hij vermag geen toezicht uit te oefenen op de opportuniteit van het overheidshandelen: “L’administration dispose d’un pouvoir discrétionnaire pour adopter la solution la plus pertinente parmi celles qui sont légalement envisageables”.⁵⁴⁵

b. Hoe lang mogen bestuurshandelingen worden getoetst en met welke gevolgen ?

172. Doordat de scheiding tussen de administratieve en de gewone rechtbanken niet langer absoluut is, bestaat er zoals bij ons en zoals in Nederland een zekere mate van overlappend wettigheidstoezicht. “On ne peut donc pas parler”, aldus Odent, “d’une ligne de partage des compétences mais plutôt d’une zone dans les limites de laquelle certaines compétences s’exercent cumulativement et qui, tout à la fois, unit et sépare le domaine du contentieux administratif et celui du contentieux judiciaire”.⁵⁴⁶ De vraag die ons hierbij interesseert is: hoe gaat het Franse rechtssysteem daarmee om? Meer bepaald: erkent de ene rechter het resultaat van de wettigheidstoetsing door de andere rechter?

⁵⁴² B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 446. “A l’inverse, le juge administratif ne peut trancher lui-même une question de droit privé soulevé devant lui au cours d’un procès et doit la renvoyer à son juge naturel” (323).

⁵⁴³ Zie bv. R. ODENT, *Contentieux administratif*, Parijs, Dalloz, 2007, deel 1, 114, die er bovendien op wijst dat aan twee voorwaarden moet zijn voldaan “pour qu’il y ait question préjudicielle, avec obligation corrélatrice pour le juge du fond de surseoir à statuer jusqu’à la solution de cette question par le juge compétent: il faut, d’une part, que cette solution soit douteuse et, d’autre part, que le sort du litige en dépende” en dat “comme les principes en jeu sont ceux qui régissent la compétence et qu’ils sont d’ordre public, les questions préjudicielles doivent être soulevées, au besoin d’office, par le juge du fond” (118 en 121).

⁵⁴⁴ B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 446-447.

⁵⁴⁵ D. TRUCHET, *Droit administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 214.

⁵⁴⁶ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Parijs, Dalloz, 2007, deel 1, 372.

De beroepstermijn in het Franse administratieve contentieux bedraagt, enkele uitzonderingen buiten beschouwing gelaten,⁵⁴⁷ twee maanden. Zodra die termijn is verstreken, wordt de laattijdigheid ambtshalve opgeworpen.⁵⁴⁸

Eenmaal de beroepstermijn is verstreken, wordt de bestuurshandeling dus in zekere zin definitief. Zij kan niet meer worden vernietigd, maar zij kan wel nog incidenteel worden betwist en bekritiseerd via de toepassing ervan: “Ainsi le permet précisément la technique de l’exception d’illégalité par laquelle on voit sanctionnée l’illégalité d’un acte même définitif par l’annulation d’un autre acte qui le met en œuvre et avec donc des effets concrets proches de ceux qu’aurait procurés son annulation frontale. L’acte illégal, ainsi écarté, ne disparaît pas et les textes antérieurs auxquels il se substituait ne revivent donc pas, l’exception d’illégalité ouvrant plutôt un vide.”⁵⁴⁹

Wanneer zij bij wijze van exceptie wordt betwist, wordt de onwettige bestuurshandeling in het concrete geschil als het ware tussen haakjes geplaatst, zonder dat zij uit de rechtsorde verdwijnt, zodat niet wordt uitgesloten dat zij in een ander geval nog toepassing kan vinden.⁵⁵⁰

173. Het probleem van het overlappend wettigheidstoezicht doet zich vooral voor bij de strafrechter en lijkt sterk op de onbevredigende situatie die zich op meer algemene wijze in ons rechtssysteem manifesteert (*infra* nrs. 548-567). In geval van een vernietiging door de bestuursrechter is er natuurlijk geen probleem, maar de verwerping van een beroep tot vernietiging verleent geen brevet van wettigheid aan de bestuurshandeling, zodat de strafrechter ze achteraf nog steeds onwettig kan bevinden.⁵⁵¹ Omgekeerd, wanneer de strafrechter, “saisie par voie d’exception”, een bestuurshandeling die aan de strafvervolgning ten grondslag ligt, buiten toepassing heeft gelaten, kan de bestuursrechter, “saisie par voie d’action”, weigeren dezelfde akte te vernietigen wegens machtsoverschrijding indien hij de akte wettig bevindt.⁵⁵² De administratieve rechter is immers de “natuurlijke rechter” van de bestuurshandelingen. Melleray merkt in dat verband op dat de verklaringen van onwettigheid door de gewone hoven en rechtbanken “ne sauraient s’imposer de manière absolue au juge administratif, sauf à remettre en cause la répartition constitutionnelle des compétences et la logique même de l’organisation actuelle de la dualité de juridictions”.⁵⁵³

Ook voor de administratieve rechter kan de exceptie van onwettigheid ten aanzien van administratieve akten worden opgeworpen, maar het regime verschilt naar gelang van de aard – reglementerend of niet – van de bestuurshandeling waarvan de toepassing in het geding is. Zo kan elkeen zich in beginsel op de onwettigheid van een reglementerende akte beroepen met het

⁵⁴⁷ Zie B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 209-210.

⁵⁴⁸ B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 211.

⁵⁴⁹ B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2008, 217-218.

⁵⁵⁰ D. TRUCHET, *Droit administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 190.

⁵⁵¹ B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 456-457.

⁵⁵² O. GOHIN, *Contentieux administratif*, LexisNexis, Parijs, 2005, 58.

⁵⁵³ F. MELLERAY, “L’étendue de l’autorité de chose jugée des déclarations d’illégalité d’actes administratifs opérées par le juge administratif”, *AJDA* 2004, 139.

oog op de vernietiging van de bestuurshandeling die daarvan de toepassing vormt. Die onwettigheid kan zelfs nog worden aangevoerd na het verstrijken van de termijn voor het indienen van een annulatieberoep tegen het betrokken reglement en zelfs nadat een dergelijk annulatieberoep werd verworpen,⁵⁵⁴ aangezien een verwerpingsarrest slecht een relatief gezag van gewijsde heeft.⁵⁵⁵

Een exceptie van onwettigheid ten aanzien van niet-reglementerende akten is ook mogelijk, maar zij moet wel binnen de termijn voor het indienen van een annulatieberoep worden opgeworpen, wat de mogelijke toepassing ervan uiteraard ten zeerste beperkt. Zij is dus niet ontvankelijk ten aanzien van akten die een definitief karakter hebben gekregen, behalve wanneer zij deel uitmaken van een complexe administratieve rechtshandeling – een uitzondering die ook in de rechtspraak van de Belgische Raad van State is overgenomen (*infra* nr. 569) – of wanneer de exceptie wordt aangevoerd ter ondersteuning van een vordering tot vergoeding van de schade die zij hebben veroorzaakt.⁵⁵⁶

Hoewel na het verstrijken van de beroepstermijn niet langer de vernietiging van een akte kan worden gevorderd, blijft een vordering mogelijk tot vergoeding van de schade die uit die akte voortvloeit. Volgens Pacteau, “c’est aussi une efficace sanction et une sérieuse garantie, sauf que cette voie indirecte ne peut être appliquée pour un acte d’objet financier devenu définitif”.⁵⁵⁷ De bestuurshandeling wordt dan niet vernietigd, “car ce n’est plus l’acte qui est en cause, mais la faute”.⁵⁵⁸

De burgerlijke rechter, ten slotte, kan zoals reeds opgemerkt (*supra* nr. 171) de exceptie van onwettigheid maar in een beperkt aantal hypothesen toepassen. Wat in het bijzonder de *exception d’inconventionnalité* betreft, acht de rechtsleer het “peu probable que le juge judiciaire déclare un acte réglementaire incompatible avec une norme internationale alors que le juge administratif aura antérieurement été d’un autre avis. Le juge judiciaire acceptera en effet probablement l’autorité de fait qui doit s’attacher aux appréciations portées sur un acte réglementaire par son ‘juge naturel’”.⁵⁵⁹

⁵⁵⁴ Zie R. ODENT, *Contentieux administratif*, Parijs, Dalloz, 2007, deel 1, 867, die eraan toevoegt: “La solution contraire aurait abouti à légitimer l’application indéfinie de dispositions illégales, ce qui aurait été contraire à l’ordre public juridique: non seulement cette solution n’a jamais été admise, mais la tendance jurisprudentielle contemporaine est plutôt d’élargir le contrôle juridictionnel sur la légalité des règlements administratifs.”

⁵⁵⁵ B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 218-219; R. ODENT, *Contentieux administratif*, Parijs, Dalloz, 2007, deel 1, 1027.

⁵⁵⁶ G. DUPUIS, M.-J. GUEDON en P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Parijs, Dalloz, 2009, 663; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Parijs, Montchrestien, 2006, 676-683. Zie ook R. ODENT, *Contentieux administratif*, Parijs, Dalloz, 2007, deel 1, 877-880, die er nog twee minder voorkomende uitzonderingen aan toevoegt en ook preciseerd dat “le juge administratif saisi sur renvoi préjudiciel d’une juridiction judiciaire d’une demande en appréciation de légalité d’un acte administratif individuel, doit dire si cet acte est légal ou illégal sans pouvoir opposer que cet acte est devenu définitif, sans donc tenir compte des délais de recours contentieux” (p. 880).

⁵⁵⁷ B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 223.

⁵⁵⁸ P.-L. FRIER en J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Parijs, Montchrestien, 2008, 448.

⁵⁵⁹ B. SEILLER, “Le juge civil et l’appréciation de la conventionnalité des actes réglementaires. Concilier *Septfonds* et *Société des Cafés Jacques Vabre*”, *RDP* 2008, 1658-1659.

In het geval van het contentieux déclaratif, wanneer de burgerlijke rechter de wettigheidsvraag dus doorspeelt naar de administratieve rechter, zal de burgerlijke rechter gebonden zijn door het antwoord van de administratieve rechter. Het is zelfs zo dat een verklaring van onwettigheid, geformuleerd door de administratieve rechter, de burgerlijke rechter ook bindt buiten het geschil dat tot die verklaring aanleiding heeft gegeven. Het Cour de cassation heeft immers beslist dat “toute déclaration d’illégalité d’un texte réglementaire par le juge administratif, fut-elle décidée à l’occasion d’une autre instance, s’impose au juge civil, qui ne peut plus faire application du texte illégal”.⁵⁶⁰

Die oplossing werd bijzonder sterk bepleit in het verslag van raadsheer Sargos:

“En droit d’abord, il n’y a aucune raison de traiter différemment une déclaration d’illégalité sur recours incident et une annulation directe pour excès de pouvoir. La légalité est une notion objective et unique: un texte réglementaire est légal ou il ne l’est pas et s’il ne l’est pas, le juge judiciaire ne peut plus l’appliquer. Le juge naturel de la légalité est le juge administratif: quelle que soit la forme procédurale de sa décision (déclaration d’illégalité ou annulation), sa décision s’impose dans toutes les instances civiles ou administratives qui suivent la déclaration d’illégalité. [...] Au plan pratique et du bon sens, la critique est encore plus grave car la thèse de l’autorité relative contraint les parties à subir des retards et des frais injustifiés. Le juge civil, auquel une partie apporte la preuve que, précédemment, le Conseil d’Etat a déclaré un texte réglementaire illégal, ne pourrait que lui répondre: « fort bien, mais saisissez de nouveau le Conseil d’Etat ou bien j’applique ce texte »! Ce n’est plus du droit, c’est « Ubu-droit ». Il faut rester sérieux... surtout en matière de question préjudicielle qui doit être sérieuse!”⁵⁶¹

Paradoxaal is wel dat het Cour de cassation op die manier een absoluut gezag van gewijsde verleent aan een déclaration d’illégalité, terwijl de Conseil d’Etat zelf daaraan slechts een relatief gezag van gewijsde toekent. In een arrest van 3 juli 1996 bijvoorbeeld bevestigt de Conseil d’Etat, met betrekking tot een verklaring van onwettigheid door een administratieve rechtbank, dat die verklaring “n’était pas revêtue de l’autorité absolue de la chose jugée qui se serait attachée à l’annulation pour excès de pouvoir du même plan d’occupation des sols”.⁵⁶²

174. Omdat de exceptie van onwettigheid ten aanzien van reglementen te allen tijde kan worden opgeworpen, is zij als het ware de natuurlijke vijand van de rechtszekerheid. Om aan dat ongemak te verhelpen, heeft de wetgever een belangrijke beperking aangebracht, niet op algemene wijze maar enkel in het specifieke contentieux van de stedenbouw. Een wet van 9 februari 1994, de zogenaamde wet “Bosson” (thans artikel L. 600-1 van de Code de l’urbanisme), heeft de termijn “durant lequel un vice de forme ou de procédure peut être invoqué

⁵⁶⁰ X. DUPRE DE BOULOIS, “Exception d’inconventionnalité des règlements administratifs: la Cour de cassation persiste et signe”, *RFDA* 2008, 502, met verwijzing naar Cass. (fr.) 19 juni 1985 en 23 oktober 2007. Zie ook Cass. (fr.) 26 april 2000, vermeld door F. MELLERAY, “L’étendue de l’autorité de chose jugée des déclarations d’illégalité d’actes administratifs opérées par le juge administratif”, *AJDA* 2004, 138.

⁵⁶¹ Verslag P. SARGOS, aangehaald in F. MELLERAY, “L’étendue de l’autorité de chose jugée des déclarations d’illégalité d’actes administratifs opérées par le juge administratif”, *AJDA* 2004, 140.

⁵⁶² CE 3 juli 1996, Société A.B.C Engineering, *Rec. Lebon* 259, aangehaald in F. MELLERAY, “L’étendue de l’autorité de chose jugée des déclarations d’illégalité d’actes administratifs opérées par le juge administratif”, *AJDA* 2004, 140, die ook een oplossing voortstelt voor deze weinig coherente rechtspraak (141-142). Zie ook B. SEILLER, “L’autorité absolue conférée – un peu vite? – aux déclarations d’illégalité d’actes administratifs”, noot onder CE 28 december 2001, Syndicat CNT des PTE de Paris et autres, *AJDA* 2002, 542-548.

contre un règlement d'urbanisme applicable à une décision individuelle d'urbanisme" beperkt tot zes maanden.⁵⁶³

Daarnaast heeft de wetgever, dit keer wel op algemene wijze, aan de administratieve overheid de verplichting opgelegd om de wettigheid te herstellen :

"L'autorité administrative est tenue, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, d'abroger expressément tout règlement illégal ou sans objet, que cette situation existe depuis la publication du règlement ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date."⁵⁶⁴

Volgens de rechtspraak van de Conseil d'Etat mag de administratieve overheid een onwettig reglement ook niet toepassen: "En vertu d'un principe général, il incombe à l'autorité administrative de ne pas appliquer un règlement illégal",⁵⁶⁵ zoniet brengt zij haar aansprakelijkheid in het geding.⁵⁶⁶ Zij moet anderzijds volledige uitwerking verlenen "à l'acte individuel irrégulier qui n'a été ni retiré, ni annulé, ni déclaré illégal par une décision juridictionnelle".⁵⁶⁷ Wat de reglementen betreft, primeert derhalve de wettigheid, "pour les actes non-réglementaires, elle s'incline devant les droits acquis".⁵⁶⁸

§ 3. De exceptie van ongrondwettigheid

175. De exceptie van ongrondwettigheid, niet ten aanzien van administratieve akten, maar ten aanzien van wetgevende akten, valt strikt genomen buiten het onderwerp van dit proefschrift, maar is er anderzijds toch onlosmakelijk mee verbonden, doordat zij eveneens strekt tot het doen eerbiedigen van de hiërarchie der rechtsnormen. Het is bovendien een interessante kwestie omdat er op dat punt een recente wijziging valt op te tekenen.

Het Franse recht kende tot voor kort enkel de voorafgaande, abstracte grondwettigheidscontrole van wetten door de Conseil constitutionnel en éénmaal die kaap gerond, konden wetten in de rechtsorde blijven bestaan en worden toegepast, zelfs indien zij door een ongrondwettigheid waren aangetast. Die onaantastbaarheid ten aanzien van de Grondwet stond in scherp contrast

⁵⁶³ B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 220, die eraan toevoegt "que la réserve des illégalités externes dans le contrôle par voie d'exception s'insinue tout de même aussi dans le contentieux des procédures d'utilité publique (art. L. 11-1-1 du C. de l'expropriation et art. L. 121-14 C. de l'environnement)".

⁵⁶⁴ Wet van 20 december 2007 relative à la simplification du droit, die een artikel 16-1 toevoegt aan de wet van 12 april 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, aangehaald in G. DUPUIS, M.-J. GUEDON en P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Parijs, Dalloz, 2009, 500. Zie ook B. SEILLER, "Pourquoi ne rien voter quand on peut adopter une loi inutile?", *AJDA* 2008, 402-406.

⁵⁶⁵ CE, avis, 9 mei 2005, Marangio, *Rec. Lebon* 2005, 195, *AJDA* 2005, 1032 (het hoger vermelde artikel L.600-1 C. urb. kan wel in de weg staan aan het verbod om een onwettig reglement toe te passen), aangehaald in D. TRUCHET, *Droit administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 252. Zie ook B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 221.

⁵⁶⁶ P.-L. FRIER en J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Parijs, Montchrestien, 2008, 447.

⁵⁶⁷ CE 16 december 2005, Lacroix, *Rec. Lebon* 2005, 585.

⁵⁶⁸ D. TRUCHET, *Droit administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 252.

met de mogelijkheid, voor elke rechter, om wetten die niet verenigbaar zijn met internationale bepalingen buiten toepassing te laten (*supra* nr. 168).⁵⁶⁹

In 2008 werd een nieuw artikel 61-1 in de Franse Grondwet opgenomen, dat een incidentele grondwettigheidscontrole invoert:

“Lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce sur un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d’application du présent article.”⁵⁷⁰

Een rechtscollege waarvoor een dergelijke exceptie van ongrondwettigheid wordt opgeworpen, zal die naar het hoogste orgaan van zijn eigen rechtsorde moeten doorsturen (het Cour de cassation of de Conseil d’Etat, naargelang het geval), die vervolgens binnen een bepaalde termijn zal moeten beslissen of de vraag verdient te worden voorgelegd aan de Conseil constitutionnel.⁵⁷¹ De organieke wet die de nieuwe grondwetsbepaling in werking heeft doen treden,⁵⁷² dateert van 10 december 2009.⁵⁷³

Afdeling 4 – De wettigheidstoetsing in Nederland

§ 1. De wettigheidstoetsing in het algemeen

176. Zoals in Frankrijk is de exceptie van onwettigheid in Nederland door de rechtspraak aanvaard, zonder uitdrukkelijke grondslag, zowel ten aanzien van reglementen als van individuele akten, zij het wat die laatste betreft met enkele beperkingen (*infra* nrs. 181-182). De regel die bepaalt dat normen op basis van hun hiërarchie voorrang kunnen hebben op andere normen, volgt in Nederland inderdaad uit het ongeschreven constitutionele recht. Slechts hier en daar zijn elementen van die regel in de Grondwet opgenomen, zoals in artikel 94.⁵⁷⁴

Artikel 94 van de Nederlandse Grondwet bepaalt dat “binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften” niet worden toegepast indien die toepassing niet verenigbaar zou zijn met een

⁵⁶⁹ F.-X. MILLET, “L’exception d’inconstitutionnalité en France ou l’impossibilité du souhaitable?”, *RDP* 2008, 1308.

⁵⁷⁰ Loi constitutionnelle n° 2008-724 van 23 juli 2008 de modernisation des institutions de la Ve République. Zie daarover het speciale dossier “L’exception d’inconstitutionnalité: un chantier difficile”, *RDP* 2009, 565-684.

⁵⁷¹ P.-L. FRIER en J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Parijs, Montchrestien, 2008, 46.

⁵⁷² Zie CE 31 december 2008, Association de défense des droits des militaires, nr. 307.405, *AJDA* 2009, 148.

⁵⁷³ Zie o.a. P. BON, “La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009”, *RFDA* 2009, 1107-1124. Zie ook de prejudiciële vragen over die organieke wet aan het Hof van Justitie, meer bepaald inzake de verenigbaarheid ervan met de Simmenthal-doctrine (*infra* nrs. 289-291), Cass. (fr.) 16 april 2010, en het antwoord daarop (na een spoedprocedure), HvJ (Grote kamer) 22 juni 2010, Melki en Abdeli, C-188/10 en C-189/10. Cf. *infra* nr. 295 en vn. 941.

⁵⁷⁴ W.J.M. VOERMANS en S.C. VAN BIJSTERVELD, “Inleiding hoofdstukken 5 en 6: wetgeving, bestuur en rechtspraak”, in A.K. KOEKKOEK (ed.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2000, 414.

internationale norm.⁵⁷⁵ Wanneer een wet, bijvoorbeeld een belastingwet, in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, neergelegd in artikel 26 van het IVBPR, dan moet zij ten aanzien van de belanghebbenden buiten toepassing blijven.⁵⁷⁶ Wat dus in België en in Frankrijk jurisprudentieel is tot stand gekomen – althans ten aanzien van wetten (*supra* nr. 168) – is in Nederland uitdrukkelijk in de Grondwet verankerd.

177. In de twintigste eeuw begon in Nederland, zeer geleidelijk en fragmentarisch, de ontwikkeling van de bestuursrechtspraak. Naarmate het stelsel van administratieve rechtspraak zich uitbreidde en gelijkwaardiger werd, is de burgerlijke rechter zich gaan terugtrekken van de terreinen van de bestuursrechter.⁵⁷⁷

Bij de grondwetsherziening van 1983 is de regeling van de rechtsmacht inzake de verschillende soorten rechtspraak opnieuw vastgesteld. Artikel 112, eerste lid, van de Nederlandse Grondwet bevat de hoofdregel:

“Aan de rechterlijke macht is opgedragen de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen.”

Vergeleken met artikel 165 van de Grondwet van 1815 (*supra*, nr. 160) en met artikel 144 van de Belgische Grondwet (*infra* vn. 637) valt op dat de woorden “bij uitsluiting” zijn weggefallen. De exclusiviteit van de bevoegdheid van de rechterlijke macht volgt niettemin uit artikel 112, tweede lid, van de Nederlandse Grondwet:

“De wet kan de beslechting van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, opdragen hetzij aan de rechterlijke macht, hetzij aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren.”

Uit die bepaling wordt afgeleid dat de berechting van geschillen die uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, bij uitsluiting is voorbehouden aan de rechterlijke macht. Daarvan mag de wetgever niet afwijken.⁵⁷⁸

178. Vergeleken met Frankrijk, is er dus sprake van een totaal verschillend uitgangspunt van de bevoegdheidsverdeling tussen gewone rechter en bestuursrechter: in Frankrijk is er een vrije strikte scheiding en is de bevoegdheid van de gewone rechter ten aanzien van overheids-handelingen de uitzondering. In Nederland is de scheiding veel minder strikt – zoals in België – en is de bevoegdheid van de bestuursrechter de uitzondering.

⁵⁷⁵ Zie daarover V. DE GRAAF, “Tussen droom en daad: toetsing aan internationaal recht door de Nederlandse rechter”, in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 315-334.

⁵⁷⁶ G.E. VAN MAANEN en R. DE LANGE, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer, Kluwer, 2005, 48, met verwijzing naar HR 15 juli 1998, 17 augustus 1998 en 12 mei 1999, NJ 2000, 1084, nr. 168, noot A.R. BLOEMBERGEN.

⁵⁷⁷ D. ALLEWIJN en J.B.J.M. TEN BERGE, “1. Het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming”, in *Bestuursprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 9.

⁵⁷⁸ J.A.M. VAN ANGEREN, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer, Kluwer, 2008, 4.

Met andere woorden: berechting door de rechterlijke macht is in Nederland de hoofdregel. Indien het niet aan een ander gerecht is opgedragen, moet de burgerlijke rechter het hem voorgelegde bestuursrechtelijk geschil beslechten. Daarbij is het voorwerp van het geschil bepalend voor de bevoegdheid van de burgerlijke rechter. Indien dat een inbreuk op een burgerlijk recht betreft, acht de burgerlijke rechter zich bevoegd, ongeacht de eraan ten grondslag liggende publiekrechtelijke rechtsverhouding. Doorgaans zal hij de vordering evenwel onontvankelijk verklaren indien er een andere, met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstaat of heeft opengestaan.⁵⁷⁹

Als gevolg daarvan leidt een uitzondering op de bevoegdheid van de administratieve rechter automatisch tot een berechting door de burgerlijke rechter. Belangrijk in dat verband is dat op grond van de Nederlandse wetgeving het beroep tot nietigverklaring slechts mogelijk is tegen beschikkingen en niet tegen algemeen verbindende voorschriften of reglementen.⁵⁸⁰ Dat heeft dus tot gevolg dat daarover een procedure mogelijk is bij de burgerlijke rechter.⁵⁸¹ De grondslag voor een procedure bij de burgerlijke rechter tegen overheidsoptreden wordt meestal gezocht in de regeling van de onrechtmatige daad.

In het arrest *Changoe* van 28 februari 1992 oordeelde de Hoge Raad met name:⁵⁸²

“Wanneer een administratieve rechter bevoegd is van een geschil kennis te nemen, doet zulks in het algemeen niet af aan de bevoegdheid van de burgerlijke rechter [...], met name niet aan zijn bevoegdheid met betrekking tot vorderingen uit onrechtmatige daad. [...] een en ander leidt tot een uit het oogpunt van rechtsbescherming bevredigende en in een rechtsstaat passende resultaat dat de burger een zo volledig mogelijke rechtsbescherming geniet, nu de burgerlijke rechter, anders dan in een stelsel van uitsluitende bevoegdheid van de administratieve rechter aanvullende rechtsbescherming kan bieden.”

Op grond van vaste rechtspraak van de Hoge Raad treedt de burgerlijke rechter dus terug indien er een bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat. De burgerlijke rechter is dan weliswaar bevoegd, maar hij verklaart de eiser niet onvankelijk in zijn vordering.⁵⁸³ Indien nodig kan de gewone rechter steeds aanvullende rechtsbescherming bieden als de bijzondere – maar niet uitsluitende – bemoeienis van de bestuursrechter zou tekortschieten. In eerste instantie echter wordt de onvankelijkheid van een vordering bij de gewone rechter bepaald door de bevoegdheid van de bestuursrechter.⁵⁸⁴

⁵⁷⁹ C.J. BAX, “Hoofdstuk 6: Rechtspraak”, in A.K. KOEKKOEK (ed.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2000, 522-523.

⁵⁸⁰ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 784.

⁵⁸¹ M. SCHELTEMA, “6. Rechtsbescherming en constitutioneel recht”, in *Bestuursprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 105 en M. SCHELTEMA, “7. De rol van de burgerlijke rechter in bestuursgeschillen”, in *Bestuursprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 115.

⁵⁸² HR 28 februari 1992, *Changoe/Staat*, NJ 1992, 2947, nr. 687, noot M. SCHELTEMA.

⁵⁸³ G.E. VAN MAANEN en R. DE LANGE, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer, Kluwer, 2005, 34.

⁵⁸⁴ J.A.M. VAN ANGEREN, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer, Kluwer, 2008, 21 en 29.

179. De praktische gevolgen zijn dezelfde als in Frankrijk en in België. Een procedure voor de administratieve rechter is primair gericht op het vernietigen van het bestreden besluit. Indien het beroep gegrond is, wordt het besluit in beginsel met terugwerkende kracht van zijn rechtsgevolgen ontdaan.

De burgerlijke rechter daarentegen kan geen vernietiging uitspreken: hij kan een besluit slechts onrechtmatig bevinden. Wel kan hij de overheid, in bepaalde gevallen, verbieden of gebieden bepaalde handelingen te verrichten.⁵⁸⁵

§ 2. De incidentele wettigheidstoetsing (exceptie van onwettigheid)

180. Daarmee is in grote lijnen de rechtsbescherming tegen de overheid in Nederland geschetst, maar daarmee is nog maar weinig gezegd over de incidentele wettigheidstoetsing. Ook hier spelen dezelfde vragen als ten aanzien van het Franse rechtssysteem: welke rechter mag incidenteel de wettigheid toetsen; welke akten mag hij controleren; staat er een tijdslimiet op die controle en wat zijn de gevolgen van de controle?

a. *Wie mag welke bestuurshandelingen toetsen ?*

181. Gelet op de principiële bevoegdheid van de gewone rechter, is het uitgangspunt eigenlijk eenvoudiger dan in Frankrijk: elke rechter mag en moet in beginsel nagaan of de door hem toe te passen voorschriften verbindend zijn; onrechtmatige voorschriften missen die verbindendheid. Het gaat in beginsel ook om alle akten, al is er een belangrijk verschil tussen individuele beschikkingen en algemeen verbindende voorschriften wat betreft de tijdslimiet.

In het Nederlandse recht komt wat de individuele besluiten betreft namelijk een belangrijke rol toe aan het zogenaamde beginsel van de formele rechtskracht.⁵⁸⁶ De Hoge Raad omschrijft dit begrip in het standaardarrest *Heesch/Van de akker* van 16 mei 1986, waarin het oordeelt “dat wanneer tegen een beschikking een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan, de burgerlijke rechter, zo deze beroepsgang niet is gebruikt, in geval de geldigheid van de beschikking in het voor hem gevoerde geding in geschil is, ervan dient uit te gaan dat die beschikking zowel wat haar wijze van tot stand komen als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen”.⁵⁸⁷

In een later arrest wordt het beginsel van de formele rechtskracht meer precies omschreven als “het beginsel dat moet worden uitgegaan van de geldigheid van een besluit van een bestuursorgaan indien daartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft

⁵⁸⁵ G.E. VAN MAANEN en R. DE LANGE, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer, Kluwer, 2005, 3-6.

⁵⁸⁶ Zie daarover inzonderheid M.R. MOK en R.P.J.L. TJJITES, “Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid”, *RMThemis* 1995, 383-404.

⁵⁸⁷ HR 16 mei 1986, *Heesch/van de Akker*, NJ 1986, 2725, nr. 723, noot M. SCHELTEMA.

opengestaan en deze rechtsgang hetzij niet is gebruikt, hetzij niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid”.⁵⁸⁸

De formele rechtskracht is dus een gevolg van het niet of zonder succes benutten van procedurele mogelijkheden en staat los van de inhoud van het besluit. Het beginsel van de formele rechtskracht betekent dat de rechter in principe⁵⁸⁹ gebonden is door de uitspraak van de administratieve rechter en ook de geldigheid van het besluit aanvaardt indien het besluit niet binnen de beroepstermijn bij de administratieve rechter is aangevochten. Die beroepstermijn bedraagt in Nederland in principe zes weken.

Het beginsel geldt ook “indien dit de burgerlijke rechter ertoe zou nopen aan zijn uitspraak de rechtsgeldigheid ten grondslag te leggen van een beschikking waarvan als vaststaand mag worden aangenomen dat zij, als daartegen tijdig administratiefrechtelijk beroep zou zijn ingesteld, zou zijn vernietigd”.⁵⁹⁰

De eisen van een doeltreffende rechtsbescherming van de burger laten echter niet toe dat de formele rechtskracht evenzeer zou gelden “indien de bestuursrechter weliswaar reeds over de rechtmatigheid van het besluit heeft geoordeeld, maar dit is gebeurd in een procedure waaraan de eerdergenoemde partij bij gebreke van het rechtens vereiste belang niet heeft kunnen deelnemen”. Dat zou volgens de Hoge Raad “tot het niet aanvaardbare gevolg leiden dat de genoemde partij zelf de grondslag van haar vordering noch door de bestuursrechter noch door de burgerlijke rechter zou kunnen laten beoordelen”.⁵⁹¹

182. Zodra een besluit formele rechtskracht heeft verkregen, kan daaraan niet meer worden getornd, zo oordeelde de Hoge Raad, omdat dit anders tot “een onaanvaardbare onzekerheid ten aanzien van de rechtmatigheid van beschikkingen zou leiden”.⁵⁹²

In het arrest *Van Gog/Nederweert* geeft de Hoge Raad daarvoor de volgende argumenten. Voorkomen moet worden (1) dat de partijen opnieuw moeten strijden over een punt dat reeds door een andere rechter is beslist, (2) dat de burgerlijke rechter tot een ander oordeel zou komen dan zijn administratieve ambtsgenoot en (3) dat de burgerlijke rechter zich moet inlaten met vragen die typisch tot het terrein van de administratieve rechter behoren.⁵⁹³ Het laatstgenoemde argument komt ook aan de orde in een ander arrest van de Hoge Raad:

⁵⁸⁸ HR 2 juni 1995, *Aharchi/Bedrijfsvereniging*, NJ 1997, 828, nr. 164, noot M. SCHELTEMA.

⁵⁸⁹ Voor enkele echte of vermeende uitzonderingen op het beginsel, zie L.J.A. DAMEN, “Hoofdstuk 9. Rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter”, in L.J.A. DAMEN e.a., *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2006, 317-322 en vooral J.A.M. VAN ANGEREN, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer, Kluwer, 2008, 43-66.

⁵⁹⁰ HR 16 mei 1986, *Heesch/van de Akker*, NJ 1986, 2725, nr. 723, noot M. SCHELTEMA.

⁵⁹¹ HR 3 februari 2006, *Staat/Stichting the European Club Support Foundation-Rijnmond*, NJ 2006, 3097, nr. 325, noot M.R. MOK; J.A.M. VAN ANGEREN, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer, Kluwer, 2008, 31-32.

⁵⁹² HR 2 juni 1995, *Aharchi/Bedrijfsvereniging*, NJ 1997, 828, nr. 164, noot M. SCHELTEMA.

⁵⁹³ HR 31 mei 1991, *Van Gog/Nederweert*, NJ 1993, 317, nr. 112, noot C.J.H. BRUNNER; G.E. VAN MAANEN en R. DE LANGE, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer, Kluwer, 2005, 102.

“Deze regel berust op de gedachte van een doelmatige taakverdeling, waarbij als uitgangspunt heeft te gelden dat ten aanzien van overheidsbesluiten de beslissing omtrent de vraag of het besluit jegens een belanghebbende als onrechtmatig moet worden aangemerkt, in een administratiefrechtelijke procedure wordt genomen.”⁵⁹⁴

Alleen als het besluit wordt vernietigd, komt aan de rechtskracht ervan een einde. De Hoge Raad gaat dan uit van de “bindende kracht” van het oordeel van de bestuursrechter:

“Zulk een oordeel van de Afdeling heeft in beginsel voor de burgerlijke rechter in een later geding tussen partijen bindende kracht, niet alleen bij zijn oordeel omtrent de onrechtmatigheid, maar ook daarbuiten, zoals bij zijn oordeel omtrent de toerekening van de onrechtmatige daad.”⁵⁹⁵

De formele rechtskracht geldt in beginsel ook voor de strafrechter, al lijkt de Hoge Raad op dat punt een slag om de arm te houden door te spreken van “behoudens bijzondere omstandigheden”.⁵⁹⁶

183. Ook wat de algemeen verbindende voorschriften betreft, kan de vraag naar hun rechtmatigheid rechtstreeks aan de orde worden gesteld, met een vordering tot schadevergoeding. Bij de bestuursrechter is een dergelijk beroep zoals gezegd niet mogelijk, wel bij de burgerlijke rechter (*supra* nr. 178). Maar de vraag naar de rechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften kan ook incidenteel worden aangebracht, zowel bij de burgerlijke rechter, bij de strafrechter als bij de administratieve rechter, in de vorm van een exceptie wegens onverbindendheid van een bepaalde regeling op grond van de stelling dat die regeling in strijd is met een hogere regeling.⁵⁹⁷ Zo kan bijvoorbeeld de Raad van State een gemeentelijke verordening toetsen “in het kader van het (...) beroep tegen een concreet, appellante rechtstreeks in haar belang treffend besluit”.⁵⁹⁸

184. Lagere regelgeving kan niet alleen aan hogere regelgeving worden getoetst, maar ook aan algemene rechtsbeginselen of beginselen van behoorlijk bestuur. Strijdigheid leidt tot onverbindendheid en de vaststelling en uitvoering van de betrokken regeling kan dan onrechtmatig zijn jegens de eisers.⁵⁹⁹ Van belang daarbij is wel dat de rechter “niet op de stoel van de wetgever” mag gaan zitten. De algemene belangenafweging en het bepalen van het maatschappelijk gewicht dat aan die belangen moet worden toegekend, is voorbehouden aan de overheid. De wijze waarop die belangenafweging plaatsvindt kan wel marginaal worden

⁵⁹⁴ HR 19 juni 1998, Kaveka/Apeldoorn, *NJ* 1999, 4957, nr. 869, noot M. SCHELTEMA.

⁵⁹⁵ HR 31 mei 1991, Van Gog/Nederweert, *NJ* 1993, 317, nr. 112, noot C.J.H. BRUNNER.

⁵⁹⁶ HR 26 november 2002, Regeling fokverbod varkens, *NJ* 2003, 576, nr. 81; J.A.M. VAN ANGEREN, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer, Kluwer, 2008, 37-38.

⁵⁹⁷ G.E. VAN MAANEN en R. DE LANGE, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer, Kluwer, 2005, 111.

⁵⁹⁸ RvS 18 juli 2001, De Sjees Delft, *AB* 2003, 1621, nr. 340, noot L.J.A. DAMEN.

⁵⁹⁹ G.E. VAN MAANEN en R. DE LANGE, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer, Kluwer, 2005, 114.

getoetst. Meer bepaald mag de rechter nagaan of de overheid “in redelijkheid niet tot het desbetreffende voorschrift is kunnen komen”.⁶⁰⁰

Belangrijk in dat verband is ook dat de rechtmatigheid van een regeling rechtstreeks aan de orde kan worden gesteld, ook al heeft men verzuimd om de op grond van die regeling genomen beschikking aan de bestuursrechter voor te leggen, die derhalve formele rechtskracht heeft gekregen. De Hoge Raad maakt wel duidelijk een onderscheid tussen een geschil over de rechtmatigheid van de beschikking en de vordering tegen de regeling zelf, maar de loutere mogelijkheid van een beroep tegen de beschikking is geen hinderpaal om rechtstreeks en onmiddellijk de verbindendheid van de onderliggende regeling aan de orde te stellen.⁶⁰¹

b. Hoe lang mogen bestuurshandelingen worden getoetst en met welke gevolgen ?

185. De formele rechtskracht heeft tot gevolg dat een besluit binnen korte termijn onaantastbaar wordt als geen beroep is ingesteld. Volgens Scheltema is dat een nadelig gevolg. Hij ziet meer heil in de lange verjaringstermijn van het privaatrecht.⁶⁰² Van Angeren van zijn kant meent dat een lange verjaringstermijn een (te) lange termijn van onzekerheid doet ontstaan, niet alleen voor de overheid, maar voor alle belanghebbenden.⁶⁰³

Scheltema is ook van oordeel dat een onaantastbaar en dus geldig besluit toch onrechtmatig zou kunnen zijn en bijgevolg tot aansprakelijkheid en tot schadevergoeding zou kunnen leiden.⁶⁰⁴ Volgens van Angeren zou dat niet alleen een breuk betekenen met een jarenlange en op goede gronden gevestigde rechtspraak, maar zou het ook grote onzekerheid scheppen: zowel de overheid als de belanghebbenden zouden ondanks de rechtsgeldigheid van het genomen besluit nog jaren rekening moeten houden met mogelijke civiele aansprakelijkheden, hetgeen ook de uitvoering ervan nadelig zou beïnvloeden.⁶⁰⁵

186. Een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter is uiteraard wel ontvankelijk indien tegen het onrechtmatig geachte besluit geen beroep bij de bestuursrechter openstaat. Dat is met name het geval voor algemeen verbindende voorschriften (*supra* nr. 178). Dat geldt zowel voor wetten als voor lagere regelgeving (algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en regelingen afkomstig van organen van decentrale overheden), zij het dat de toetsingsmogelijkheid ten aanzien van wetten beperkt is. Enkel bij strijdigheid met eenieder verbindende verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties kan een wet aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad doen ontstaan en moet zij overigens op grond van

⁶⁰⁰ HR 16 mei 1986, Landbouwwliegers, *AB* 1986, 1678, nr. 574; G.E. VAN MAANEN en R. DE LANGE, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer, Kluwer, 2005, 114-115.

⁶⁰¹ HR 11 oktober 1996, Leenders/Ubbergen, *NJ* 1997, 834, nr. 165, noot M. SCHELTEMA; J.A.M. VAN ANGEREN, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer, Kluwer, 2008, 53-55.

⁶⁰² M. SCHELTEMA, “Kunnen wij zonder de formele rechtskracht?”, *NTB* 2007, 96.

⁶⁰³ J.A.M. VAN ANGEREN, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer, Kluwer, 2008, 36 (vn. 11).

⁶⁰⁴ M. SCHELTEMA, “Kunnen wij zonder de formele rechtskracht?”, *NTB* 2007, 97.

⁶⁰⁵ J.A.M. VAN ANGEREN, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer, Kluwer, 2008, 36 (vn. 11).

artikel 94 van de Grondwet door de rechter buiten toepassing worden gelaten (*supra* nr. 176 en *infra* nr. 191).

Aangezien een beroep tot nietigverklaring van reglementen niet mogelijk is bij de bestuursrechter, is er ook geen sprake van formele rechtskracht van dergelijke reglementen na het verstrijken van een beroepstermijn. Maar wanneer de (hoogste) bestuursrechter zich incidenteel heeft uitgesproken over een dergelijk reglement, dan acht de gewone rechter (burgerlijke rechter zowel als strafrechter⁶⁰⁶) zich daar in principe door gebonden en dit op grond van een behoorlijke taakverdeling tussen beide rechters, mede met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken:

“Indien een bestuursorgaan dat die regeling heeft uitgevaardigd of met de uitvoering daarvan is belast in een bestuursrechtelijke procedure als partij betrokken was, en een burger, ongeacht of hij al dan niet partij was in de bestuursrechtelijke procedure, zich beroept op de in die procedure uitgesproken onverbindendheid van de regeling, is de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt in een daarna volgend civielrechtelijk geding daaraan gebonden in die zin dat deze zich niet op het standpunt kan stellen dat de regeling in de civielrechtelijke procedure voor verbindend moet worden gehouden.”⁶⁰⁷

De Hoge Raad geeft twee redenen voor het formuleren van deze regel. Burgers moeten na onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter zekerheid hebben over hun rechtspositie. Daarom behoort een bestuursorgaan, dat in een geding bij de hoogste bestuursrechter wordt geconfronteerd met een onverbindendverklaring, af te zien van verdere handhaving van het onverbindend verklaarde voorschrift. De burgerlijke procedure mag voor dat bestuursorgaan geen verkapt rechtsmiddel worden. Bovendien moet volgens de Hoge Raad worden tegengegaan “dat de burgerlijke en de bestuursrechter tot verschillende oordelen over dezelfde rechtsvraag komen”.⁶⁰⁸

Dat is dus het geval indien de administratieve rechter van oordeel is dat het reglement onwettig is. In het andere geval, indien de verbindende kracht van het reglement werd behouden, is de “volgplicht” van de burgerlijke rechter ten aanzien van het oordeel van de hoogste bestuursrechter zwakker. Zij geldt slechts ten aanzien van de rechtzoekende die de hoogste bestuursrechter niet ervan heeft kunnen overtuigen dat een reglement verbindende kracht mist.⁶⁰⁹ Een andere rechtzoekende in een ander geding kan nog steeds de geldigheid van het reglement betwisten en de gewone rechter kan nog steeds de exceptie van onwettigheid toepassen.⁶¹⁰ Anders gezegd: er bestaat geen brevet van wettigheid voor reglementen.

⁶⁰⁶ Ook hierbij heeft de Hoge Raad aangetekend dat onder bijzondere omstandigheden (cf. *supra* nr. 182) aanleiding kan bestaan een uitzondering op dit oordeel te maken, HR 24 september 2002, W.F.R., NJ 2003, 561, nr. 80, noot Y. BURUMA; HR 26 november 2002, Regeling fokverbod varkens, NJ 2003, 576, nr. 81.

⁶⁰⁷ HR 18 februari 2005, Aujeszky, NJ 2005, 2676, nr. 283, noot M.R. MOK.

⁶⁰⁸ HR 18 februari 2005, Aujeszky, NJ 2005, 2676, nr. 283, noot M.R. MOK; R.J.B. SCHUTGENS, “Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring: naar een stelsel van materiële vernietiging?”, *RMThemis* 2006, 97. Die auteur voegt eraan toe dat er nergens een “volgregel” te vinden is voor een hoogste bestuursrechter ten aanzien van een onverbindendverklaring door de Hoge Raad, al acht hij zo’n regel wel wenselijk en “te verwachten” (103-104).

⁶⁰⁹ HR 17 december 2004, OZB/Staat, NJ 2005, 1393, nr. 152, noot T. KOOPMANS.

⁶¹⁰ Zie R.J.B. SCHUTGENS, “Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring: naar een stelsel van materiële vernietiging?”, *RMThemis* 2006, 97-99 en R.J.N. SCHLÖSSELS, “Eenheid van onrechtmatigheid? Het

187. De gevolgen van de incidentele wettigheidscontrole zijn dezelfde als in Frankrijk en in België: de onrechtmatige bepaling blijft bestaan, maar de regeling is onverbindend en wordt dus niet toegepast. Vandaar dat men in Nederland eerder spreekt van de “exceptie van onverbindendheid”.⁶¹¹

Discussie is er wel over wat dat nu precies betekent. Het juridisch effect van een onverbindendverklaring is – anders dan bij een vernietiging het geval zou zijn – beperkt tot de procedure waarin zij is uitgesproken,⁶¹² maar sommigen gaan ervan uit dat het mogelijk is voor de burgerlijke rechter te vorderen dat een algemeen verbindend voorschrift buiten werking wordt gesteld.⁶¹³ Een soort absoluut toepassingsverbod dus.⁶¹⁴ Anderen zijn van mening dat een toepassingsverbod niet *erga omnes* kan werken. De rechter mag immers niet bij wege van algemene verordening uitspraak doen.⁶¹⁵ Dat laatste lijkt vooralsnog het meerderheidsstandpunt te zijn in de Nederlandse rechtsleer en het is ook de stand van zaken in Frankrijk (*supra* nr. 172).

Enkel wanneer de regeling “onmiskienbaar onverbindend” is, aanvaardt de Hoge Raad een algemene buitenwerkingstelling,⁶¹⁶ al blijft de mogelijkheid bestaan dat de verbodsactie “op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen” niet kan worden toegewezen maar dat wel schadevergoeding verschuldigd is.⁶¹⁷

188. De burgerlijke rechter kan een onverbindende regeling dus niet vernietigen, maar enkel buiten toepassing laten. De regeling blijft bestaan en een (andere) rechter is in principe niet door de uitspraak gebonden, al leert de ervaring wel dat “als de rechter in zijn overwegingen tot de conclusie komt dat de regeling onverbindend is, dit natuurlijk wel een zekere ‘uitstraling’ zal

onrechtmatigheidsbegrip in het bestuursrecht: over rechtsinbreuk, illusies van rechtseenheid en het Schutznormvereiste”, in R.J.N. SCHLÖSSELS e.a. (ed.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2007, 327-330. Volgens de laatste auteur “zal de burgerlijke rechter in dit verband zoveel als mogelijk rekening moeten houden met hetgeen reeds in rechte is beslist door de bestuursrechter”.

⁶¹¹ H.D. VAN WIJK, W. KONIJNENBELT en R. VAN MALE, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag, Elsevier, 2005, 685.

⁶¹² R.J.B. SCHUTGENS, “Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring: naar een stelsel van materiële vernietiging?”, *RMThemis* 2006, 96.

⁶¹³ H.D. VAN WIJK, W. KONIJNENBELT en R. VAN MALE, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag, Elsevier, 2005, 685.

⁶¹⁴ Dat wordt geplaatst tegenover een relatief toepassingsverbod, dat als gevolg heeft dat het tegenover één of meer bepaalde personen niet zal worden toegepast.

⁶¹⁵ VAN MAANEN en R. DE LANGE, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer, Kluwer, 2005, 121. Hetgeen niet wegneemt, zo voegen die auteurs eraan toe, “dat derden wel zullen profiteren van het praktische gevolg, gelegen in de verwachting dat die rechter in volgende soortgelijke zaken in dezelfde zin zal beslissen”. Zie ook G.E. VAN MAANEN, “De mythe van het onverbindendverklaren van algemene regelgeving door de burgerlijke rechter: een ongewassen varken”, *NTB* 2000, 100.

⁶¹⁶ HR 1 juli 1983, LSV/Staat, *NJ* 1984, 1281, nr. 360. Zie ook G.E. VAN MAANEN en R. DE LANGE, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer, Kluwer, 2005, 114 en 118, met verwijzing naar o.a. het voormelde Landbouwwiegers-arrest

⁶¹⁷ HR 18 januari 1991, Varkensmesters, Leffers/Staat, *NJ* 1992, 2637, nr. 638. Zie ook L.J.A. DAMEN, “Hoofdstuk 9. Rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter”, in L.J.A. DAMEN e.a., *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2006, 328.

hebben ook buiten de procedure tussen de twee procespartijen of, zoals de Hoge Raad het wel formuleerde, een ‘overtuigende werking’ die in andere zaken mag worden verwacht. Zeker als een hogere rechter tot dat oordeel is gekomen zal dit ook voor andere burgers verstreckende consequenties hebben.” Normaal gesproken zal de overheid dat voorschrift niet meer handhaven jegens andere burgers.⁶¹⁸

Zoals hoger reeds is opgemerkt (*supra* nr. 186), behoort een bestuursorgaan, dat in een geding bij de hoogste bestuursrechter wordt geconfronteerd met een onverbindendverklaring, af te zien van verdere handhaving van het onverbindend verklaarde voorschrift.⁶¹⁹ De verdere handhaving van het voorschrift is dus een onrechtmatige daad.⁶²⁰

Het praktische gevolg lijkt dus wel te zijn dat, als de rechter eenmaal de onverbindendheid van de regeling heeft vastgesteld, verder geen geldige beschikkingen op grond daarvan kunnen worden genomen en de op grond van die regeling genomen beschikking niet verder kan worden gehandhaafd.⁶²¹ Helemaal waterdicht lijkt het systeem van de formele rechtskracht dus toch niet te zijn.

189. De rechtstreekse aanvechting van algemeen verbindende voorschriften is aan een verjaringstermijn inzake aansprakelijkheidsvorderingen onderworpen, maar zoals in Frankrijk en in België lijkt die termijn niet te gelden voor de incidentele toetsing.

Een interessant punt in verband met die verjaringstermijn is nog dat, in geval van vernietiging van een besluit door de bestuursrechter, de aanvang van de vijfjarige verjaringstermijn om voor de burgerlijke rechter schadevergoeding te vorderen, wordt losgekoppeld van het tijdstip van het ontstaan van de schade en dus van de totstandkoming van het besluit en wordt gerelateerd aan het moment van de vernietiging. De reden is dat de burger anders de dupe zou worden van de lange duur van de administratieve rechtsgang.⁶²² Verderop in deze verhandeling zal blijken dat de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie anders luidt en dat de wetgever om die reden is tussengekomen om in een stuiting van de beroepstermijn voor de burgerlijke rechter te voorzien in geval van vernietiging van een bestuurshandeling door de Raad van State (*infra* nrs. 602-603).

⁶¹⁸ G.E. VAN MAANEN en R. DE LANGE, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer, Kluwer, 2005, 125. Zie ook M. SCHELTEMA, “7. De rol van de burgerlijke rechter in bestuursgeschillen”, in *Bestuursprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 119, die verwijst naar een arrest van de Hoge Raad van 16 oktober 1992 (*NJ* 1993, 638), waaruit blijkt dat de betekenis van een uitspraak van de *bestuursrechter* waarin een verordening onverbindend is verklaard, ook in betekenis beperkt blijft tot de berechte zaak: bij afwezigheid van een rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften blijft de verordening bestaan.

⁶¹⁹ HR 18 februari 2005, Aujeszky, *NJ* 2005, 283.

⁶²⁰ R.J.B. SCHUTGENS, “Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring: naar een stelsel van materiële vernietiging?”, *RMThemis* 2006, 100, die eraan toevoegt dat de rechter (in kort geding) in dat geval ook een algemene buitenwerkingstelling kan uitspreken; men zou immers kunnen redeneren dat de onverbindendheid onmiskenbaar is omdat de hoogste bestuursrechter haar heeft uitgesproken (vn. 31).

⁶²¹ J.A.M. VAN ANGEREN, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer, Kluwer, 2008, 55.

⁶²² HR 28 oktober 1994, Talma Rustoord/Friesland, *NJ* 1995, 587, nr. 139, noot M. SCHELTEMA; J.A.M. VAN ANGEREN, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer, Kluwer, 2008, 86.

190. Een laatste punt nog in verband met Nederland, dat ook een zeker gevoel van herkenning zal teweegbrengen. Uit hetgeen werd uiteengezet volgt dat bijvoorbeeld handelen overeenkomstig een vergunning die rechtens onaantastbaar is geworden, geen overtreding is en derhalve niet tot een straf of tot een bestuursrechtelijke sanctie kan leiden.⁶²³ In 1984 besliste de Hoge Raad dat het anders ligt wanneer de verleende vergunning evident gebrekkig is en dus als nietig moet worden beschouwd. Met andere woorden wanneer de verlening van de vergunning een zo onmiskenbare schending van de wet opleverde dat de betrokkene zelf had moeten begrijpen dat de vergunning hem niet had mogen worden verleend.⁶²⁴ Men kan hierin een spoor ontwaren van de theorie van de onbestaande rechtshandeling, die ook in ons administratief recht niet onbekend is en die overigens aan het Franse recht is ontleend (*infra* nr. 231).

§ 3. De exceptie van ongrondwettigheid

191. Naast artikel 94 is er nog een grondwetsbepaling die op de rechterlijke toetsing betrekking heeft, maar dan in negatieve zin. Krachtens artikel 120 van de Nederlandse Grondwet treedt de rechter niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen. Die bepaling mag ook niet worden omzeild door wetgeving te toetsen aan algemene rechtsbeginselen die niet uitdrukkelijk in de Grondwet zijn opgenomen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel,⁶²⁵ maar wel door wetgeving te toetsen aan internationale normen (*supra* nr. 176).⁶²⁶

Ligt het aan de tijdsgeest, of misschien aan het lichtend voorbeeld van andere Europese landen, maar het is merkwaardig om vast te stellen dat men in Nederland – zoals recent ook in Frankrijk, althans wat de toetsing *a posteriori* betreft (*supra* nr. 175) – op het verbod van grondwettigheidstoetsing van wetten aan de Grondwet wil terugkomen. Dat is de strekking van het wetsvoorstel-Halsema dat aan de rechterlijke macht, meer bepaald aan elke rechter, de bevoegdheid wil verlenen wetgevende normen te toetsen aan een aantal specifieke grondwetsbepalingen. Het wetsvoorstel heeft al een lange parlementaire weg afgelegd, maar het moet (na verkiezingen) nog met een tweederde meerderheid in beide kamers van het Nederlandse parlement worden goedgekeurd. Het is dus nog lang niet zeker dat de grondwettigheidstoetsing er uiteindelijk zal komen.

⁶²³ H.D. VAN WIJK, W. KONIJNENBELT en R. VAN MALE, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag, Elsevier, 2005, 205-206.

⁶²⁴ HR 13 november 1984, kamperen in Domburg, *NJ* 1985, 1057, nr. 294. Zie ook reeds oudere rechtspraak in soortgelijke zin, bv. HR 28 februari 1975, Parochiehuus Woerden, *NJ* 1975, 1311, nr. 423, noot W.F. PRINS.

⁶²⁵ HR 14 april 1989, Harmonisatiewet, *NJ* 1989, 1689, nr. 469, noot M. SCHELTEMA, *AA* 1989, 578, noot HIRSCH BALLIN.

⁶²⁶ De Graaf spreekt in dat verband van een “constitutionele constructiefout”: “Enerzijds kan alle wetgeving, inclusief de Grondwet, getoetst worden aan een ieder verbindende bepalingen van volkenrecht, terwijl anderzijds diezelfde Grondwet de rechter nog steeds waarschuwt om vooral de soevereiniteit van de wetgever te respecteren. Artikel 120 van de Grondwet werkt in de praktijk dan ook als een soort waarschuwingsbord voor de rechter: handen af van de wet!” (V. DE GRAAF, “Tussen droom en daad: toetsing aan internationaal recht door de Nederlandse rechter”, in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 328).

192. Uit het toetsingsverbod ten aanzien van wetten wordt afgeleid dat, zonder uitdrukkelijke grondwetsbepaling, de rechter wel een lagere regel dan een wet aan een hogere regeling mag en moet toetsen.⁶²⁷ Artikel 120 van de Grondwet slaat met andere woorden enkel op wetten in de formele zin, zodat de rechter wel mag nagaan of lagere regelgeving in overeenstemming is met de Grondwet. Dat geldt overigens ook voor de toetsing aan de ongeschreven algemene rechtsbeginselen en de hogere rechtsnormen in het algemeen.

Afdeling 5 – De invloed op het Belgische recht

193. Het Franse en het Nederlandse systeem van rechtsbescherming geven op vele punten aanleiding tot een gevoel van herkenning. Ondanks de verschillende grondslag van de incidentele wettigheidstoetsing – grondwettelijk in België, jurisprudentieel in Frankrijk en Nederland – blijkt de uitoefening ervan niet fundamenteel verschillend te verlopen: het gaat om het buiten toepassing laten door de rechter, door elke rechter in principe (zij het soms, in Frankrijk, via de omweg langs een andere rechter), van bestuurshandelingen die in strijd zijn met hogere rechtsnormen. Dat is ook de normale, zelfs de noodzakelijke gang van zaken in een rechtsstaat, waar de overheid evengoed als de burgers door het recht is gebonden en waar die gebondenheid ook door de burgers ten aanzien van de overheid moet kunnen worden afgedwongen (*supra* nr. 15). Typerend voor beide rechtsstelsels is ook dat de strafrechter een grotere armslag lijkt te krijgen bij de toepassing van de exceptie van onwettigheid (*supra* nrs. 168 en 182).

In Nederland kan de gewone rechter de overheid in bepaalde gevallen verbieden of gebieden bepaalde maatregelen te nemen (*supra* nrs. 179 en 187). In Frankrijk is dat uitgesloten (*supra* nr. 165). In beide landen mag een onwettig verklaard reglement echter niet langer worden toegepast – toepassing geeft aanleiding tot overheidsaansprakelijkheid – en is de overheid verplicht om de wettigheid te herstellen (*supra* nrs. 174 en 188). Dat is echter enkel het geval indien een rechter de onwettigheid heeft vastgesteld. De overheid mag in principe⁶²⁸ niet naar eigen goeddunken een reglement buiten toepassing laten.

194. De incidentele wettigheidscontrole betreft in beide besproken landen een toetsing aan alle hogere rechtsnormen, met inbegrip van de algemene rechtsbeginselen, maar zij is steeds beperkt tot een wettigheidscontrole en dient de beleidsvrijheid van de overheid te eerbiedigen (nrs. 171 en 184).

Het is ook in België vaste rechtspraak, zowel van het Hof van Cassatie als van de Raad van State en van het Grondwettelijk Hof, dat de rechter zich niet in de plaats van het bestuur mag stellen. Die rechtspraak is een toepassing van het beginsel van de scheiding der machten, dat “een evenwicht beoogt tussen de verschillende machten van de Staat” en dat in het Belgische recht wordt beschouwd als een “ongeschreven algemeen rechtsbeginsel dat aan meerdere

⁶²⁷ C.J. BAX, “Hoofdstuk 6: Rechtspraak”, in A.K. KOEKKOEK (ed.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2000, 545.

⁶²⁸ Zie echter *infra* nrs. 242-251, voor wat de strijdigheid met het Europese recht betreft.

grondwetsbepalingen ten grondslag ligt” (*supra* nr. 3). De gewone rechter ermee belasten zijn beoordeling in de plaats te stellen van de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de administratie zou erop neerkomen hem een bevoegdheid toe te kennen die onverenigbaar is met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen de administratie en de rechtscolleges (*infra* nr. 369).⁶²⁹

195. In België is de vraag gerezen “of artikel 159 van de Grondwet van openbare orde is” en of de exceptie van onwettigheid dus ambtshalve moet worden toegepast en in elk stadium van het rechtsgeding kan worden opgeworpen (*infra* nrs. 388-396). Bij gebrek aan een soortgelijke grondwetsbepaling is de vraag in Frankrijk en Nederland niet aan de orde. De wettigheidstoetsing lijkt er ambtshalve plaats te vinden wanneer de geschonden rechtsregel van openbare orde is, wat met name het geval is wanneer die regel een belang behartigt dat boven de belangen van de partijen uitstijgt.⁶³⁰

196. Veel gelijkenissen dus, en enkele verschilpunten. Het grote verschil tussen de rechtsstelsel – België aan de ene kant, Frankrijk en Nederland aan de andere kant – is gelegen in de temporele toepassing van de exceptie van onwettigheid (ten aanzien van individuele bestuurshandelingen) en meer algemeen in de gebondenheid van de gewone rechter door de uitspraak van de bestuursrechter. Op dat punt lijkt mij dan ook de belangrijkste les te kunnen worden getrokken (*infra* nr. 678).

Hoger is gebleken dat artikel 159 van de Grondwet als het ware het verzet tegen de vroegere regimes belichaamde en dat die uitdrukkelijke bevestiging van het rechterlijk wettigheidstoezicht op bestuurshandelingen noodzakelijk werd geacht als reactie tegen de “besluitenregering” van Willem I (*supra* nr. 164). Paradoxaal genoeg werd die wettigheidstoetsing aanvankelijk niet uitgeoefend door de rechters. Zij waren zo doordrongen van het Franse recht dat zij zich zeer terughoudend opstelden en zich, in weerwil van artikel 159 van de Grondwet, lange tijd aan die controletaak hebben onttrokken.⁶³¹ Het heeft bijna een eeuw geduurd voor het Franse dogma van “la séparation des autorités administratives et judiciaires” werd verlaten, meer bepaald met het arrest *Flandria* van 5 november 1920 waarmee het Belgische Hof van Cassatie zijn vroegere interpretatie van de Grondwet heeft herzien en de invloed van het Franse recht op dat punt definitief heeft afgeschud.

Het Hof van Cassatie wijst in dat arrest met name op het fundamentele verschil tussen het Franse en het Belgische stelsel van de scheiding der machten:

⁶²⁹ GwH 7 juni 2001, nr. 78/2001, B.7; GwH 26 november 2003, nr. 156/2003, B.7; GwH 10 mei 2006, nr. 74/2006, B.7. Zie ook GwH 7 juni 2007, nr. 82/2007, B.7.1: “Hij mag zich aldus niet begeven op het terrein van de opportuniteit, vermits dat onverenigbaar zou zijn met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen de administratie en de rechtscolleges.” Zie ook reeds GwH 21 december 2004, nr. 207/2004, B.8.3.

⁶³⁰ B.J. SCHUELER, “Hoofdstuk 6. Beroep bij de rechter”, in L.J.A. DAMEN e.a., *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2006, 208.

⁶³¹ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 620-621.

“Que cette ‘séparation des pouvoirs’ (in de Franse opvatting), née d’un sentiment de méfiance et de défaveur à l’égard des corps judiciaires, et qui permettait à l’administration de disposer souverainement et sans recours de la personne et de biens des citoyens, n’a pas été consacré dans la Constitution belge;

Que, tout au contraire, le régime que celle-ci a organisé est inspiré d’un sentiment de méfiance à l’égard des pratiques administratives des régimes antérieurs et qu’il vise à mettre les droits privés à l’abri des atteintes de l’administration et sous la sauvegarde du pouvoir judiciaire;

Que sous ce régime [...] et qui est à l’opposé du droit public de la Révolution française et de l’Empire, les gouvernants ne peuvent rien que ce qu’ils sont chargés de faire et sont, comme les gouvernés, soumis à la loi ; qu’ils sont limités dans leur activité par les lois et notamment par celles qui organisent les droits civils et que, s’ils lèsent l’un de ces droits, le pouvoir judiciaire peut déclarer que leur acte a été accompli sans pouvoir, qu’il est donc illégal et constitutif de faute et accorder la réparation du préjudice ainsi causé, ce que faisant il fait œuvre non d’administrateur mais de juge d’une contestation dans l’objet est un droit civil.”⁶³²

Vanaf dan is men zich opnieuw ervan bewust dat wettigheidscontrole in een rechtsstaat en in een systeem van hiërarchie van rechtsnormen tot de natuurlijke taak van de rechter behoort. Anders dan in Nederland en in Frankrijk, is die natuurlijke taak in België uitdrukkelijk in de Grondwet neergelegd. Op de gevolgen daarvan zal in het slothoofdstuk verder worden ingegaan (hoofdstuk XII). Eerst zal, in de volgende hoofdstukken, de betrokken grondwetsbepaling naar tekst (hoofdstukken IV tot VII) en context (hoofdstukken VIII tot XI) nader worden ontleed.

⁶³² Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, 193, concl. P. LECLERCQ.

HOOFDSTUK IV – Wie mag het wettigheidstoezicht uitoefenen?

“De hoven en rechtbanken passen de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zoverre zij met de wetten overeenstemmen” (artikel 159 van de Grondwet)

Afdeling 1 – Rechtsprekende organen

§ 1. Met eigenlijke rechtspraak belaste organen

197. Volgens het Hof van Cassatie, daarin gevolgd door de Raad van State,⁶³³ geldt artikel 159 van de Grondwet voor elk “met eigenlijke rechtspraak belast orgaan” (toute “juridiction contentieuse”).⁶³⁴ Dat laatste begrip wordt ook in de Grondwet gebruikt, meer bepaald in artikel 146,⁶³⁵ waar het verwijst naar de rechtsprekende organen die niet bij de rechterlijke macht zijn ondergebracht. Bedoeld zijn in dat geval de administratieve rechtscolleges en de tuchtrechtscolleges (*infra* nrs. 204-215),⁶³⁶ die staan tegenover de “rechtbanken”, bedoeld in de artikelen 144, 145 en 146 van de Grondwet,⁶³⁷ waaronder de hoven en rechtbanken worden verstaan die wel tot de rechterlijke macht behoren en die doorgaans worden aangeduid als “de gewone hoven en rechtbanken” (*infra* nrs. 198-203).

Wanneer artikel 159 van de Grondwet, naar het oordeel van het Hof van Cassatie, geldt voor de “met eigenlijke rechtspraak belaste organen” slaat dat uiteraard niet alleen op de administratieve en tuchtrechtscolleges, maar ook – in de eerste plaats zelfs – op de gewone hoven en rechtbanken. Die evidentie vloeit immers rechtstreeks voort uit de tekst van artikel 159 van de Grondwet.

§ 2. De gewone hoven en rechtbanken

198. Artikel 159 van de Grondwet geldt voor alle gewone hoven en rechtbanken. Weliswaar zullen sommige soorten hoven en rechtbanken minder te maken krijgen met de toepassing van bestuurshandelingen dan andere, maar dat doet aan de principiële onderwerping aan artikel 159 van de Grondwet niets af.

⁶³³ Bv. RvS 10 juni 2004, nr. 132.233, Waeterschoot.

⁶³⁴ Cass. 26 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 775, *Pas.* 1980, I, 774.

⁶³⁵ Artikel 146 van de Grondwet bepaalt: “Geen rechtbank, geen met eigenlijke rechtspraak belast orgaan kan worden ingesteld dan krachtens een wet. Geen buitengewone rechtbanken of commissies kunnen, onder welke benaming ook, in het leven worden geroepen.”

⁶³⁶ A. ALEN, *Handboek*, 238.

⁶³⁷ Artikel 144 van de Grondwet bepaalt: “Geschillen over burgerlijke rechten behoren bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken”. Artikel 145 van de Grondwet bepaalt: “Geschillen over politieke rechten behoren tot de bevoegdheid van de rechtbanken, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen”.

199. Gelet op het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel, zal de strafrechter hoofdzakelijk wetgevende normen moeten toepassen, waarover hij in geval van twijfel inzake de verenigbaarheid met de hogere rechtsnormen een prejudiciële vraag kan (of moet) stellen aan het Grondwettelijk Hof (*infra* nr. 283). Maar omdat een zekere mate van delegatie ook in het strafrecht niet helemaal is uitgesloten (*supra* nrs. 70-73), kunnen ook koninklijke besluiten strafrechtelijke bepalingen bevatten, die aan het wettigheidstoezicht van de strafrechter zelf zijn onderworpen.⁶³⁸ Daarnaast kunnen ook provinciale en gemeentelijke reglementen strafbepalingen bevatten⁶³⁹ en bovendien kan ook een individuele bestuurshandeling een beslissende rol spelen in de strafrechtelijke vervolging. De strafrechter kan bijvoorbeeld met toepassing van artikel 159 van de Grondwet de onwettigheid van een stedenbouwkundige regularisatievergunning vaststellen⁶⁴⁰ of hij kan de in een milieuvergunningvoorwaarde als strafwaardig omschreven gedraging onwettig bevinden.⁶⁴¹

Het Hof van Cassatie heeft in dat verband uitdrukkelijk bevestigd “dat, krachtens artikel 15 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering,⁶⁴² het in de regel aan de rechter behoort om te beslissen over een administratief geschil dat als verweer incidenteel voor hem wordt opgeworpen”.⁶⁴³

200. Andere hoven en rechtbanken, zoals de arbeidsrechtbanken en arbeidshoven, zijn dan wel vertrouwd met het buiten toepassing laten van reglementaire bepalingen, maar niet of minder met de incidentele wettigheidstoetsing van individuele bestuurshandelingen, om de eenvoudige reden dat die bestuurshandelingen doorgaans rechtstreeks bij hun worden aangevochten.⁶⁴⁴ Maar ook de uitoefening van een dergelijke rechtstreekse vordering kan op haar beurt door een andere bestuurshandeling worden beïnvloed. Zo kan bijvoorbeeld de (rechtstreekse) vordering tegen de beslissing waarbij verdere maatschappelijke hulp wordt geweigerd, worden ondersteund door de (incidentele) betwisting van de wettigheid van de administratieve beslissing

⁶³⁸ Zie bv. D. HAUTIER, “Le contrôle de la légalité d’une loi ou d’un règlement par le juge correctionnel”, noot onder Corr. Charleroi 27 novembre 2006 en Corr. Charleroi 11 juin 2007, *Dr.pén.entr.* 2009, 74-75.

⁶³⁹ Zie K. LEUS en B. MARTEL, “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie”, in *De wettigheidstoets*, 52-53.

⁶⁴⁰ Bv. Cass. 8 april 2003, P.02.0791.N, *Arr.Cass.* 2003, 906, nr. 232; GwH 5 maart 2005, nr. 56/2005 (validatie van een besluit, *supra* nr. 89 en *infra* nr. 354).

⁶⁴¹ Bv. Cass. 9 november 1999, P.98.0110.N, *Arr.Cass.* 1999, 1403, nr. 595: “dat de rechter de wettigheid van deze voorwaarde als onderdeel van de overheidsbeslissing waarop de belastlegging stoelt, moet onderzoeken en, in voorkomend geval, met toepassing van artikel 159 Grondwet niet-bindend moet verklaren”. Bepaalde rechtsleer spreekt in dat verband van “administratief afhankelijke misdrijven”, A. LUST en S. LUST, “De administratieve verankering van het milieumisdrijf”, in A. DE NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieustraf- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Gent, Larcier, 2005, 515.

⁶⁴² Die bepaling luidt: “Behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen, beslist de strafrechter over de geschillen van burgerlijk recht die incidenteel voor hem worden opgeworpen naar aanleiding van de misdrijven die bij hem aanhangig zijn”.

⁶⁴³ Cass. 11 december 2001, P.00.0627.N, *Arr.Cass.* 2001, 2141, nr. 690, *TMR* 2002, 244, noot P. VANSANT.

⁶⁴⁴ J. MARTENS, “L’exception d’illégalité et le droit de l’aide sociale des étrangers”, noot onder Cass. 10 september 2007, S.07.0003.F, *JLMB* 2008, 302. Zie ook D. LAGASSE, “Unité ou diversité du contentieux administratif en matière de sécurité sociale?”, noot onder Cass. 11 december 2006, S.06.0016.N, *RCJB* 2010, 37-52.

waarbij de asielaanvraag van de verzoeker werd verworpen (die immers de grondslag vormde voor de beslissing om hem maatschappelijke hulp te weigeren).

De arbeidsrechter mag in dergelijk geval niet weigeren de wettigheid te onderzoeken van de incidenteel betwiste bestuurshandeling, zo oordeelt het Hof van Cassatie, zelfs niet indien tegen de administratieve handeling voor de Raad van State een vordering tot schorsing is ingesteld die werd verworpen, en een beroep tot nietigverklaring dat heeft geleid tot een arrest dat de afstand van geding heeft vastgesteld (zie daarover *infra* nrs. 555-559).⁶⁴⁵

201. Kortom, het wettigheidstoezicht op grond van artikel 159 van de Grondwet komt alle gewone hoven en rechtbanken toe, zonder uitzondering. Meer zelfs, de rechter mag zich ook niet beperken tot een onderzoek van de klaarblijkelijke onwettigheden (*infra* nr. 349), wat niet wegneemt dat in sommige gevallen, met name wanneer hij in kort geding uitspraak doet, de rechter zich tot een snelle en weinig diepgaande wettigheidstoetsing dient te beperken (het zogenaamde *prima facie* onderzoek, *infra* nr. 204), die bovendien slechts een voorlopig karakter heeft. Het is dan voldoende dat er een “ogenschijnlijk onrechtmatige aantasting van subjectieve rechten” wordt vastgesteld,⁶⁴⁶ op grond van een “voorlopige en marginale beoordeling”.⁶⁴⁷

Zoals verderop wordt beschreven, is de kort gedingrechter, met toepassing van de voormelde beginselen, een belangrijke motor geweest in de evolutie naar een meer rechtstreeks rechterlijk optreden ten aanzien van onwettige bestuurshandelingen (*infra* nrs. 410-412).

202. Eén kanttekening past nog bij de vaststelling dat alle hoven en rechtbanken onder het toepassingsgebied van artikel 159 van de Grondwet ressorteren. Wanneer de wettigheid van een bestuurshandeling in een rechterlijke uitspraak is beoordeeld (of kon worden beoordeeld), kan de rechter die vervolgens wordt verzocht de tenuitvoerlegging van die rechterlijke uitspraak te verzekeren, zich niet opnieuw over de wettigheid van de betrokken bestuurshandeling uitspreken. Meer bepaald mag de beslagrechter zich niet uitspreken over de wettigheid van de bestuurshandeling die de titel is van het (door de overheid) gelegde beslag wanneer daarover reeds door de bodemrechter is beslist ten voordele van de beslagleggende partij.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ Bv. Cass. 10 september 2007, S.07.0003.F, *JLMB* 2008, 301, noot J. MARTENS. Voor een ander voorbeeld (waarbij het ging om een weigering om incidenteel een beslissing tot weigering van verblijfsregularisatie te onderzoeken), zie Cass. 23 oktober 2006, S.05.0042.F, *RRD* 2006, 241, noot Y. HOUYET. Zie over dat arrest ook het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2006*, 131-132.

⁶⁴⁶ Bv. Cass. 12 december 2003, C.00.0578.F, *Arr.Cass.* 2003, 2287, nr. 642, *CDPK* 2005, 370, noot F. VAN NUFFEL.

⁶⁴⁷ Bv. Cass. 4 maart 2004, C.03.0346.N en C.03.0448.N, *Arr.Cass.* 2004, 392, nr. 124, *TMR* 2004, 435, noot V. STAELENS, *RW* 2003-2004, 1184, *NjW* 2004, 983, noot V. STAELENS, *RABG* 2004, 589, concl. G. DUBRULLE en noot R. VERBEKE.

⁶⁴⁸ Cass. 11 mei 1998, C.95.0106.N, *Arr.Cass.* 1998, 508, nr. 233. Bij het onderzoek van de rechtmatigheid en regelmatigheid van de tenuitvoerlegging oordeelt de beslagrechter niet als bodemrechter, maar beslecht hij enkel het executiegeschil, zonder te raken aan de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen zoals die uit de titel blijkt, Cass. 27 mei 2004, C.03.0069.N, *Arr.Cass.* 2004, 949, nr. 290. Zo is de beslagrechter bijvoorbeeld niet bevoegd om op verzet van de belastingplichtige tegen het dwangbevel dat hem is betekend met het oog op de invordering van de belasting, uitspraak te doen over de geldigheid van de aanslag en derhalve van de titel die eraan ten grondslag ligt, Cass. 1 december 2005, C.03.0030.N, *Arr.Cass.* 2005, 2403, nr. 637, maar uiteraard wel over de geldigheid van de invordering zelf (bijvoorbeeld over de bevoegdheid van de ambtenaar die het bevel tot invordering heeft uitgevaardigd) en ook over de actualiteit van de titel. Wat dat laatste punt betreft, kan de

Doet zich de situatie voor dat de titel nog niet eerder door een rechter kon worden beoordeeld,⁶⁴⁹ dan mag de beslagrechter wel de wettigheid ervan controleren, maar mag hij zich beperken tot een *prima facie* onderzoek. Dat blijkt uit een zaak waarin met toepassing van een koninklijk besluit het belastingkrediet van een btw-plichtige werd ingehouden – inhouding die wordt beschouwd als bewarend beslag onder derden – op grond van een schuldvordering die niet zeker, opeisbaar en vaststaand diende te zijn. Het Hof van Cassatie liet het koninklijk besluit buiten toepassing in zoverre het “een daadwerkelijk rechterlijk toezicht” in de weg staat en was vervolgens van oordeel “dat de beslagrechter vermag te toetsen of bedoelde schuldvordering, hoewel betwist, *prima facie* een zekere en vaststaande vordering uitmaakt in de zin van artikel 1415 van het Gerechtelijk Wetboek”.⁶⁵⁰

203. Het *prima facie* onderzoek mag overigens niet worden verward met de controle die is beperkt tot het vaststellen van manifeste onwettigheden. Een oppervlakkig onderzoek, onder druk van de spoedeisende omstandigheden, is niet zonder meer gelijk te stellen met een marginale controle, ingegeven door een terughoudende opstelling van de rechter ten overstaan van de appreciatievrijheid van het bestuur (*infra* nrs. 360-370). In een marginaal of *prima facie* onderzoek zal elke vastgestelde onwettigheid tot het buiten toepassing laten van de onderzochte bestuurshandeling leiden,⁶⁵¹ alleen zal doorgaans de tijd ontbreken voor een doorgedreven onderzoek naar alle mogelijke onwettigheden. In het geval van een marginale controle vindt wel een gewoon (en dus doorgedreven) onderzoek plaats, maar zal alleen de manifeste schending (dit is wanneer het opportuniteitsoordeel van de overheid kennelijk onredelijk wordt bevonden) dezelfde sanctie tot gevolg hebben. De vaststelling van een niet-manifeste schending zal dus in het *prima facie* onderzoek wel maar in het tot een marginale controle beperkt onderzoek niet tot het buiten toepassing laten van de bestuurshandeling leiden (om de eenvoudige reden dat een niet-manifeste schending in dat laatste geval niet als een onwettigheid valt te beschouwen).

De begrippen “marginaal onderzoek” en “marginale controle” dekken met andere woorden niet dezelfde lading, al kan ook in een marginaal (of *prima facie*) onderzoek door de

beslagrechter op grond van de rechtszekerheid een later tussengekomen regularisatiebesluit dat nog niet is vernietigd, in zijn beoordeling betrekken. Dit laat hem evenwel niet toe om zonder meer de door het bestuur opgeworpen exceptie van onwettigheid van het regularisatiebesluit te verwerpen. De vraag naar de wettigheid van een regularisatiebesluit kan determinerend zijn voor de rechtszekerheid en voor de redelijke verwachtingen van de rechtzoekende, Cass. 1 maart 2010, C.09.0390.N, *TMR* 2010, 486, noot P. LEFRANC (zie ook *infra* nr. 677).

⁶⁴⁹ Bv. Beslagn. Dendermonde 8 oktober 2004, *TROS* 2005, 251, noot M. BOES; vgl. Gent 21 september 2004, *TROS* 2005, 249, (zelfde) noot M. BOES. In de eerstvermelde uitspraak was ook het vereiste van een rechterlijke toetsing met volle rechtsmacht ten aanzien van een administratieve geldboete aan de orde, zie daarover *infra* nrs. 501-524.

⁶⁵⁰ Cass. 3 januari 2003, C.00.0116.N, *Arr.Cass.* 2003, 9, nr. 4, concl. D. THUIS; Cass. 6 november 2003, C.00.0144.N, *Arr.Cass.* 2003, 2050, nr. 559.

⁶⁵¹ Zie Ph. LEVERT, “L’intervention du juge des référés dans le droit administratif”, in J. ENGLEBERT en H. BOULARBAH, *Le référé juridiciare*, Brussel, Editions du jeune barreau de Bruxelles, 2003, 367-368. Zie ook S. BEERNAERT, “Status quaestionis van het civiele kort geding”, in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Gerechtelijk privaatrecht*, Themis-Cahier 1, Brugge, die Keure, 2000, 71: “Niet-evidente rechten kunnen met andere woorden ook bescherming genieten in kort geding”.

kortgedingrechter de controle (gedeeltelijk) marginaal zijn, met name in zoverre de kortgedingrechter, zoals elke rechter, de appreciatievrijheid van de overheid dient te eerbiedigen (zie bv. *infra* nr. 312 en vn. 998).

§ 3. De administratieve rechtscolleges en de tuchtrechtscolleges

204. Het door het Hof van Cassatie gebruikte begrip “met eigenlijke rechtspraak belaste organen” slaat, zoals reeds vermeld (*supra* nr. 197), niet alleen op de gewone hoven en rechtbanken, maar ook op de administratieve rechtscolleges. Die kwestie werd reeds lang geleden beslecht,⁶⁵² op aangeven van toenmalig advocaat-generaal Hayoit de Termicourt,⁶⁵³ en is daarna nooit meer betwist.

Administratieve rechtscolleges die over een vernietigingsbevoegdheid beschikken cumuleren derhalve de twee vormen van rechterlijk wettigheidstoezicht (rechtstreeks en incidenteel). Niets belet met andere woorden dat in het kader van een annulatieberoep bij de Raad van State een exceptie van onwettigheid wordt opgeworpen,⁶⁵⁴ zij het dat de Raad van State aan de toepassing van de exceptie een belangrijke beperking stelt (*infra* nr. 569). Ook in het kader van een vordering tot schorsing kunnen de partijen zich op artikel 159 van de Grondwet beroepen, zelfs in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid,⁶⁵⁵ al lijkt de Raad van State zich in dat geval, zoals de kort gedingrechter (*supra* nr. 201), te (kunnen) beperken tot een meer summier wettigheidsonderzoek dan in het kader van een annulatieberoep.⁶⁵⁶

205. Het door het Hof van Cassatie gebruikte begrip “met eigenlijke rechtspraak belaste organen” (*supra* nr. 197) slaat ook op de tuchtrechtscolleges. Die gaan bij het beoordelen van een tuchtvergrijp bijvoorbeeld na, overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet, of het reglement van de betrokken beroepsorde in overeenstemming is met de wet.⁶⁵⁷

⁶⁵² Cass. 12 maart 1942, *Arr.Verbr.* 1942, 23, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT, *RJDA* 1946, 22, noot P. DE VISSCHER, *RA* 1942, 331, noot R. OCKRENT, *TBP* 1946, 74, noot F.E. DE VISSCHERE; Cass. 13 oktober 1969, *Arr.Cass.* 1970, 156.

⁶⁵³ “De enkele vraag, die opgelost moet worden en die, trouwens, van bijzonder kieschen aard is, kan alzoo samengevat worden: zijn de hoven en de rechtbanken bevoegd om de wettelijkheid te beoordeelen van een akte van eigenlijke rechtspraak door een bestuurlijke rechtsmacht gesteld?”, R. HAYOIT DE TERMICOURT, concl. voor Cass. 12 maart 1942, *Arr.Verbr.* 1942, 24.

⁶⁵⁴ Zie RvS 20 juni 2007, nr. 172.740, Snykers, waarin uitdrukkelijk wordt geoordeeld dat “l’article 159 de la Constitution s’impose à toute juridiction et donc au Conseil d’Etat”.

⁶⁵⁵ RvS 18 september 1997, nr. 68.236, De Veyt.

⁶⁵⁶ Zie K. LEUS en B. MARTEL, “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie”, in *De wettigheidstoets*, 31. Hetgeen ertoe kan leiden, aldus nog de voormelde auteurs, dat de Raad van State soms op zijn stappen moet terugkomen en moet oordelen dat een (incidenteel betwiste) administratieve rechtshandeling, die in het kader van de schorsingsprocedure onwettig werd geacht, bij de uitspraak over het beroep tot vernietiging toch voor wettig wordt gehouden (*Ibid.* 32, met verwijzing naar RvS 18 maart 1999, nr. 79.350, cv ‘t Springpaard en RvS 21 december 2000, nr. 91.486, cv ‘t Springpaard).

⁶⁵⁷ J. DU JARDIN, *Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettelijkheid door het Hof van Cassatie*, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 2000, Brussel, 2000, 47-48, met verwijzing naar Cass. 20 juni 1997, D.96.0005.N, *Arr.Cass.* 1997, 685, nr. 290 en Cass. 11 februari 2000, D.99.0017.F, *Arr.Cass.* 2000, 396, nr. 112.

Enkele voorbeelden van tuchtrechtscolleges zijn de Raad van beroep van de orde der geneesheren,⁶⁵⁸ de (Nederlandstalige) Kamer van beroep van het beroepsinstituut van boekhouders en fiscalisten⁶⁵⁹ en de (Nederlandstalige) Tuchtraad van beroep voor advocaten.⁶⁶⁰

206. Kon men tien jaar geleden nog schrijven dat het aantal administratieve rechtscolleges gestadig afneemt,⁶⁶¹ dan lijkt het tij sindsdien te zijn gekeerd, met als meest in het oog springende nieuwkomer de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, die sedert 1 juni 2007 in werking is.⁶⁶² Opvallend ook is het activisme van de gemeenschappen en de gewesten die, gebruik makend van de impliciete bevoegdheden,⁶⁶³ de laatste jaren verschillende administratieve rechtscolleges hebben opgericht: de Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbeslissingen,⁶⁶⁴ de Raad voor verkiezingsbetwistingen,⁶⁶⁵ de Raad voor vergunningsbetwistingen,⁶⁶⁶ het Milieuhandhavingscollege.⁶⁶⁷

207. Het bepalend criterium opdat een orgaan artikel 159 van de Grondwet mag (en moet) toepassen, is zoals hoger gezegd het “met eigenlijke rechtspraak belast” zijn (*supra* nr. 197), met andere woorden het belast zijn met de taak van “recht spreken”, dit is het beëindigen van een rechtsgeschil door de aanspraken van de partijen definitief te regelen.

Ten aanzien van de gewone hoven en rechtbanken creëert dat criterium geen grote problemen,⁶⁶⁸ maar wat de administratieve en de tuchtrechtscolleges betreft, ligt de kwalificatie als “rechtsprekend orgaan” niet altijd voor de hand.

⁶⁵⁸ Cass. 20 juni 1997, D.96.0005.N, *Arr.Cass.* 1997, 685, nr. 290.

⁶⁵⁹ Cass. 27 juni 2002, C.99.0553.N, *Arr.Cass.* 2002, 1643, nr. 390.

⁶⁶⁰ GwH 31 juli 2008, nr. 117/2008, B.4.

⁶⁶¹ S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 88.

⁶⁶² Artikel 39/1 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, ingevoegd bij artikel 79 van de wet van 15 september 2006 tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, *BS* 6 oktober 2006.

⁶⁶³ Zie artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

⁶⁶⁴ Artikel II.15 van het decreet van 19 maart 2004 betreffende de rechtspositieregeling van de student, de participatie in het hoger onderwijs, de integratie van bepaalde afdelingen van het hoger onderwijs voor sociale promotie in de hogescholen en de begeleiding van de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen, zoals gewijzigd door de artikelen 81 e.v. van het zogenaamde “Flexibiliseringsdecreet” van 30 april 2004, *BS* 12 oktober 2004. In een arrest van 17 juni 2010 heeft de Raad van State een prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof inzake de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap om een administratief rechtscollege op te richten (alook inzake de mogelijke schending van het gelijkheidsbeginsel), *RvS* 17 juni 2010, nr. 205.337, Van der Hijden (zaak met rolnr. 4976 bij het Grondwettelijk Hof).

⁶⁶⁵ Of liever “Raden” (één per Vlaamse provincie), artikel 28 van het Vlaams Gewestelijk Kiesdecreet van 10 februari 2006, *BS* 10 maart 2006.

⁶⁶⁶ Artikel 133/56 van het decreet van 27 maart 2009 tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen en handhavingsbeleid, *BS* 15 mei 2009, thans artikel 4.8.1 van de (bij besluit van de Vlaamse Regering van 15 mei 2009 gecoördineerde) Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, *BS* 20 augustus 2009. De bevoegdheid van het Vlaamse Gewest om de Raad voor vergunningsbetwistingen op te richten, wordt voor het Grondwettelijk Hof betwist (gevoegde zaken met rolrs. 4764, 4765, 4766 en 4799).

⁶⁶⁷ Artikel 16.4.19 van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid, ingevoegd bij decreet van 21 december, *BS* 29 februari 2008.

⁶⁶⁸ Behalve wanneer zij zuiver administratieve taken uitoefenen (zie ook *infra* nr. 213). Volgens Judo moeten de gewone hoven en rechtbanken in ook dat geval (met name bij de organisatie van de kiesverrichtingen) artikel 159 van de Grondwet toepassen. Hij beroept zich voor die stelling op de algemene draagwijdte van die bepaling, F.

Als uitgangspunt voor de kwalificatie als rechtscollège kan nog steeds gelden hetgeen Cambier als richtsnoer heeft vooropgesteld: “A défaut pour la loi qui institue et organise une compétence de la qualifier de juridictionnelle ou de reconnaître aux décisions qui en relèvent la force de la chose jugée, il importe de se référer, non point à un indice, mais à un ensemble d’éléments”.⁶⁶⁹

Het meest zekere criterium, ook volgens Mast, om te bepalen of men al dan niet te maken heeft met een jurisdictioneel orgaan, is de wil van de wetgever, die uit de tekst van de wet zelf of uit de parlementaire voorbereiding kan blijken en die ook onrechtstreeks kan worden afgeleid uit de intentie om aan de beslissingen van het betrokken orgaan gezag van gewijsde te verlenen, hetgeen immers een wezenskenmerk van een rechterlijke beslissing is (zie ook *infra* nr. 473).⁶⁷⁰

208. Wanneer dus de wetgever duidelijk aan een orgaan rechtsprekende bevoegdheid toekent (of juist niet), zal er over de aard van het orgaan en de uitgeoefende bevoegdheid geen twijfel bestaan.⁶⁷¹

Als dat criterium geen uitsluitel biedt, moet vervolgens beroep worden gedaan op een aantal organieke, formele en materiële onderscheidingscriteria.⁶⁷² In dat stadium nemen de hoogste rechtscollèges hun rol op: in de eerste plaats het Hof van Cassatie, dat toeziet op de correcte toepassing van artikel 159 van de Grondwet (meer bepaald door erop toe te zien dat een rechtsprekend orgaan niet nalaat die grondwetsbepaling toe te passen en dat een niet-rechtsprekend orgaan niet eigenmachtig die grondwetsbepaling toepast), maar daarnaast ook de Raad van State, voor wie hetzelfde geldt (als cassatierechter) en voor wie de kwalificatie van een beslissing als administratief of jurisdictioneel mede zijn bevoegdheid bepaalt (als annulatierechter), het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie, die een prejudiciële vraag enkel mogen beantwoorden indien zij door een rechtscollège wordt gesteld en ten slotte het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en nogmaals het Grondwettelijk Hof, wanneer zij beoordelen of een daadwerkelijk jurisdictioneel beroep voorhanden is, dat door een algemeen rechtsbeginsel wordt gewaarborgd, dan wel of een ingesteld orgaan voldoet aan de vereisten van een “onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie” in de zin van artikel 6.1 van het EVRM.⁶⁷³

JUDO, “De kabbala van BHV”, *Juristenkrant* 26 mei 2010, nr. 210, 10. Vgl. echter het interview met Van Orshoven in hetzelfde nummer van de *Juristenkrant*: “In die functie moeten zij – hoe streng dat ook klinkt – a.h.w.gewoon luisteren naar de minister van Binnenlandse Zaken”, J. VAN DELM, “Sorry, maar deze verkiezingen zijn per definitie grondwettig”, *Juristenkrant* 26 mei 2010, nr. 210, 9.

⁶⁶⁹ C. CAMBIER, *Principes du Contentieux Administratif*, tome I, Brussel, Larcier, 1961, 147.

⁶⁷⁰ A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 801-817. Zie ook P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 398-433.

⁶⁷¹ B. ALLEMEERSCH, M. BOES en P. VAN ORSHOVEN, *Beginselen van gerechtelijk recht*, Leuven, Acco, 2008, 367.

⁶⁷² Zie daarover, meer uitgebreid, R. VAN MELSEN, “Le champ d’application personnel du contrôle de légalité incident”, in *L’article 159 de la Constitution*, 31-48.

⁶⁷³ Of nog, wat het Grondwettelijk Hof betreft, of het voldoet aan de bevoegdheidverdelende bepalingen, bv. GwH 30 april 1997, nr. 25/97, B.5-B.9; GwH 29 november 2000, nr. 124/2000, B.1.1-B.4.2; GwH 30 april 2003, nr. 49/2003, B.3-B.8.

209. De rechtspraak van de voormelde hoogste rechtscolleges mag casuïstisch worden genoemd, maar *grosso modo* hanteren ze in hoofdorde wel allemaal de door Cambier vooropgestelde “indiciaire” methode.⁶⁷⁴ Hierna volgen (slechts) enkele voorbeelden.⁶⁷⁵

210. Het Hof van Cassatie is van de hoogste rechtscolleges het kortst van stof. Een rechterlijke instantie (meer bepaald in de zin van artikel 6.1 van het EVRM) wordt gekenmerkt “door haar rechtsprekende taak, te weten op grond van rechtsnormen en na een vastgestelde procedure uitspraak te doen over geschillen waarvoor zij bevoegd is”.⁶⁷⁶ Uit de rechtspraak blijkt bijvoorbeeld dat een Commissie tot bescherming van de maatschappij, wanneer zij uitspraak doet over de invrijheidstelling van een geïnterneerde, optreedt als “eigenlijk gerecht” en dat haar beslissingen het karakter hebben van jurisdictionele beslissingen.⁶⁷⁷

211. Toen de vroegere Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen een prejudiciële vraag voorlegde aan het Grondwettelijk Hof, onderzocht dat Hof eerst of het hier wel om een rechtscollege ging:

“De jurisdictionele aard van de Commissie kan worden afgeleid uit haar samenstelling en uit de wijze waarop haar leden worden aangewezen (artikel 57/12 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen), waarbij hun onafhankelijkheid ten opzichte van de administratie wordt gewaarborgd (artikel 57/13), uit de haar toegewezen bevoegdheden inzake opsporing (artikel 57/15) en onderzoek (artikel 57/21), uit het debat op tegenspraak dat er wordt georganiseerd (artikelen 57/18, 57/19 en 57/20), uit de bijzondere verplichting van motivering (artikel 57/22) en uit het administratief cassatieberoep dat tegen haar beslissingen kan worden uitgeoefend (artikel 57/23). De parlementaire voorbereiding van de voormelde wet bevestigt overigens herhaaldelijk de jurisdictionele aard van de Commissie (...).”⁶⁷⁸

Opvallend in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is voorts dat wanneer een instantie, bijvoorbeeld de bestendige deputatie, in een bepaalde aangelegenheid ambtshalve optreedt en niet enkel rekening vermag te houden met wat de wet voorschrijft (uitoefening van wettigheidscontrole), maar ook met wat het algemeen belang vereist (uitoefening van opportuniteitscontrole), haar beslissing niet van jurisdictionele aard kan zijn, zodat zij in dat

⁶⁷⁴ Zo genoemd door N. BANNEUX, “La Cour d’arbitrage: juge de l’attribution des litiges?”, *Rev.dr.ULg* 2006, 374.

⁶⁷⁵ Voor een overzicht van de administratieve rechtscolleges (ook al kan het telkens niet meer zijn dan een momentopname), zie o.a. M. CROMHEECKE en J. VANDE LANOTTE, “Een overzicht van administratieve rechtscolleges”, *TBP* 1995, 547-556 en I. SIRJACOBS en H. VANDEN BOSCH, *De administratieve rechtscolleges in België sinds 1795*, 2 delen, Brussel, Algemeen Rijksarchief en Rijksarchief in de Provinciën, Studia 114, 2006, 1196 p.

⁶⁷⁶ Cass. 12 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 663, nr. 365.

⁶⁷⁷ Cass. 26 april 1994, P.94.0323.N, *Arr.Cass.* 1994, 414, nr. 199; Cass. 22 augustus 1995, P.95.0931.N, *Arr.Cass.* 1995, 717, nr. 357; Cass. 12 juni 2008, C.07.0294.N, *Arr.Cass.* 2008, 1534, nr. 368; zie impliciet ook GwH 17 september 2009, nr. 142/2009, aangezien daarin wordt geantwoord op een prejudiciële vraag van een dergelijke Commissie.

⁶⁷⁸ GwH 13 november 1996, nr. 65/96, B.2. Zie ook GwH 18 maart 1997, nr. 14/97, B.6 (eveneens de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen); GwH 10 juni 1998, nr. 67/98, B.2.2 (de directeur der belastingen); GwH 30 januari 2002, nr. 31/2002, B.1 (het college van burgemeester en schepenen uitspraak doend over een bezwaar tegen de schrapping van de kiezerslijst, bedoeld in artikel 18 van het Kieswetboek); GwH 25 januari 2006, nr. 14/2006, B.1-B.15 (het Vast Comité I); GwH 18 oktober 2006, nr. 151/2006, B.15-B.17 (het beroepsorgaan inzake veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen); GwH 31 juli 2008, nr. 117/2008, B.4 (de Nederlandstalige Tuchtraad van beroep voor advocaten).

geval als een administratieve beroepsinstantie moet worden beschouwd.⁶⁷⁹ Dat neemt niet weg dat, in andere gevallen, de bestendige deputatie wel uitdrukkelijk als administratief rechtscollege optreedt, bijvoorbeeld wanneer zij uitspraak doet over de geldigheid van de verkiezingen van de politieraden.⁶⁸⁰

Wat inzonderheid de disciplinaire instanties betreft, kan een tuchtoverheid niet als een rechtscollege worden beschouwd wanneer tegen haar beslissingen beroep kan worden ingesteld bij een instantie die zelf geen rechtscollege is.⁶⁸¹

212. De afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State omschrijft het administratief rechtscollege in een arrest van 15 mei 2007 als:

“een door de wetgever ingesteld orgaan dat met de publiekrechtelijke taak van rechtspraak is belast. Of zulks de wil van de wetgever is valt direct of soms indirect uit de wettekst af te leiden of kan ook worden afgeleid uit andere gegevens, zoals uit de parlementaire voorbereiding van de wet of aan de hand van een aantal criteria, waaraan niet steeds een zelfde belang kan worden gehecht en die in hun samenhang moeten worden gezien om tot een kwalificatie te komen.”⁶⁸²

De criteria waar de Raad van State op doelt zijn, naast de zogenaamde “wettelijke aanwijzingen”: het organiek criterium, het formeel criterium, het materieel criterium en het gezag van gewijsde. Na een omstandig onderzoek aan de hand van de voormelde criteria, besluit de Raad van State in het voormelde arrest dat het Vlaams Commissariaat voor de Media – de voorloper van de Vlaamse Regulator voor de Media – geen administratief rechtscollege is. Eerder reeds had de Raad van State geoordeeld dat ook de Vlaamse Geschillenraad voor Radio en Televisie – inmiddels eveneens opgegaan in de Vlaamse Regulator voor de Media⁶⁸³ – als een administratieve overheid, weze het één met een “quasi-jurisdictionele bevoegdheid”, dient te worden beschouwd.⁶⁸⁴ In een arrest van 17 januari 2007 heeft het Grondwettelijk Hof bevestigd dat ook de Vlaamse Regulator voor de Media een orgaan van het actief bestuur is.⁶⁸⁵

⁶⁷⁹ GwH 7 februari 1995, nr. 11/95, B.2.2. Zie ook GwH 29 november 2000, nr. 124/2000, B.3.1.

⁶⁸⁰ Artikel 18^{ter} van de wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus, ingevoegd bij artikel 2 van de wet van 2 april 2001. Zie daarover GwH 27 november 2008, nr. 168/2008 (*infra* nr. 531). Overigens mag worden aangestipt dat de bestendige deputatie, krachtens de voormelde bepaling, uitspraak doet over de geldigheid van de verkiezingen “ongeacht of bij haar bezwaar is ingediend of niet”.

⁶⁸¹ GwH 29 november 2006, nr. 186/2006, B.6, *JT* 2007, 131, noot N. BANNEUX: wanneer meer bepaald de procureur-generaal een tuchtstraf oplegt, treedt hij niet op als rechtscollege maar als overheidsorgaan dat met de handhaving van de tucht is belast; tegen zijn beslissing kan hoger beroep worden ingesteld bij de minister van Justitie.

⁶⁸² RvS 15 mei 2007, nr. 171.226, Coppens.

⁶⁸³ Binnen die instelling, die als een publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap is opgericht, bestaan twee kamers: een “algemene kamer”, die de bevoegdheden heeft overgenomen van het Vlaams Commissariaat voor de Media, en een “kamer voor onpartijdigheid en bescherming van minderjarigen”, die in de plaats is gekomen van de vroegere Vlaamse Geschillenraad voor radio en televisie en de Vlaamse Kijk- en luisterraad.

⁶⁸⁴ RvS 15 juni 2006, nr. 160.106, nv Vlaamse Radio- en Televisieomroep, *NjW* 2007, 224, noot E. BREWAEYS. Voor andere voorbeelden, zie RvS 8 mei 2007, nr. 170.919, Tonnaer: geen rechtsprekend orgaan maar een orgaan van bestuur is de raad van beroep van het personeel van het Gemeenschapsonderwijs, waarin is voorzien door

213. In een arrest van 16 december 2008 heeft het Hof van Justitie de criteria in herinnering gebracht waarmee het rekening houdt om te beoordelen of een verwijzend rechtscollege een “rechterlijke instantie” is in de zin van artikel 267 van het VWEU (vroeger artikel 234 EG). Het betreft meer bepaald “een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, beslissing na een procedure op tegenspraak, de toepassing door het orgaan van de regelen van het recht, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan”.⁶⁸⁶

Wanneer het verwijzende orgaan als bestuursorgaan optreedt zonder dat het tegelijkertijd een geschil dient te beslechten, kan het niet worden geacht een rechtsprekende functie te vervullen, zo preciseert het Hof van Justitie. Dat geldt ook voor een rechter, met name een handelsrechtbank in het voormelde arrest van 16 december 2008, wanneer die zich uitsprekt over een verzoek om inschrijving in een register van een vennootschap volgens een procedure die niet strekt tot nietigverklaring van een handeling waarbij een recht van de verzoeker is geschaad. Het gerecht waarbij in beroep wordt gegaan tegen de genomen weigeringsbeslissing, vervult daarentegen wel een rechtsprekende functie en moet dus in beginsel worden aangemerkt als een rechterlijke instantie.⁶⁸⁷

214. Ten slotte nog een voorbeeld uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat ook met verschillende criteria rekening houdt om uit te maken of een orgaan in aanmerking kan worden genomen als een “rechterlijke instantie” in de zin van artikel 6.1 van het EVRM (die vervolgens moet voldoen aan alle waarborgen van die verdragsbepaling):

“The Court reiterates that for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention a tribunal need not be a court of law integrated with the standard judicial machinery (...) since a tribunal, within the meaning of Article 6 § 1, is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say, the determining of matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner (...). It must also satisfy a series of requirements – independence, in particular of the executive, impartiality and guarantees afforded by its procedure – several of which appear in the text of Article 6 § 1 itself (...).

het Rechtspositiedecreet; RvS 17 januari 2002, nr. 102.581, Collin-Dorge: de commissie van beroep, ingesteld bij de dienst voor geneeskundige controle van het RIZIV, is een administratief rechtscollege.

⁶⁸⁵ GwH 17 januari 2007, nr. 14/2007, B.3.1. In een eerder arrest was het Hof reeds van oordeel dat de Vlaamse Kijk- en Luisterraad geen administratief rechtscollege is, maar een administratief orgaan: GwH 29 november 2000, nr. 124/2000, B.3.1-B.3.2.

⁶⁸⁶ HvJ (Grote kamer) 16 december 2008, Cartesio, C-210/06, punt 55. In dezelfde zin HvJ 10 december 2009, Umweltanwalt von Kärnten, C-205/08, punt 35, HvJ 21 oktober 2010, Nidera Handelscompagnie, C-385/09, punt 35 en HvJ 22 december 2010, RTL Belgium, C-517/09, punt 36. In het laatstgenoemde arrest wordt het College voor vergunning en controle van de Hoge raad voor de audiovisuele sector van de Franse Gemeenschap wegens gebrek aan onafhankelijkheid niet als een rechterlijke instantie beschouwd. Over het begrip “rechterlijke instantie” in het Europese Unierecht, zie o.a. A. BARAV, “Tâtonnement préjudiciel. La notion de juridiction en droit communautaire”, in *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Brussel, Bruylant, 2007, 79-140.

⁶⁸⁷ HvJ (Grote kamer) 16 december 2008, Cartesio, C-210/06, punten 57-59. Zie ook HvJ 25 juni 2009, Roda Golf & Beach Resort, C-14/08, punten 34-36. Zie ook de conclusie van D. RUIZ-JARABO COLOMER in de laatstgenoemde zaak alsook in de in vorige voetnoot vermelde zaak Umweltanwalt von Kärnten.

In order to establish whether a body can be considered independent, regard must be had, *inter alia*, to the manner of appointment of its members and to their term of office, to the existence of guarantees against outside pressures and to the question whether the body presents an appearance of independence (...). Furthermore, the tribunal in question must have jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it (...).⁶⁸⁸

215. Hoewel zij dus vaak noodgedwongen wordt aangewend, is er toch alle reden om voorzichtig om te springen met de voormelde “indiciaire” methode (*supra* nr. 209). Het is immers niet omdat een orgaan niet aan bepaalde voorwaarden voldoet, dat het *ipso facto* moet worden gediskwalificeerd als rechtscollege. De omgekeerde gevolgtrekking kan evengoed worden gemaakt, namelijk dat de wetgever ervoor moet zorgen dat het betrokken orgaan voortaan wel aan de ontbrekende voorwaarden voldoet. In sommige gevallen zal dat zelfs de enig mogelijke gevolgtrekking zijn, met name wanneer, bij gebrek aan toegang tot een (andere) rechter, het recht op een daadwerkelijk juridictioneel toezicht anders in het gedrang komt (zie daarover *infra* nr. 502).

De kwalificatie van een overheidsorgaan als rechtscollege is van doorslaggevend belang voor de mogelijkheid (en tegelijk de verplichting) om artikel 159 van de Grondwet toe te passen. Bestuursorganen beschikken immers in de regel niet over die mogelijkheid (*infra* nrs. 229-255).

§ 4. Mag de wetgever de grondwettelijke opdracht aan de rechter beperken ?

216. Een laatste vraag in deze afdeling is of de wetgever de grondwettelijke opdracht aan de “hoven en rechtbanken” die uit artikel 159 van de Grondwet voortvloeit, mag beperken. Op het eerste gezicht moet het antwoord op die vraag ontkennend zijn, rekening houdend met het beginsel van de hiërarchie van de rechtsnormen.

Een ordonnantie van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest van 29 augustus 1991 bepaalde bijvoorbeeld dat “in afwijking van de hiërarchie van de plannen”, de bepalingen van de lagere plannen “die niet overeenstemmen met één of meerdere latere hogere plannen” van kracht blijven totdat zij krachtens de ordonnantie uitdrukkelijk worden opgeheven, gewijzigd of geschorst. De Raad van State stelde in dat verband vast dat de hiërarchie van de rechtsnormen een fundamenteel beginsel van de rechtsordering is, dat inzonderheid tot uiting komt in artikel 159 van de Grondwet (*supra* nr. 31) en dat de ordonnantiegever niet bevoegd is om door middel van een algemene bepaling van dat beginsel af te wijken ten voordele van lagere plannen, “noch om het voor rechtscolleges onmogelijk te maken artikel 159 van de Grondwet toe te passen”.⁶⁸⁹

⁶⁸⁸ EHRM 5 februari 2009, Olujic t. Kroatië, §§ 37-38. Zie ook reeds EHRM 29 april 1988, Belilos t. Zwitserland, Serie A 132, § 64. Over het begrip “rechterlijke instantie” in het EVRM, zie met name F. MATSCHER, “La notion du ‘tribunal’ au sens de la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Brussel, Bruylant, 1996, 29-47 en F. KRENC, “La notion du ‘tribunal’ au sens de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Les droits de l’homme en évolution. Mélanges en l’honneur du professeur Petros J. Pararas*, Brussel, Bruylant, 2009, 305-332.

⁶⁸⁹ RvS 10 september 1998, nr. 75.710, vzw Gemeenschappelijk Verbond van de Verenigingen voor natuurbescherming, APT 1998, 201, verslag en advies I. KOVALOVSKY, JT 1999, 63, noot D. LAGASSE, *Amén.* 1999, 55, noot M. QUINTIN; J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State*, Antwerpen, Maklu, 1999, 510-511.

Met toepassing van artikel 9 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen (*infra* nr. 298) weigerde de Raad van State vervolgens de betrokken bepaling van de ordonnantie toe te passen “voor zover ze niet met de Grondwet overeenstemt”.

217. Toch is de opdracht die voor de rechter uit artikel 159 van de Grondwet voortvloeit minder absoluut dan zij op het eerste gezicht lijkt. Zoals in het tweede hoofdstuk is gebleken zijn er andere algemene rechtsbeginselen aan het licht gekomen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, die een tegengewicht vormen voor het wettigheidsbeginsel en die niet alleen de rechter ertoe kunnen nopen zijn wettigheidstoezicht te beperken (*supra* nr. 147), maar ook de wetgever ertoe kunnen (en moeten) bewegen de uit artikel 159 van de Grondwet voortvloeiende opdracht af te bakenen.⁶⁹⁰ Op dat punt wordt verder nog enkele keren teruggekomen (*infra* nrs. 576, 627 en 674).

Afdeling 2 – Het Grondwettelijk Hof: enkele bijzondere situaties

218. Het Grondwettelijk Hof is slechts bevoegd om wetgevende normen te toetsen (*infra* nr. 283) en zal zich dus in beginsel onbevoegd verklaren om over de (grond)wettigheid van een bestuurshandeling uitspraak te doen.⁶⁹¹ Sommigen wijzen erop dat artikel 159 van de Grondwet die laatste bevoegdheid voorbehoudt aan de hoven en rechtbanken, “donc au pouvoir judiciaire, ce qui exclut la Cour d’arbitrage”,⁶⁹² maar hoger is reeds gebleken dat de rechtsprekende bevoegdheid determinerend is (*supra* nr. 207) en dat is geen alleenrecht van de gewone hoven en rechtbanken.

219. Het spreekt vanzelf dat het Hof bevoegd is om, bij het onderzoek van de ontvankelijkheid van het optreden in rechte voor het Hof, de wettigheid van de bestuurshandelingen van een overheid die een beroep instelt of in het geding tussenkomt (en die verband houden met dat optreden) te onderzoeken (§ 1).

⁶⁹⁰ *Contra* o.a. K. LEUS en B. MARTEL, “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie”, in *De wettigheidstoets*, 41. Volgens die auteurs kan “het tot de materiële Grondwet behorende rechtszekerheidsbeginsel” de toepassing van artikel 159 van de Grondwet niet verhinderen.

⁶⁹¹ Bv. GwH 31 maart 2004, nr. 62/2004:

“B.3. Het Hof vermag zich enkel uit te spreken over het verantwoorde karakter, ten aanzien van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van een verschil in behandeling als dat verschil aan een norm met wetgevend karakter kan worden toegeschreven. Noch artikel 26, § 1, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 noch enige andere grondwettelijke of wettelijke bepaling verleent het Hof de bevoegdheid om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de vraag of een koninklijk besluit al dan niet bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.4. De machtiging die bij artikel 11, § 4, van het voormelde koninklijk besluit nr. 38 aan de Koning is gegeven, staat Hem geenszins toe af te wijken van het beginsel volgens hetwelk een verschil in behandeling dat door een norm tussen verschillende categorieën van personen wordt ingevoerd, dient te berusten op een objectieve en redelijke verantwoording die wordt beoordeeld in het licht van het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel. Met toepassing van artikel 159 van de Grondwet komt het de rechter toe de bepalingen van dat besluit die niet bestaanbaar zouden zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, niet toe te passen.”

⁶⁹² Zie P. MARTENS en B. RENAULD, “L’interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée”, verslag van werkgroep 1, in A. ARTS e.a. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, 19.

Daarnaast zijn er twee bijzondere situaties waarin het Hof zich in het onderzoek ten gronde over een uitvoeringsbesluit heeft uitgesproken (§ 2 en § 3). Ten slotte is er de bijzondere situatie waarin het Grondwettelijk Hof zich uitspreekt over een exceptie van on(grond)wettigheid van een wetgevende norm (§ 4).

§ 1. De onwettigheid van de beslissing om een beroep tot vernietiging in te stellen

220. De eerste situatie is eigenlijk het gewone gevolg van de bevoegdheid van het Hof om de ontvankelijkheid van de ingediende stukken te onderzoeken. Een wettigheidscontrole maakt vanzelfsprekend deel uit van dat ontvankelijkheidsonderzoek.⁶⁹³

Hoewel dat vaak niet met zoveel woorden uit de rechtspraak blijkt, komt die wettigheidscontrole in wezen neer op een toepassing van de exceptie van onwettigheid. Occasioneel komt die toepassing uitdrukkelijk tot uiting. In een arrest van 24 juni 1998 diende het Grondwettelijk Hof zich uit te spreken over een exceptie van niet-ontvankelijkheid, waarin werd aangevoerd dat het Hof, met toepassing van artikel 159 van de Grondwet, geen rekening kan houden met de bij artikel 7, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof vereiste beslissing van de Ministerraad om het beroep tot vernietiging in te stellen aangezien die beslissing een machtsafwijking zou inhouden “in zoverre zij een ander doel beoogt dan dat waarvoor de Ministerraad bevoegd is”.

Het Hof antwoordt op die exceptie dat de Ministerraad in artikel 2 van de voormelde bijzondere wet is aangewezen als overheid die bij het Hof een zaak aanhangig kan maken en dat hij daarbij “van geen belang of oogmerk” moet doen blijken.⁶⁹⁴

§ 2. De onwettigheid van het algemene principes-KB

221. Het Grondwettelijk Hof is bevoegd om wetgevende normen te toetsen aan een aantal specifiek vermelde grondwetsbepalingen (*supra* nr. 40) maar ook aan de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten.⁶⁹⁵

Een dergelijke bevoegdheidsverdelende bepaling was artikel 13, § 6, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Die paragraaf bepaalde dat de bevoegdheden die door de wet van 16 maart 1954 (betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut) worden toegekend aan de minister tot wiens bevoegdheid het openbaar ambt behoort, met uitzondering van het administratief en geldelijk statuut, door de overeenkomstige

⁶⁹³ Bv. GwH 17 juni 1998, nr. 73/98, B.1.1-B.1.3.

⁶⁹⁴ GwH 24 juni 1998, nr. 76/98, B.4.

⁶⁹⁵ Zie artikel 142, tweede lid, 2° en 3°, van de Grondwet en de artikelen 1 en 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

organen van de gemeenschap of het gewest worden uitgeoefend. Uit de bepaling vloeide voort dat het akkoord van de federale minister van Ambtenarenzaken nodig was bij het aannemen van het administratief en geldelijk statuut van het personeel van de instellingen van openbaar nut die van de gemeenschappen en de gewesten afhangen.

Artikel 13, § 6, werd opgeheven bij artikel 16, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, maar de uitwerking van die opheffingsbepaling was afhankelijk van de inwerkingtreding van een koninklijk besluit, meer bepaald het koninklijk besluit bedoeld in artikel 87, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, zoals ingevoegd bij artikel 12, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1988. Naar luid van die bepaling wijst een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit, genomen na advies van de regeringen, die algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van het rijkspersoneel aan die van rechtswege van toepassing zullen zijn op het personeel van de gemeenschappen en de gewesten, evenals op het personeel van de publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de gemeenschappen en de gewesten (met uitzondering van het personeel bedoeld in artikel 24 van de Grondwet).

Zo komt het dat de opheffing van de voormelde paragraaf 6 zich pas voltrok op 1 januari 1994, datum van inwerkingtreding van het koninklijk besluit van 26 september 1994 “tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen”, het zogenaamde algemene principes-KB (of APKB), nadat een eerder koninklijk besluit met dezelfde strekking⁶⁹⁶ door de Raad van State was vernietigd, meer bepaald op grond van onbevoegdheid in een periode van lopende zaken.⁶⁹⁷

Op 18 juli 1994 werd een beroep tot vernietiging ingediend van artikel 22 van het decreet van de Franse Gemeenschapscommissie van 17 maart 1994 “houdende oprichting van het Franstalig Brussels Instituut voor Beroepsopleiding”, zijnde een bepaling inzake het administratief en geldelijk statuut van het personeel van het Instituut. De verzoekende partij voerde onder meer aan dat het akkoord van de federale minister van Ambtenarenzaken, dat op grond van het vroegere artikel 13, § 6, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen was vereist, niet zou zijn verkregen voor de bestreden bepaling. Om de bestreden bepaling alsnog aan dat inmiddels vervangen artikel te kunnen laten toetsen, wierp de verzoekende partij de onwettigheid van het algemene principes-KB op. De onwettigheid zou meer bepaald gelegen zijn in de terugwerkende kracht van dat koninklijk besluit.

⁶⁹⁶ Meer bepaald het koninklijk besluit van 22 november 1991, vernietigd bij RvS 31 mei 1994, nr. 47.689, Leclercq.

⁶⁹⁷ Bestuurshandelingen van een ontslagnemende regering die het kader van de lopende zaken te buiten gaan, zijn onwettig en kunnen derhalve door de Raad van State worden vernietigd en door de gewone hoven en rechtbanken buiten toepassing worden gelaten. Zie o.a. J. VELAERS en Y. PEETERS, “De ‘lopende zaken’ en de ontslagnemende regering”, *TBP* 2008, 3-19.

Het Grondwettelijk Hof – toen nog Arbitragehof – redeneert als volgt: “Zonder dat het nodig is de algemene vraag te onderzoeken of het Hof uitspraak moet doen over elke op artikel 159 van de Grondwet gegronde exceptie, moet erop worden gewezen dat ten deze het betwiste besluit integrerend deel uitmaakt van een geheel van bevoegdheidsverdelende regels, in zoverre de bijzondere wetgever de opheffing van artikel 13, § 6, van de inwerkingtreding van dat besluit afhankelijk heeft gemaakt”.⁶⁹⁸

Het Hof acht zich in de gegeven omstandigheden verplicht om over de exceptie uitspraak te doen, maar bevindt ze vervolgens ongegrond. De motivering van die verwerping, in twee arresten van 1995, legt overigens de krachtlijnen vast van de latere rechtspraak van het Hof inzake wetgevende validaties (*infra* nrs. 432-433):

“B.3.4. Het beginsel dat als algemene regel is vervat in artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek, volgens hetwelk de wet geen terugwerkende kracht heeft, is *a fortiori* toepasselijk op de koninklijke besluiten. Het staat evenwel toe dat, wanneer de administratieve overheid een door de Raad van State vernietigde handeling herstelt, zij aan de nieuwe handeling terugwerkende kracht verleent wanneer dat onontbeerlijk blijkt voor de goede werking of de continuïteit van de openbare dienst, voor zover de rechtsgrond van de vernietiging wordt geëerbiedigd.

B.3.5. Het enkele feit dat een retroactief besluit een weerslag kan hebben op de beslechting van hangende rechtsgedingen volstaat niet opdat die retroactiviteit onwettig zou zijn. Zij zou dat zijn wanneer het enige of hoofdzakelijke doel dat met de retroactiviteit wordt beoogd, erin zou bestaan de beslechting van rechtsgedingen te beïnvloeden of rechtscolleges te beletten over een rechtsvraag uitspraak te doen, zonder dat uitzonderlijke omstandigheden die inmenging redelijkerwijze kunnen verantwoorden.

Ten deze vindt de retroactiviteit van het koninklijk besluit van 26 september 1994 haar grondslag in de zorg de stabiliteit van de instellingen en de continuïteit van de openbare dienst te behouden, de rechtszekerheid te vrijwaren en de intussen verkregen rechten van de ambtenaren veilig te stellen (Verslag aan de Koning, *Belgisch Staatsblad*, 1 oktober 1994, tweede uitgave, pp. 24.844-24.848). Het besluit kan derhalve in zijn retroactieve werking niet worden beschouwd als een onrechtmatige inmenging in lopende procedures.”⁶⁹⁹

222. Het algemene principes-KB heeft niet alleen een invloed op de (inwerkingtreding van) bevoegdheidsverdelende bepalingen, het maakt daar ook integraal deel van uit, zo blijkt uit een later arrest. Aangezien het algemene principes-KB de concretisering is van de in artikel 87, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 in algemene bewoordingen opgenomen beperking die de gemeenschappen en de gewesten bij de uitoefening van die bevoegdheid in acht moeten nemen (*supra* nr. 221), behoren de bepalingen van dat besluit tot de bevoegdheidsverdelende regels.

In dit geval werd de onwettigheid opgeworpen van artikel 62, § 1, van het algemene principes-KB. Die bepaling verklaart de algemene principes vermeld in de artikelen 1 tot 60 van het besluit

⁶⁹⁸ GwH 4 april 1995, nr. 31/95, B.3.3. In dezelfde bewoordingen (m.b.t. een ander decreet), GwH 6 juni 1995, nr. 45/95, B.4.3. Zie daarover P. LEWALLE, “La Cour constitutionnelle, juge de l’administration”, in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d’un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 899-903.

⁶⁹⁹ GwH 4 april 1995, nr. 31/95, B.3.4-B.3.5; GwH 6 juni 1995, nr. 45/95, B.4.4-B.4.5. In dezelfde zin daarna, o.a. RvS 5 november 1996, nr. 62.922, Orfinger.

van toepassing op de personeelsleden die in statutair verband zijn tewerkgesteld bij de door de Koning aangeduide publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de gemeenschappen, de gewesten, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de Franse Gemeenschapscommissie. Het Hof acht de exceptie van onwettigheid gegrond:

“B.4.4.1. Zonder dat het nodig is de algemene vraag te onderzoeken of het Hof uitspraak moet doen over elke op grond van artikel 159 van de Grondwet steunende exceptie, stelt het Hof vast dat het antwoord op de te dezen opgeworpen exceptie onontbeerlijk is om het bevoegdheidsrechtelijke probleem op te lossen. Onverminderd de annulatiebevoegdheid van de Raad van State, is het Hof bijgevolg ertoe gehouden over de exceptie uitspraak te doen.

B.4.4.2. Naar luid van artikel 87, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zijn de in dat artikel bedoelde algemene principes - het onderwijspersoneel uitgesloten - « van rechtswege » zonder onderscheid van toepassing op het personeel van de publiekrechtelijke rechtspersonen die van een gemeenschap of gewest afhangen, zodat de Koning zich geen bevoegdheid heeft kunnen voorbehouden om de publiekrechtelijke rechtspersonen aan te wijzen op wier personeel de algemene principes slechts van toepassing zouden zijn. Artikel 62, § 1, van het koninklijk besluit van 26 september 1994 is derhalve in strijd met eerdergenoemd artikel 87, § 4, en moet, op grond van artikel 159 van de Grondwet, buiten toepassing worden gelaten.”⁷⁰⁰

223. De in deze paragraaf beschreven situatie betreft met andere woorden het bijzondere geval waarin de opheffing en de vervanging van een bevoegdheidverdelend artikel van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen afhankelijk is gesteld van de inwerkingtreding van een koninklijk besluit of waarin een bevoegdheidverdelende bepaling voor de nadere invulling verwijst naar een – in dit geval hetzelfde – koninklijk besluit. Het gaat, met de woorden van Martens, om administratieve normen “à ce point imbriquées dans des normes législatives qu’on ne peut les ‘décoller’ de l’ensemble administrativo-législatif qu’elles composent”.⁷⁰¹

§ 3. De ongrondwettigheid van een machtigingsbepaling en haar uitvoeringsbesluit

224. Een koninklijk besluit genomen krachtens een wet die de Koning ertoe machtigt wettelijke bepalingen te wijzigen, aan te vullen en eventueel op te heffen, is een handeling van de uitvoerende macht die is onderworpen aan de toetsing bedoeld in artikel 159 van de Grondwet en waartegen een beroep tot vernietiging bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan worden ingesteld. Een wet die de uitvoerende macht machtigt om, in welbepaalde omstandigheden, bepalingen van wetgevende aard te wijzigen, kent immers niet de hoedanigheid van wetgevende handelingen in de formele zin toe aan de handelingen van de uitvoerende macht die in het kader van een dergelijke machtiging zijn genomen. Een dergelijke machtigingswet houdt overigens geen voorafgaande en impliciete bekrachtiging in van de ter uitvoering van die wet uitgevaardigde handelingen. Dergelijke handelingen kunnen slechts aan

⁷⁰⁰ GwH 14 juli 1997, nr. 39/97, B.4.4.1-B.4.4.2. Zie daarover P. LEWALLE, “La Cour constitutionnelle, juge de l’administration”, in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d’un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 904-907.

⁷⁰¹ P. MARTENS, “La Cour d’arbitrage et la loi”, in L. WINTGENS (ed.), *Het wetsbegrip*, Brugge, die Keure, 2003, 162.

de toetsing van het Hof worden voorgelegd wanneer zij het voorwerp van een bekrachtigingswet zijn geweest (*infra* nr. 323).⁷⁰²

225. In sommige arresten heeft het Grondwettelijk Hof zich evenwel ertoe laten verleiden een machtigingsbepaling te onderzoeken, *in de veronderstelling dat of alsof* zij de bevoegdheid zou verlenen om de in het uitvoeringsbesluit vervatte ongelijke behandeling in het leven te roepen.⁷⁰³ Ook al is die benadering meestal ingegeven door de wijze waarop de verwijzende rechter zijn prejudiciële vraag heeft geformuleerd, toch lijkt het Hof zich daarmee een toetsingsbevoegdheid toe te eigenen die de gewone en administratieve rechter toekomt.⁷⁰⁴ In werkelijkheid beoordeelt het Hof immers de wettigheid (meer bepaald de grondwettigheid) van het uitvoeringsbesluit.

In meer recente rechtspraak lijkt het Hof die voortvarende houding te hebben verlaten en verklaart het zich (in de regel) onbevoegd om uitspraak te doen over de grondwettigheid van het uitvoeringsbesluit, met als argument dat het daarmee zijn bevoegdheid zou overschrijden en inbreuk zou maken op die van de administratieve en van de justitiële rechter.⁷⁰⁵ Wanneer het verschil in behandeling (of een ander grondwettigheidsbezwaar) evenwel voortvloeit uit de criteria die in de machtigingswet zelf zijn bepaald, kan het Hof uiteraard wel de naleving van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet beoordelen (of van andere grondwetsartikelen waaraan het Hof vermog te toetsen).⁷⁰⁶ Dezelfde vraag kan zich tevens voordoen in verband met beroepen tot vernietiging: het komt er dan op aan na te gaan aan welke bepaling de aangevoerde grieven kunnen worden toegeschreven, die van de wet zelf of die van het uitvoeringsbesluit.⁷⁰⁷

226. In een arrest van 1 september 2008 grijpt het Grondwettelijk Hof echter terug naar de vroegere rechtspraak en onderzoekt het opnieuw een machtigingsbepaling *a/sof* zij de bevoegdheid verleent om de in het uitvoeringsbesluit vervatte ongelijke behandeling in het leven te roepen.⁷⁰⁸ Het is dus afwachten welke rechtspraak zich zal doorzetten.

⁷⁰² O.a. GwH 9 november 2005, nr. 163/2005, B.3.

⁷⁰³ GwH 5 maart 1997, nr. 11/97, B.2.2; GwH 18 juli 1997, nr. 54/97, B.4.1; GwH 7 juli 1998, nr. 78/98, B.4; GwH 18 november 1998, nr. 119/98, B.3; GwH 26 mei 1999, nr. 58/99, B.3.

⁷⁰⁴ J. THEUNIS, "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Arbitragehof (2000)", *TvW* 2001, 23. Zie ook P. MARTENS, "La Cour d'arbitrage et la loi", in L. WINTGENS (ed.), *Het wetsbegrip*, Brugge, die Keure, 2003, 158: "On peut s'interroger sur l'orthodoxie de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt n° 11/97: si les juges abusaient du procédé qui consiste à « légaliser » un règlement dans le seul but de le soumettre à la Cour, celle-ci deviendrait le juge des actes administratifs, ce qui n'est certes pas une option du Constituant."

⁷⁰⁵ GwH 9 januari 2002, nr. 7/2002, B.3.4; GwH 20 februari 2002, nr. 44/2002, B.3-B.5.2; GwH 30 april 2003, nr. 51/2003, B.14.4; GwH 10 maart 2004, nr. 37/2004, B.6; GwH 31 maart 2004, nr. 62/2004, B.3-B.4; GwH 3 november 2004, nr. 178/2004, B.4.4; GwH 20 oktober 2005, nr. 158/2005, B.3-B.4; GwH 28 juli 2006, nr. 127/2006, B.5-B.6; GwH 17 januari 2008, nr. 5/2008, B.4; GwH 21 januari 2009, nr. 13/2009, B.12.

⁷⁰⁶ GwH 22 januari 2003, nr. 9/2003, B.3; GwH 1 maart 2005, nr. 51/2005, B.3-B.4.3; GwH 16 maart 2005, nr. 57/2005, B.5.2; GwH 1 juni 2005, nr. 103/2005, B.2.3; GwH 15 februari 2006, nr. 25/2006, B.8-B.10; GwH 22 maart 2006, nr. 46/2006, B.5.2; GwH 5 juli 2006, nr. 117/2006, B.2; GwH 8 november 2006, nr. 164/2006, B.3.2; GwH 4 maart 2008, nr. 37/2008, B.3-B.4.2. Zie ook GwH 22 december 2010, nr. 159/2010, B.3.1: "Wanneer een uitvoeringsbesluit in samenhang met een wettelijke bepaling aan het Hof wordt voorgelegd, dient te worden bepaald aan welk van beide normen het in het geding zijnde grondwettigheidsbezwaar zou moeten worden toegeschreven".

⁷⁰⁷ GwH 25 januari 2001, nr. 5/2001, B.3.5; GwH 5 mei 2004, nr. 69/2004, B.6.2; GwH 4 mei 2005, nr. 86/2005, B.29-B.30.

⁷⁰⁸ GwH 1 september 2008, nr. 132/2008, B.3.3. Zie ook GwH 3 december 2008, nr. 176/2008, B.3.

Hoe subtiel het onderscheid vaak is, mag blijken uit een arrest van 22 april 2010. In het geding was een verschil in behandeling op het vlak van de rentevoet. Meer bepaald is op de strafrechtelijke borgstelling een lagere rentevoet toepasselijk dan de “wettelijke rentevoet” (waarmee de rentevoet wordt bedoeld die is vastgesteld bij de wet van 5 mei 1865 betreffende de lening op intrest), die sinds 1999 varieert tussen 5,5 en 7 procent. De lagere rentevoet, die sinds 1999 varieert tussen 1,75 en 2,75 procent, wordt echter vastgesteld bij een ministerieel besluit. Toch onderzoekt het Grondwettelijk Hof het verschil in behandeling, niet wat de omvang ervan betreft (die immers niet uit de wet zelf blijkt), maar wat het principe zelf van een verschil in rentevoet betreft. Uit de wettelijke grondslag van de ministeriële besluiten blijkt immers de wil van de wetgever om inzake strafrechtelijke borgstelling een rentevoet te doen vaststellen die verschillend is van de wettelijke rentevoet die in burgerlijke en handelszaken geldt. Het Hof vermag bij zijn onderzoek rekening te houden met de aldus bij een ministerieel besluit vastgestelde rentevoeten, niet om zich uit te spreken over de grondwettigheid ervan, hetgeen niet tot zijn bevoegdheid behoort, maar alleen om zich te plaatsen in de hypothese waarin de wettelijke grondslag in die zin moet worden geïnterpreteerd dat deze de minister oplegt af te wijken van de bij de wet vastgestelde rentevoet in burgerlijke en handelszaken.⁷⁰⁹

§ 4. De exceptie van on(grond)wettigheid ten aanzien van een wetgevende norm

227. Het Hof is bevoegd om wetgevende normen rechtstreeks te toetsen aan een aantal grondwetsbepalingen (*infra* nr. 294), maar het kan dat ook incidenteel doen, wanneer in het kader van een procedure ten aanzien van een wetsbepaling die het Hof moet toepassen een “exceptie van ongrondwettigheid” wordt opgeworpen. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.

Op grond van artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof kan, in een prejudiciële procedure, eenieder die van een belang doet blijken in de zaak voor de verwijzende rechter, tussenkomen in het geding voor het Grondwettelijk Hof. Aanvankelijk oordeelde het Hof dat de enkele hoedanigheid van partij bij een procedure die analoog is met die welke bij het Hof prejudicieel aanhangig is, niet volstaat om te doen blijken van het belang om in een procedure betreffende een prejudiciële vraag tussen te komen.⁷¹⁰ In het arrest nr. 56/93 gaf het Hof daarvoor een principiële verantwoording “naar aanleiding van een exceptie van ongrondwettigheid”⁷¹¹ van het voormelde artikel 87, § 1:

“Nu de wetgever de draagwijdte van het arrest dat is gewezen op de prejudiciële vraag in het geschil naar aanleiding waarvan de vraag is gesteld, heeft beperkt, kon hij de tussenkomst voor het Hof beperken tot de personen die in dat geschil mochten tussenkomen. Het is weliswaar juist dat het arrest, gewezen op prejudiciële vraag, een indirect effect zou kunnen hebben op soortgelijke geschillen aangezien de geïndiepte rechter van oordeel zou kunnen zijn dat hij geen vraag aan het Hof hoeft te stellen omdat het Hof reeds op een vraag met hetzelfde

⁷⁰⁹ GwH 22 april 2010, nr. 36/2010, B.3.

⁷¹⁰ Bv. GwH 14 december 1995, nr. 82/95, B.1.2.

⁷¹¹ Zo genoemd in GwH 4 maart 2008, nr. 44/2008, B.2.3; GwH 11 juni 2008, nr. 89/2008, B.3.3; GwH 21 januari 2009, nr. 13/2009, B.2.2.

onderwerp uitspraak heeft gedaan. Niets belet echter de partijen voor die rechter argumenten uiteen te zetten om hem te overtuigen op zijn beurt een vraag aan het Hof te stellen.”⁷¹²

Nadat het Hof dat standpunt in latere arresten reeds stelselmatig had versoepeld,⁷¹³ wordt het verlaten in het arrest nr. 44/2008:

“Ofschoon moet worden vermeden dat voor het Hof personen in rechte treden die slechts een hypothetisch belang hebben bij de aan het Hof gestelde prejudiciële vragen, dient het rekening te houden met het versterkte gezag van gewijsde dat voortvloeit uit artikel 26, § 2, tweede lid, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 en ervoor te zorgen dat prejudiciële vragen met betrekking tot identieke problemen niet worden vermenigvuldigd. Door toe te staan dat elke persoon die doet blijken van een belang de vernietiging kan vorderen van een bepaling waarvan het Hof, uitspraak doende op een prejudiciële vraag, heeft vastgesteld dat ze de Grondwet schendt, heeft artikel 4, tweede lid, dat in de bijzondere wet van 6 januari 1989 is ingevoerd bij de bijzondere wet van 9 maart 2003, het gevolg versterkt dat een op prejudiciële vraag gewezen arrest kan hebben voor de personen die geen partij waren bij dat arrest.”⁷¹⁴

Het Grondwettelijk Hof aanvaardt voortaan dat de personen die het afdoende bewijs leveren van het rechtstreekse gevolg dat het antwoord dat het Hof op een prejudiciële vraag zal geven, op hun persoonlijke situatie kan hebben, doen blijken van een belang om voor het Hof tussen te komen.⁷¹⁵

228. Wanneer het door artikel 159 van de Grondwet aan de rechter opgedragen wettigheidstoezicht over de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen slechts een bijzondere toepassing is “van het meer algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de rechter geen toepassing mag maken van een beslissing, met name een norm, waarbij een hogere bepaling wordt geschonden” (*supra* nr. 20), dan kan die incidentele toetsing door het Grondwettelijk Hof van een wet aan de Grondwet eveneens worden beschouwd als een toepassing van dat algemeen rechtsbeginsel. Voor alle duidelijkheid: het is enkel het Grondwettelijk Hof die een dergelijke incidentele toetsing mag verrichten. De andere rechtscolleges moeten, indien een “exceptie van ongrondwettigheid” van een wet wordt opgeworpen, desgevallend een prejudiciële vraag stellen aan het Hof.

Andere voorbeelden zijn te vinden in een reeks arresten waarin een beperkte kamer van het Grondwettelijk Hof antwoordt op een exceptie van ongrondwettigheid van artikel 3, § 1, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, dat de termijn bepaalt voor het indienen van een beroep tot vernietiging⁷¹⁶ en in een arrest waarin het Hof antwoordt op een

⁷¹² GwH 8 juli 1993, nr. 56/93, B.2.7.

⁷¹³ Zie GwH 4 maart 2008, nr. 44/2008, B.2.4; GwH 11 juni 2008, nr. 89/2008, B.3.4; GwH 21 januari 2009, nr. 13/2009, B.2.3.

⁷¹⁴ GwH 4 maart 2008, nr. 44/2008, B.2.5. In dezelfde zin: GwH 11 juni 2008, nr. 89/2008, B.3.5; GwH 31 juli 2008, nr. 117/2008, B.6; GwH 21 januari 2009, nr. 13/2009, B.2.4; GwH 29 oktober 2009, nr. 171/2009, B.3; GwH 25 februari 2010, nr. 17/2010, B.6.

⁷¹⁵ GwH 4 maart 2008, nr. 44/2008, B.2.6. In dezelfde zin: GwH 11 juni 2008, nr. 89/2008, B.3.6; GwH 31 juli 2008, nr. 117/2008, B.6; GwH 21 januari 2009, nr. 13/2009, B.2.5; GwH 29 oktober 2009, nr. 166/2009, B.3.3; GwH 29 oktober 2009, nr. 171/2009, B.3; GwH 25 februari 2010, nr. 17/2010, B.6.

⁷¹⁶ GwH 18 november 1998, nr. 118/98, 3-4; GwH 28 juni 2006, nr. 115/2008, B.2.1-B.2.3; GwH 29 november 2006, nr. 188/2006, B.5; GwH 28 maart 2007, nr. 56/2007, B.5.

exceptie van ongrondwettigheid van artikel 87, § 5, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.⁷¹⁷

Wat zich ten slotte ook reeds heeft voorgedaan is dat één van de partijen het Hof verzoekt een prejudiciële vraag aan zichzelf te stellen over de mogelijke ongrondwettigheid van, *in casu*, de artikelen 101 en 102 van de bijzondere wet van 6 januari 1989. Het Hof herkwaliceert dat verzoek als een “exceptie van ongrondwettigheid”, maar komt na onderzoek tot de vaststelling dat die exceptie zonder voorwerp is.⁷¹⁸

Afdeling 3 – Administratieve overheden

§ 1. Administratieve overheden in het algemeen

229. Uit de stelling van het Hof van Cassatie dat artikel 159 van de Grondwet enkel geldt voor de “met eigenlijke rechtspraak belaste organen” (*supra* nr. 197), volgt dat het niet kan worden toegepast door de administratieve overheden. Deze visie sluit aan bij de bespreking van het grondwetsartikel in het Nationaal Congres. Een amendement dat ertoe strekte de wettigheidscontrole ook door de provincie- en gemeenteraden te laten uitoefenen, werd verworpen.⁷¹⁹

Ook de Raad van State heeft reeds een kwart eeuw geleden geoordeeld “dat de in dat grondwetsartikel gestelde regel (...) enkel geldt voor de met rechtspraak belaste organen, niet voor het actief bestuur”.⁷²⁰ En in een recent arrest werd bevestigd dat “de Koning als orgaan van het actief bestuur, zijnde geen met rechtspraak belast orgaan, ertoe gehouden (is) het (...) bestreden besluit toe te passen, zolang het niet werd opgeheven, ingetrokken, geschorst of vernietigd”.⁷²¹

230. De rechtspraak van de Raad van State is op dit punt echter minder standvastig dan die van het Hof van Cassatie. In het arrest Leens van 27 januari 1988 nam de Raad van State het nogal voortvarende standpunt in dat artikel 159 van de Grondwet “weliswaar alleen de hoven en rechtbanken verbiedt onwettige verordeningen toe te passen, maar dat het toch een algemeen rechtsbeginsel bevat dat ook voor de administratieve overheden geldt”.⁷²²

⁷¹⁷ GwH 23 februari 2005, nr. 44/2005, B.14.4-B.14.6.

⁷¹⁸ GwH 13 oktober 2009, nr. 157/2009, B.1.3 en B.11.

⁷¹⁹ Zie in het bijzonder de tussenkomst van LEBEAU: “Je suis tout à fait opposé à l’amendement. Si les corps administratifs sont constitués en tribunaux administratifs, l’article tel qu’il est, leur est applicable”, in J. HUYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique (1830-1831)*, Brussel, 1844-1845, II, 69. Men wilde vooral vermijden dat de overheid tegelijkertijd rechter en partij zou zijn (A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 841-842). Zie ook RvS, afd. administratie (thans afd. bestuursrechtspraak), advies van 31 januari 1984 op verzoek van de minister van binnenlandse zaken, *Parl.St.* Kamer 1983-84, nr. 781/12, 61, met verwijzing naar J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, Brussel, Bruylant, 1879, nr. 500.

⁷²⁰ RvS 14 november 1985, nr. 25.858, nv Meubelcentrale Heylen.

⁷²¹ RvS 13 november 2009, nr. 197.782, nv Limburgse Reconvertiemaatschappij en nv Stadium Fenix.

⁷²² RvS 27 januari 1988, nr. 29.227, Leens.

Dat artikel 159 van de Grondwet slechts de uitdrukking is van een algemeen rechtsbeginsel, is door het Hof van Cassatie inmiddels erkend (*supra* nr. 20). Dat dit algemeen rechtsbeginsel ook voor administratieve overheden zou gelden, wordt door dat Hof echter niet aanvaard.⁷²³

231. De Raad van State heeft zijn voortvarende standpunt niet doorgezet. Het bestuur wordt dus niet geacht de exceptie van onwettigheid te hanteren, zij het met één uitzondering: wanneer de bestuurshandeling zo grof onrechtmatig is dat zij voor onbestaande moet worden gehouden en wettelijk erkende belangen ernstig schaadt, mag de overheid die zogenaamde “onbestaande handeling” buiten toepassing laten.⁷²⁴ Het eigene van de onbestaande handeling, zo preciseert de Raad van State, is dat haar feitelijk bestaan genegeerd mag worden, zowel door de burger als door de overheid.⁷²⁵

In de rechtsfiguur van de onbestaande rechtshandeling schuilt een inherent risico: het is de administratieve overheid zelf die oordeelt of een rechtshandeling onbestaand is, weliswaar onder de uiteindelijke controle van de rechter, en dat oordeel kan verschillen van dat van de burger, van dat van een andere overheid of van dat van de rechter. Er is dus alle reden om de rechtsfiguur van de onbestaande rechtshandeling op restrictieve wijze op te vatten, zoals met name het geval is in de rechtspraak van het Hof van Justitie (*infra* nr. 232)

232. Ook het Europese Unierecht kent de figuur van de onbestaande rechtshandeling. Volgens vaste rechtspraak worden handelingen van de EU-instellingen – zelfs indien zij onregelmatig zijn – in beginsel geacht rechtsgeldig te zijn en roepen zij bijgevolg rechtsgevolgen in het leven, zolang zij niet zijn ingetrokken,⁷²⁶ zolang zij niet in het kader van een beroep tot nietigverklaring nietig zijn verklaard of zolang zij niet in het kader van een prejudiciële verwijzing of een exceptie van onwettigheid ongeldig zijn verklaard.⁷²⁷

“56 Als uitzondering op dit beginsel moeten handelingen die een onregelmatigheid vertonen die van een zo klaarblijkelijke ernst is dat zij door de communautaire rechtsorde niet kan worden getolereerd, worden geacht geen enkel – ook geen voorlopig – rechtsgevolg te hebben gesorteerd, dat wil zeggen als juridisch non-existent worden beschouwd. Deze uitzondering beoogt een evenwicht te bewaren tussen twee fundamentele, zij het soms tegenstrijdige vereisten waaraan een rechtsorde moet voldoen, te weten stabiliteit van de rechtsverhoudingen en eerbiediging van de legaliteit (...).

⁷²³ Cass. 8 april 2003, P.02.1165.N, *Arr.Cass.* 2003, 815, nr. 233, *NjW* 2003, 778, noot: “Overwegende dat het door artikel 159 Grondwet aan de rechter opgedragen wettigheidstoezicht over de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen slechts een bijzondere toepassing vormt van het meer algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk *de rechter* geen toepassing mag maken van een beslissing, met name een norm, waarbij een hogere bepaling wordt geschonden” (cursivering toegevoegd).

⁷²⁴ RvS 15 maart 1988, nr. 29.560, gemeente Riemst; RvS 18 september 1990, nr. 35.522, Michiels. Zie daarover M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, “De onbestaande bestuurshandeling”, *TBP* 1997, 219-224. Vgl. meer recent RvS 13 oktober 2003, nr. 124.147, Delsard: een toezichthoudende overheid zou enkel dan kunnen weigeren een volgens haar onwettig reglement van een onder haar toezicht staande overheid toe te passen “indien die regeling zo grof onregelmatig is dat zij voor onbestaande moet worden gehouden, wettelijk erkende belangen ernstig schaadt of niet meer verenigbaar is met een later tot stand gekomen hogere of gelijkwaardige rechtsnorm”.

⁷²⁵ RvS 22 april 1997, nr. 65.974, Artois e.a., *AJT* 1997-98, 527, noot J. THEUNIS.

⁷²⁶ Zoals de Raad van State (*supra* nr. 123) heeft ook het Hof van Justitie de mogelijkheid tot intrekking begrensd, bv. Ger. EU 12 mei 2010, Bui Van, T-491/08 P, punt 44.

⁷²⁷ Bv. HvJ (Grote kamer) 5 oktober 2004, C-475/01, Commissie/Griekenland, punt 18.

57 Gelet op de ernst van de consequenties die zijn verbonden aan de vaststelling dat een handeling van een gemeenschapsinstelling non-existent is, moet deze vaststelling om redenen van rechtszekerheid worden voorbehouden voor uiterst extreme gevallen (...).⁷²⁸

233. Behalve het feit dat het bestaan van de onbestaande rechtshandeling niet alleen in de interne maar ook in de Europese rechtsorde wordt erkend, kunnen uit de rechtspraak van het Hof van Justitie de volgende drie elementen worden onthouden:

1) Het rechtszekerheidsbeginsel gebiedt dat een Uniehandeling, ook al is zij onregelmatig, in beginsel toch als een wettige handeling wordt beschouwd (zolang ze niet is ingetrokken, vernietigd of incidenteel onwettig is verklaard); het rechtszekerheidsbeginsel heeft dus in normale omstandigheden voorrang op het wettigheidsbeginsel.

2) Daaruit vloeit voort dat een administratieve overheid in beginsel niet gemachtigd is om zelf een wettigheidscontrole uit te oefenen ten aanzien van Uniehandelingen; zij moet de rechtsgeldigheid ervan aannemen (zolang ze niet is ingetrokken, vernietigd of incidenteel onwettig is verklaard).

3) Slechts in bijzondere omstandigheden gaat het wettigheidsbeginsel voor op het rechtszekerheidsbeginsel en mag de administratieve overheid wel zelf een wettigheidscontrole uitoefenen ten aanzien van Uniehandelingen. Dat is het geval wanneer het gaat om een onbestaande rechtshandeling, situatie die om redenen van rechtszekerheid strikt moet worden begrepen. Dat is uiteraard eveneens het geval wanneer de Uniehandeling door het Hof van Justitie (of het Gerecht van eerste aanleg) nietig is verklaard. Maar dat is ook het geval – en dat is een bijzonder interessante vaststelling (zie *infra* nr. 253) – wanneer de Uniehandeling incidenteel door de rechter, in het kader van een prejudiciële verwijzing of een exceptie van onwettigheid, “ongeldig” is verklaard.

§ 2. Toezichhoudende overheden in het bijzonder

234. Over het antwoord op de volgende vraag bleef lange tijd onzekerheid bestaan: behoren de toezichhoudende overheden tot het “actief bestuur” of niet?

In sommige arresten erkende de Raad van State dat ook een toezichhoudende overheid, nadat haar vernietigingstermijn ten aanzien van een gemeenteverordening is verstreken, die verordening buiten toepassing kan laten om vervolgens een toepassing ervan te vernietigen als die laatste in strijd is met een wettelijke bepaling.⁷²⁹ Daar valt iets voor te zeggen: een toezichhoudende overheid is immers niet alleen belast met een controle van de opportuniteit, maar ook van de

⁷²⁸ Ger. EU 23 oktober 2008, T-256/07, Organisatie van Volksmujahedeer van Iran, met verwijzing naar o.a. HvJ 8 juli 1999, *Chemie Linz*, C-245/92 P, punten 94 en 95. Zie ook P. MENGOZZI, conclusie van 15 september 2009 voor HvJ (Grote kamer) 26 januari 2010, *Internationaler Hilfsfonds eV*, C-362/08 P, punten 98-102.

⁷²⁹ RvS 21 april 1966, nr. 11.762, gemeente Schaarbeek (in dit geval had de toezichhoudende overheid de verordening trouwens niet kunnen vernietigen op het ogenblik dat ze was vastgesteld aangezien ze pas later onwettig was geworden); RvS 27 januari 1988, nr. 29.227, Leens.

wettigheid. In andere arresten was de Raad van State echter van oordeel dat een orgaan van het administratief toezicht in principe *niet* bevoegd is om te weigeren op te treden wanneer blijkt dat de rechtsregel, die een onder zijn toezicht staand bestuur niet naleeft, onrechtmatig is.⁷³⁰

Het meest recente standpunt lijkt opnieuw te zijn dat de toezichthoudende overheid niet tot het “actief bestuur” wordt gerekend en dat zij dus artikel 159 van de Grondwet zou mogen toepassen. Meer bepaald in het arrest *Vervliet* van 29 april 2008 bevestigt de Raad van State dat artikel 159 van de Grondwet enkel geldt voor “de met rechtspraak belaste organen en niet voor het actief bestuur”, maar hij laat daarop de overweging volgen “dat elk bestuurlijk orgaan dat niet optreedt als rechtsprekend college *of als toezichthoudende overheid* van het bestuur dat de, in voormeld artikel 159 bedoelde besluiten moet uitvoeren of toepassen, ertoe is gehouden de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen toe te passen, zolang zij niet opgeheven, ingetrokken of vernietigd zijn, tenzij zij wegens hun flagrante, onbetwistbare onwettigheid als niet bestaande moeten worden beschouwd”.⁷³¹

§ 3. Tussentijdse conclusie

235. Samengevat leidt hetgeen voorafgaat tot het volgende voorlopig besluit: toezichthoudende overheden mogen – althans volgens de Raad van State, niet volgens het Hof van Cassatie – onwettige bestuurshandelingen buiten toepassing laten.

Andere bestuurlijke organen mogen enkel de “onbestaande bestuurshandelingen” buiten toepassing laten. Indien de akte door een grove onwettigheid is aangetast, mag zij als onbestaand worden beschouwd door het bestuur.⁷³² Indien het een gewone onwettigheid betreft, kan de overheid de bestuurshandeling niet op eigen gezag buiten toepassing laten.⁷³³ Vanzelfsprekend kan de overheid, indien de onwettigheid een reglement betreft dat zij zelf heeft uitgevaardigd, de onwettige bepaling afschaffen en vervolgens het toepassingsbesluit nemen.⁷³⁴ De bestuurlijke overheid heeft zelfs de dwingende plicht “die onwettigheid onverwijld te herstellen door het besluit of de verordening zonder uitstel te herzien en in overeenstemming te

⁷³⁰ RvS 15 maart 1988, nr. 29.560, gemeente Riemst; RvS 13 oktober 2003, nr. 124.147, Delsard. Zie ook reeds RvS 18 januari 1954, nr. 3.077, stad Mechelen, *TBP* 1954, 163, noot A. DEPONDT; RvS 14 februari 1969, nr. 13.406, gemeente Presles; RvS 14 mei 1985, nr. 25.327, stad Lokeren.

⁷³¹ RvS 29 april 2008, nr. 182.591, *Vervliet* (cursivering toegevoegd). Het arrest brengt Weymeersch in een recente studie tot het besluit “dat een orgaan van het administratief toezicht verplicht is artikel 159 van de Grondwet toe te passen wanneer de onwettigheid van een besluit of reglement voor haar wordt opgeworpen”, W. WEYMEERSCH, “Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van de Raad van State”, in *De wettigheidstoets*, 336.

⁷³² Voor een toepassing, zie Best. Dep. West-Vlaanderen 2 juli 2003, *TROS* 2005, 61, noot A. GLABEKE.

⁷³³ Bv. RvS 2 juli 1998, nr. 74.931, Wouters. Bij het nemen van een beslissing inzake vergunningsaanvragen hoeft het bestuur dan ook niet in te gaan op argumenten die steunen op de exceptie van onwettigheid: RvS 22 maart 2002, nr. 105.038, De Grand Ry e.a., *TROS* 2003, 47, noot A. GLABEKE; RvS 12 juli 2007, nr. 173.393, Dossche, *TBP* 2009, 44. Bijgevolg moeten dergelijke argumenten niet reeds voor een orgaan van het actief bestuur zijn aangevoerd: RvS 10 juni 2004, nr. 132.233, Waeterschoot; RvS 10 juni 2004, nr. 132.234, Baelden; RvS 10 juni 2004, nr. 132.235, Van Overbeke.

⁷³⁴ Zie J. BORRET, “Het beginsel ‘patere legem’ ten aanzien van een onwettig reglement”, *TBP* 1969, 189; J. THEUNIS, “Kan een administratieve overheid op grond van artikel 159 van de Grondwet een onwettige bestuurshandeling buiten toepassing laten?”, noot onder RvS 22 april 1997, nr. 65.974, Artois e.a., *AJT* 1997-98, 533.

brengen met de wet of de hogere regel” (zie ook *supra* nr. 44).⁷³⁵ Voor individuele bestuurshandelingen is de mogelijkheid tot intrekking zoals reeds opgemerkt zeer beperkt (*supra* nr. 123).

236. Dat vrij strikte verbod voor administratieve overheden om zelf een onwettige bestuurshandeling buiten toepassing te laten steunt in de eerste plaats op de tekst van artikel 159 van de Grondwet, die enkel gewag maakt van de hoven en rechtbanken (en ook op de bedoeling van de grondwetgever, *supra* nr. 229), maar het heeft ook een dieper liggende bestaansreden, die verband houdt met het beginsel van de rechtsstaat. Het wordt immers als één van de grote verworvenheden van de Belgische revolutie beschouwd dat zij het wettigheidsonderzoek aan de bestuursoverheid heeft onttrokken en haar het privilege heeft ontzegd om zelf over de grenzen van haar bevoegdheid te oordelen.⁷³⁶

Niettemin moet worden vastgesteld dat het voormelde verbod hoe langer hoe meer onder druk komt te staan, zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer.⁷³⁷ Er is reeds gewezen op de rechtspraak van de Raad van State die toezichthoudende overheden niet langer tot het “actief bestuur” rekent, maar tot de organen die de exceptie van onwettigheid mogen toepassen (*supra* nr. 234). Het wettigheidstoezicht waarmee zij zijn belast, ontnemt de toezichthoudende overheden evenwel niet hun statuut van administratieve overheid, dus het gaat in wezen om een uitzondering op de regel dat de exceptie van onwettigheid aan jurisdictionele organen is voorbehouden.

Maar er zijn nog andere ontwikkelingen die het verbod op een meer ingrijpende wijze onder druk zetten. In de eerste plaats is er de proceseconomische druk die van het administratief beroep uitgaat en die in paragraaf 4 wordt behandeld. Daarnaast is er de invloed van het Europese Unierecht, meer bepaald de zogenaamde *Fratelli Costanzo* rechtspraak, die in paragraaf 5 wordt besproken.

Ten slotte is er nog de feitelijke vaststelling dat het verbod om een onwettige bestuurshandeling buiten toepassing te laten voor een administratieve overheid tot een impasse kan leiden. Hoewel ze van oordeel is dat een bepaalde bestuurshandeling (die ze niet meer kan intrekken of die ze niet zelf heeft genomen) onwettig is, is de overheid toch ertoe gehouden die toe te passen. Wanneer de Raad van State vervolgens tot hetzelfde oordeel komt en de onwettige bestuurshandeling buiten toepassing laat om de erop gesteunde akte te vernietigen, blijft de

⁷³⁵ RvS 10 januari 2005, nr. 138.974, De Vreese en Stragier. Zie ook P. LEWALLE, “Légalité, sécurité, stabilité en droit administratif. Un équilibre introuvable?”, in *Liber Amicorum Y. Hannequart et R. Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, 245.

⁷³⁶ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 842.

⁷³⁷ Voor een aantal argumenten pro en (vooral) contra het verbod, zie R. VAN MELSEN, “Le champ d’application personnel du contrôle de légalité incident”, in *L’article 159 de la Constitution*, 48-93. Daarnaast moet worden opgemerkt dat aan het Grondwettelijk Hof (zaak met rolnr. 4886) de prejudiciële vraag werd voorgelegd of een wetgevende norm de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt in zoverre de administratieve overheid die met het opleggen van geldboetes is belast “de wettigheid van de verordeningen niet kan controleren, met toepassing van artikel 159 van de Grondwet, terwijl de justitiële rechter wel die bevoegdheid heeft” (RvS 26 februari 2010, nr. 201.373, nv European Air Transport).

betrokken overheid die een nieuwe akte wil nemen in beginsel nog steeds ertoe gehouden de eerste bestuurshandeling (die immers zelf niet is vernietigd) toe te passen en dus opnieuw een onwettige akte te nemen.⁷³⁸ Al die ontwikkelingen en vaststellingen wijzen op de noodzaak om het principiële verbod te verfijnen. In paragraaf 6 zal daartoe een voorstel worden ontwikkeld, waarna in paragrafen 7 en 8 nog twee specifieke vragen aan bod komen.

§ 4. De invloed van het administratief beroep

237. Met het administratief beroep is hier bedoeld de door een wetgever ingerichte specifieke administratieve beroepsprocedure, ook “georganiseerd administratief beroep” genoemd.⁷³⁹ Zoals het beroep bij de toezichthoudende overheid betreft ook deze vorm van administratief beroep geen beroep bij een juridictioneel orgaan maar een beroep bij een bestuursorgaan en is de controle die het bestuursorgaan uitoefent niet beperkt tot de wettigheid van de bestuurshandeling maar slaat zij ook op de opportuniteit ervan.

De vraag of een administratieve beroepsinstantie de exceptie van onwettigheid mag toepassen staat in nauw verband met de vraag of het administratief beroep, wanneer daarin is voorzien, moet zijn uitgeput alvorens, in een volgende (jurisdictionele) fase, artikel 159 van de Grondwet door de rechter kan worden toegepast.

238. De algemene draagwijdte die het Hof van Cassatie aan artikel 159 van de Grondwet verleent, heeft tot gevolg dat, in principe, de exceptie van onwettigheid te allen tijde kan worden ingeroepen.

Dat betekent bijvoorbeeld dat een beklagde, hoewel hij geen administratief beroep instelde tegen de beslissing tot intrekking van een vergunning, toch de rechter kan vragen de wettigheid van die administratieve rechtshandeling na te gaan.⁷⁴⁰ Ook het feit dat tegen een lozingsvergunning geen administratief beroep werd ingesteld, neemt niet weg dat de rechter op grond van artikel 159 van de Grondwet de plicht heeft om de interne en externe wettigheid ervan te toetsen.⁷⁴¹ In sociaalrechtelijke aangelegenheden geldt volgens Van Damme als uitgangspunt dat, indien uit geen wets- of verordeningsbepaling volgt dat het beroep bij de arbeidsrechtbank niet kan worden ingesteld alvorens de administratieve beroepsprocedure (in haar geheel) is

⁷³⁸ Voor een vergelijkbaar geval, waarin de administratieve overheid bij het nemen van de nieuwe beslissing de onwettige bestuurshandeling wel buiten toepassing liet, zie RvS 9 juli 2008, nr. 185.266, Claudic, uitgebreid besproken door M. NIHOUL, “Le citoyen peut-il invoquer l’application d’un règlement illégal?”, *CDPK* 2008, 610-621. De Raad van State was in dit arrest van oordeel dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel waarin wordt aangevoerd dat de administratieve overheid niet zelf een onwettige bestuurshandeling buiten toepassing mag laten, om de enkele reden dat het om een onwettige bestuurshandeling gaat.

⁷³⁹ Zie RvS 19 januari 2009, nr. 189.536, Weyn: “Onder een georganiseerd administratief beroep moet worden verstaan een beroep dat ertoe strekt de genomen beslissing te doen intrekken, wijzigen of vernietigen en waarbij de overheid tot wie het beroep gericht is verplicht is te antwoorden krachtens een duidelijke normatieve tekst die de beroepsvorm organiseert”.

⁷⁴⁰ Gent 24 mei 1996, *CDPK* 1997, 445.

⁷⁴¹ Gent 16 december 1994, *TMR* 1996, 190.

doorlopen, er geen enkel beletsel bestaat om (onmiddellijk) een beroep bij de arbeidsrechtbank in te stellen.⁷⁴²

Omdat het administratief beroep daardoor sterk wordt uitgehouden, rijst in de rechtspraak een zekere weerstand tegen die ruime toepassing van artikel 159 van de Grondwet, vooral in fiscale zaken. Een sprekend voorbeeld daarvan is een vonnis van 23 april 2004, waarin de fiscale kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel weigert artikel 159 van de Grondwet toe te passen op een belastingaanslag, met als argument dat de belastingplichtige geen ontvankelijk administratief beroep had ingesteld bij de bevoegde fiscale administratie.⁷⁴³ De rechtbank doet daarmee echter niets anders dan uitdrukkelijk verkondigen hetgeen uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie (in fiscale zaken) op meer impliciete wijze voortvloeit.

Het administratief beroep in fiscale zaken moet doorgaans in de vorm van een bezwaarschrift worden ingediend en het niet (tijdig) indienen daarvan heeft nogal wat praktische consequenties, zo blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Niet alleen wordt de beslagrechter de bevoegdheid ontzegd om, bij de vervolging van de belasting, de wettigheid van de belastingaanslag te onderzoeken (zie ook *supra* nr. 202),⁷⁴⁴ maar ook wordt de terugvordering van onverschuldigd betaalde belastingen niet meer toegestaan (*infra* nr. 631) en wordt daarenboven de aansprakelijkheidsvordering verhinderd (*infra* nr. 635).⁷⁴⁵ In wezen komt die rechtspraak erop neer dat het Hof van Cassatie de werking van artikel 159 van de Grondwet in een bepaald domein aan banden legt.

Volgens Boes is de rechtspraak die de toepassing van artikel 159 van de Grondwet in fiscale geschillen beperkt “weliswaar begrijpelijk vanuit een pragmatisch standpunt – de belastingplichtige moet maar de middelen aangrijpen die de regeling hem ter beschikking stelt, en als hij dat niet doet moet hij niet eindeloos ‘zijdelings’ de wettigheid van de belastingaanslag in vraag stellen”, maar dat doet volgens hem niet af aan “het ongrondwettelijk ongerijmde van die rechtspraak”.⁷⁴⁶ Op die kritiek wordt verder teruggekomen (*infra* nr. 240)

239. Een ruime toepassing van artikel 159 van de Grondwet plaatst het administratief beroep dus *de facto* buitenspel. Dat is vanuit proceseconomisch standpunt geen wenselijke situatie: de bedoeling van het administratief beroep ligt precies in het ontlasten van het gerechtelijk apparaat. Wanneer het administratief beroep daarentegen eerst moet worden uitgeput, wint dat beroep uiteraard aan betekenis.

⁷⁴² M. VAN DAMME, “Administratieve beroepen in sociaalrechtelijke aangelegenheden”, in G. VAN LIMBERGHEN (ed.), *Sociaal Procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 38.

⁷⁴³ Rb. Brussel, 23 april 2004, *RW* 2004-2005, 192, *RABG* 2005, 810, noot P. VANLERSBERGHE.

⁷⁴⁴ Cass. 28 september 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 101. Zie wat de bevoegdheid van de beslagrechter betreft ook *supra* nr. 202.

⁷⁴⁵ Cass. 21 september 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 92.

⁷⁴⁶ M. BOES, “De beslagrechter, administratieve beroepen en artikel 159 G.W.”, noot onder *Beslagr.* Dendermonde 8 oktober 2004, *TROS* 2005, 256.

Het stellen van de voorwaarde dat het administratief beroep eerst moet worden uitgeput, lijkt echter enkel zinnig indien de administratieve beroepsinstantie een effectief wettigheidstoezicht kan uitoefenen en zij derhalve een onwettige bestuurshandeling buiten toepassing kan laten. Het is in die zin dat de vraag of het administratief beroep, wanneer daarin is voorzien, moet zijn uitgeput alvorens artikel 159 van de Grondwet door de rechter kan worden toegepast, verband houdt met de vraag of een administratieve beroepsinstantie de exceptie van onwettigheid mag toepassen (*supra* nr. 237). Indien het antwoord op die laatste vraag bevestigend is, dan wint het administratief beroep aan betekenis. Indien het antwoord ontkennend blijft, dan lijkt het weinig zinnig om de uitkomst van het administratief beroep af te wachten.

Van Orshoven toont zich op dat punt een voorstander van de toepassing van artikel 159 van de Grondwet door de administratieve beroepsinstanties. Hij is met name van mening dat in een rechtsstaat geen onderscheid mag worden gemaakt tussen flagrante (*supra* nr. 231) en andere onwettigheden:

“Bij nader toezien moet de werkingssfeer van artikel 159 van de Grondwet dan ook bij analogie worden uitgebreid tot alle – al dan niet fiscale – instanties die met een wettigheidscontrole zijn belast, waaronder toezichthoudende overheden en administratieve beroepsinstanties, op straffe van negatie van hun opdracht. Het staat immers als een paal boven water dat een aanslag met een onwettige grondslag – bijvoorbeeld een discriminatoir belastingreglement – als zodanig eveneens onwettig is, waartegenover de administratieve beroepsinstantie niet machteloos mag staan. Het niet zijdelings mogen toetsen van de bij de rechtstreeks bestreden, individuele beslissing uitgevoerde verordening zou immers tot gevolg hebben dat voor hen wettig moet zijn wat voor een rechter, die wel beroep kan doen op artikel 159 van de Grondwet onwettig is, wat onaanvaardbaar is: *la légalité est une et indivisible*.”⁷⁴⁷

240. De vraag is echter of dergelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 159 van de Grondwet nog te rijmen is met de bewoordingen van die bepaling. De tekst van artikel 159 van de Grondwet heeft het immers over de “hoven en rechtbanken”. Met andere woorden: noopt de eerder vermelde ongerijmdheid (*supra* nr. 238) niet onvermijdelijk tot een nieuwe ongerijmdheid?

Het antwoord op die vraag ligt in wezen vervat in het arrest Leens van de Raad van State en in het arrest van 8 april 2003 van het Hof van Cassatie (*supra* nr. 230). Wanneer artikel 159 van de Grondwet wordt opgevat als de uitdrukking van een algemeen rechtsbeginsel, verliest het argument van ongerijmdheid aan kracht en wordt met andere woorden het standpunt verdedigbaar dat ook administratieve overheden die met een wettigheidscontrole zijn belast, met name toezichthoudende overheden en administratieve beroepsinstanties, onwettige bestuurshandelingen buiten toepassing mogen (en moeten) laten.

241. Zoals bekend is een annulatieberoep bij de Raad van State in de regel slechts ontvankelijk indien de verzoeker eerst de tegen de bestreden beslissing georganiseerde administratieve

⁷⁴⁷ P. VAN ORSHOVEN, “De lokale belastingen opnieuw in een nieuw kleedje”, *RW* 1997-98, 1459, met die laatste uitdrukking verwijzend naar C. CAMBIER, “Le controle de la légalité interne des actes de l’administration”, *JT* 1955, 50, waar die het had over de wettigheidscontrole door de rechterlijke macht, enerzijds, en de administratieve rechtscolleges, anderzijds.

beroepen heeft uitgeput.⁷⁴⁸ Heeft hij nagelaten dat te doen, dan geldt de zogenaamde exceptie *omisso medio*.⁷⁴⁹ De Raad van State lijkt die logica door te trekken naar de incidentele wettigheidstoetsing en ook de toepassing van artikel 159 van de Grondwet afhankelijk te maken van de uitputting van het georganiseerd administratief beroep.⁷⁵⁰

§ 5. De invloed van de *Fratelli Costanzo* rechtspraak

242. Wat het arrest *Simmenthal* betekent voor de rechterlijke instanties (*infra* nr. 289), betekent het arrest *Fratelli Costanzo* voor de administratieve overheden. Meer dan twintig jaar geleden reeds maakte het Hof van Justitie in het laatstgenoemde arrest duidelijk dat een lagere overheid de bepalingen die een hogere overheid in strijd met het Unierecht – toen nog gemeenschapsrecht genoemd⁷⁵¹ – heeft uitgevaardigd, zonder meer buiten toepassing moet laten.

In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest had de Italiaanse overheid een Europese richtlijn betreffende de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op een foutieve wijze omgezet in een nationale wet. Een Italiaanse gemeente paste die wet toe, waardoor een aannemer van de aanbestedingsprocedure werd uitgesloten. Die meende, steunend op de richtlijn, dat hij ten onrechte was geweerd. Hij stelde een procedure in voor de Italiaanse rechter, die op zijn beurt een prejudiciële vraag stelde aan het Hof van Justitie. Het Hof was met name van oordeel dat “de nationale rechter evenals een overheidsinstantie – een gemeentelijke instantie daaronder begrepen – is gehouden artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305 van de Raad toe te passen en bepalingen van nationaal recht die daarmee niet verenigbaar zijn, buiten toepassing te laten”.⁷⁵²

Het arrest heeft jarenlang een weinig opgemerkt bestaan gekend, maar daar is de laatste tijd verandering in gekomen. Het arrest wordt opvallend vaak aangehaald in de conclusies van de advocaten-generaal bij het Hof van Justitie (*infra* nrs. 243-246) en het krijgt ook in de rechtsleer eindelijk de aandacht die het verdient (*infra* nrs. 247-249). Het Hof van Justitie zelf heeft de leer van het arrest overigens recent bevestigd (*infra* nr. 250). Die leer heeft ten slotte nog een belangrijke uitloper op het vlak van de definitieve administratieve en jurisdictionele beslissingen (*infra* nr. 251).

⁷⁴⁸ R. ANDERSEN en P. NIHOUL, “Les principes généraux applicables aux recours administratifs internes”, in P. NIHOUL (ed.), *L’administration contestée. Les recours administratifs internes*, Brussel, Bruylant, 2006, 31-37; A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 791-794.

⁷⁴⁹ R. ANDERSEN en P. NIHOUL, “Les principes généraux applicables aux recours administratifs internes”, in P. NIHOUL (ed.), *L’administration contestée. Les recours administratifs internes*, Brussel, Bruylant, 2006, 31.

⁷⁵⁰ Bv. RvS 22 mei 1979, nr. 19.653, Verstraeten.

⁷⁵¹ Hierna wordt enkel nog van Unierecht gesproken, behalve in de citaten die van voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (1 december 2009, *supra* nr. 63) dateren.

⁷⁵² HvJ 22 juni 1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88, punt 33. Het arrest werd later meermaals bevestigd, o.a. HvJ (Grote kamer) 9 september 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, C-198/01, punt 49, en het kent ook een vroege voorloper, in een zaak waarin het Hof van Justitie echter de betrokken staat eerder reeds had veroordeeld wegens niet-nakoming van het EEG-verdrag, HvJ 13 juli 1972, *Commissie t. Italië*, 48/71, punt 7.

243. Zonder het voormelde arrest bij naam te noemen, brengt advocaat-generaal Mazák in een conclusie van 24 maart 2009 in de zaak *Fallimento Olimpiclub* in herinnering dat, op grond van de voorrang van het Unierecht, niet alleen de rechters maar ook de nationale bestuursorganen “binnen hun bevoegdheidsfeer verplicht zijn de eerbiediging van de regels van gemeenschapsrecht te verzekeren en daarbij, zo nodig, op eigen gezag elke nationale bepaling buiten toepassing te laten die de volle werking van het gemeenschapsrecht belemmert”.⁷⁵³

Ook advocaat-generaal Poiares Maduro steunt die verplichting, in zijn conclusie van 9 juli 2009 in de zaak *Transportes Urbanos*, op het beginsel van de voorrang van het Unierecht dat de nationale administratieve en rechterlijke instanties ertoe verplicht om, zonder de voorafgaande vaststelling door het Hof van Justitie van de strijdigheid van een heffing met het Unierecht af te wachten, “uit eigen beweging de belastingwet die zij in strijd achten met het gemeenschapsrecht buiten toepassing te laten” en “derhalve een beroep tegen de op die wet gebaseerde bestuursmaatregel toe te wijzen”.⁷⁵⁴

244. De verplichting voor een (gewone) administratieve overheid om een rechtsregel eigenmachtig buiten toepassing te laten, staat haaks op het beginsel van de rechtsstaat, dat de binding van de overheid aan het recht vooropstelt (*supra* nr. 11), zet artikel 159 van de Grondwet buitenspel, dat één van de scharnierbepalingen is van het stelsel van wederzijdse controle tussen de verschillende machten (*supra* nr. 5) en ondermijnt daardoor “één van de grote verworvenheden van de Belgische revolutie” (*supra* nr. 236).

In de rechtsleer werd opgemerkt dat het Hof van Justitie nauwelijks enige afweging maakt tussen de voormelde verplichting en de beginselen die daardoor mogelijkerwijze in het gedrang komen⁷⁵⁵ en dat er met name vanuit het oogpunt van de scheiding der machten iets “uiterst verontrustends” zit aan het arrest *Fratelli Costanzo*.⁷⁵⁶ Dat punt is ook advocaat-generaal Poiares Maduro niet ontgaan, die de kritiek vervolgens (op weinig overtuigende wijze) tracht te weerleggen:

“Maar wanneer het bestuur een conflict tussen nationale en communautaire regels moet beslechten, treedt het niet louter op in het kader van zijn interne grondwettelijke orde. Het wordt dan juist geconfronteerd met twee tegenover elkaar staande wetgevingen afkomstig uit verschillende, zij het geïntegreerde rechtsstelsels, die elk zijn voorzien van een eigen geldigheidsvermoeden. Daarom kan de aan het bestuur in het kader van de interne grondwettelijke orde opgelegde eerbiediging van de nationale wet niet zonder meer worden getransponeerd op de relatie tussen die rechtsorde en de communautaire rechtsorde. Op zich vloeit de verplichting voor de nationale bestuursautoriteiten om welke nationale bepalingen dan

⁷⁵³ J. MAZÁK, conclusie van 24 maart 2009 voor HvJ 3 september 2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, punt 42.

⁷⁵⁴ M. POIARES MADURO, conclusie van 9 juli 2009 voor HvJ (Grote kamer) 26 januari 2010, *Transportes Urbanos* y *Servicios Generales*, C-118/08, punten 27 en 37.

⁷⁵⁵ E. CLOOTS, “De *Fratelli Costanzo* rechtspraak van het Hof van Justitie en de scheiding der machten in de EU-lidstaten”, in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 41.

⁷⁵⁶ M. BOBEK, “Thou Shall Have Two Masters. The Application of European Law by Administrative Authorities in the New Member States”, *Review of European Administrative Law* 2008, 62-63, zoals aangehaald in de conclusie van D. RUIZ-JARABO COLOMER van 25 juni 2009 voor HvJ 10 december 2009, *Umweltanwalt von Kärnten*, C-205/08, vn. 38.

ook die onverenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht buiten toepassing te laten, niet voort uit een hypothetisch omgekeerd vermoeden van onverenigbaarheid van het nationale recht met het gemeenschapsrecht. Juist omdat de communautaire handelingen in de communautaire rechtsorde worden vermoed geldig te zijn, welk vermoeden gelijkwaardig is aan het geldigheidsvermoeden voor de nationale wetten in de nationale rechtsorde, moet het bestuur, wanneer het met een conflict tussen het gemeenschapsrecht en een nationale wet wordt geconfronteerd, over een criterium beschikken om dat conflict te beslechten. En dat criterium wordt haar verschaft door het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht. Wanneer het bestuur een met het gemeenschapsrecht strijdige nationale wet buiten toepassing laat, doorbreekt het derhalve niet het vermoeden van geldigheid van de nationale wetten en stelt het evenmin het nationale constitutionele beginsel van scheiding der machten ter discussie. Het ziet zich integendeel gesteld voor een gelijkwaardig vermoeden van geldigheid van de communautaire norm, en beslecht dat conflict op basis van het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht. Per saldo, ook al zijn de premissen verschillend en kunnen de twee situaties qua beginselen dus moeilijk worden vergeleken, betekent dit dat de justitiabelen in de praktijk op bestuursvlak een bescherming genieten tegen de met het gemeenschapsrecht strijdige wet, die zij niet hebben tegen de ongrondwettige wet.”⁷⁵⁷

245. De vaststelling blijft echter dat de verplichting voor de (gewone) administratieve overheid om op eigen gezag een rechtsregel buiten toepassing te laten die in strijd is met het Unierecht moeilijk te verzoenen valt met de respectievelijke rol die aan de rechter en het bestuur in een rechtsstaat toekomt. Meer specifiek kan een loutere verwijzing naar de normenhiërarchie, die in dit geval de gedaante aanneemt van de voorrang van het Unierecht, niet volstaan om de niet-toepassing van rechtsregels door de uitvoerende macht te legitimeren.⁷⁵⁸

De aangehaalde argumentatie zegt in wezen dat het beginsel van de voorrang van het Unierecht primeert op het beginsel van de rechtsstaat, zoals dat in de rolverdeling tussen rechter en bestuur tot uiting komt, en dat terwijl de rechtsstaat uitdrukkelijk is vermeld als één van de waarden waarop de Unie berust (artikel 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, hierna VEU) en terwijl de Unie wordt geacht de nationale identiteit van de lidstaten te eerbiedigen “die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren” (artikel 4.2 van het VEU). Om de doelstellingen van de Unie te verwezenlijken is niet alleen vereist dat de nationale rechtscolleges in het algemeen en de grondwettelijke hoven in het bijzonder de nationale Grondwet “pro communitate” interpreteren, maar ook dat het Hof van Justitie de Europese verdragen “pro constitutione” interpreteert.⁷⁵⁹

246. Naast het voormelde principiële probleem, schuilt er nog een ander gebrek in het doortrekken van de verplichting die op elke rechter rust (*Simmenthal*) naar elk bestuursorgaan (*Fratelli Costanzo*). Nog een andere advocaat-generaal, Ruiz-Jarabo Colomer, heeft in zijn

⁷⁵⁷ M. POIARES MADURO, conclusie van 9 juli 2009 voor HvJ (Grote kamer) 26 januari 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, punt 38.

⁷⁵⁸ E. CLOOTS, “De *Fratelli Costanzo* rechtspraak van het Hof van Justitie en de scheiding der machten in de EU-lidstaten”, in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 48.

⁷⁵⁹ F. FERNANDEZ SEGADO, “Le contrôle de ‘communautariété’ de l’ordre juridique interne réalisé par le juge national et ses conséquences sur le système constitutionnel”, in *Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Brussel, Bruylant, 2007, 1236. Zie ook R. BARENTS, “De voorrang van het unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme”, *SEW* 2009, 44-53.

conclusie van 25 juni 2009 in de zaak *Umweltanwalt von Kärnten* op de volgende incoherentie in de *Fratelli Costanzo* rechtspraak gewezen:

“Het voornaamste bezwaar ertegen vindt nu juist zijn grond in het prejudiciële mechanisme van artikel 234 EG,⁷⁶⁰ want het is zeer de vraag of een bestuursorgaan, dat niet bevoegd is tot het doen van een prejudicieel verzoek, desondanks wel verplicht is nationale rechtsregels buiten toepassing te laten. De nationale rechter kan steeds op de door de prejudiciële dialoog verzekerde steun van het Hof bij de uitlegging rekenen, het bestuur moet het zonder die hulp stellen.”⁷⁶¹

Met andere woorden: de bestuursorganen, die doorgaans al minder beslagen zijn in de wettigheidstoetsing, moeten die taak op eigen kracht zien te volbrengen, terwijl de nationale rechterlijke instanties te allen tijde de hulp van het Hof van Justitie kunnen inroepen. Dat is een zware last op de schouders van bestuursorganen, die in geval van verkeerde inschatting bovendien hun aansprakelijkheid in het geding kan brengen.⁷⁶² In tegenstelling tot zijn collega's, die het arrest *Fratelli Costanzo* onvoorwaardelijk lijken bij te vallen (*supra* nrs. 243-244), stelt Ruiz-Jarabo Colomer om die reden voor de draagwijdte van het arrest te beperken:

“Deze spanning zou worden opgeheven wanneer het Hof de werkingssfeer van het arrest *Fratelli Costanzo* beperkte tot de instanties die bevoegd zijn om hem prejudiciële vragen voor te leggen. Artikel 234 EG,⁷⁶³ zoals het is uitgelegd door het Hof, laat de deelname van pararechterlijke instanties aan het prejudiciële overleg toe.⁷⁶⁴ Indien de bevoegdheid om met het gemeenschapsrecht strijdige regels buiten toepassing te laten werd beperkt tot instanties die gerechtigd zijn tot het indienen van een prejudicieel verzoek, zouden de aan het arrest *Fratelli Costanzo* verbonden gevaren de wereld uit zijn. De door dit arrest ontstane onzekerheid, nog afgezien van de praktische moeilijkheid om dat recht van niet-toepassing ook voor aan het beginsel van de bestuurshiërarchie onderworpen instanties te laten gelden, zou hierdoor worden weggenomen. Het primaat van het gemeenschapsrecht zou zo beperkt worden tot de sfeer van de rechtspraak, op soortgelijke wijze als het primaat van de grondwet of de wet, waardoor wordt voorkomen dat een functionaris de hem gegeven opdrachten naast zich neerlegt of de administratieve regels die zijn beslissingssfeer regelen negeert.”⁷⁶⁵

247. In de recente Belgische rechtsleer wordt de *Fratelli Costanzo* rechtspraak op de korrel genomen door Bombois⁷⁶⁶ en Cloots,⁷⁶⁷ grotendeels om dezelfde redenen.

⁷⁶⁰ Het huidige artikel 267 van het VWEU.

⁷⁶¹ D. RUIZ-JARABO COLOMER, conclusie van 25 juni 2009 voor HvJ 10 december 2009, *Umweltanwalt von Kärnten*, C-205/08, punt 51.

⁷⁶² HvJ 28 juni 2001, *Larsy*, C-118/00, punten 51-55.

⁷⁶³ Het huidige artikel 267 van het VWEU.

⁷⁶⁴ Met “pararechterlijke instanties” bedoelt hij wellicht jurisdictionele organen buiten de rechterlijke orde. Voor de criteria waaraan een dergelijk orgaan moet voldoen, zie *supra* nr. 213.

⁷⁶⁵ D. RUIZ-JARABO COLOMER, conclusie van 25 juni 2009 voor HvJ 10 december 2009, *Umweltanwalt von Kärnten*, C-205/08, punt 52. Men zou het bezwaar natuurlijk ook in de andere richting kunnen weerleggen, namelijk door te bepleiten dat ook administratieve overheden de mogelijkheid moet worden verleend prejudiciële vragen te stellen, in die zin bv. G. JACOBS, conclusie van 28 oktober 2004 voor HvJ (Grote kamer) 31 mei 2005, *Syfait*, C-53/03, punt 45. Zie, voor de bezwaren daartegen, E. CLOOTS, “De *Fratelli Costanzo* rechtspraak van het Hof van Justitie en de scheiding der machten in de EU-lidstaten”, in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 71-73.

⁷⁶⁶ T. BOMBOIS, “L’administration, ‘juge’ de la légalité communautaire - Réflexions autour des arrêts *Fratelli Costanzo* et *Abna* de la Cour de justice de Luxembourg”, *JT* 2009, 169-174.

De laatstgenoemde auteur reikt nog een aantal bijkomende argumenten aan om de toetsing van rechtsregels aan het Unierecht niet aan de bestuursorganen over te laten maar voor te behouden aan de rechter: allereerst de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, vervolgens de mogelijkheid van hoor en wederhoor voor alle betrokken partijen⁷⁶⁸ en ten slotte de grotere expertise van de rechter op juridisch vlak, vergeleken met “de vaak niet door juristen bemande nationale administratieve overheden”.⁷⁶⁹ Dat laatste punt zet ook het soms aangehaalde proceseconomische argument ten gunste van de *Fratelli Costanzo* rechtspraak op de helling, namelijk dat niet naar de rechter moet worden gestapt om de naleving van het Unierecht af te dwingen (*infra* nr. 250). Men moet zich in dat verband immers geen illusies maken: ook de onbesuisde niet-toepassing van nationale rechtsregels door de administratieve overheid, zal tot rechtszaken aanleiding geven, waardoor het proceseconomische voordeel wordt geneutraliseerd.

Niet elk bestuursorgaan kan zich de luxe veroorloven van specialisten in het Europees recht aan te trekken of in te huren. Verkeerde inschattingen inzake (vermeende) onwettigheden kunnen daarvan het gevolg zijn en zelfs als wordt aangenomen dat bestuursorganen even beslagen zijn in het Europees recht als rechters, dan nog neemt zuiver rekenkundig het risico op verkeerde inschattingen (en onterechte buitentoepassingverklaringen) reeds toe: het aantal bestuursorganen is immers vele malen groter dan het aantal rechterlijke instanties. “Sans doute, les interprétations fournies par l’administration seront-elles toujours susceptibles de contrôle juridictionnel. Il n’en demeure pas moins qu’une décentralisation aussi poussée du contrôle de légalité pourrait mener à une importante insécurité juridique.”⁷⁷⁰

⁷⁶⁷ E. CLOOTS, “De *Fratelli Costanzo* rechtspraak van het Hof van Justitie en de scheiding der machten in de EU-lidstaten”, in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 33-74, waarin ook leerzame vergelijkingen met de situatie in de Verenigde Staten zijn opgenomen. Voor vroegere, meer summiere verwijzingen naar *Fratelli Costanzo*, zie o.a. J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE, “Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde: een overzicht van bronnen en instrumenten”, in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 51-52; J. THEUNIS, “De ‘exceptie van onwettigheid’ (artikel 159 G.W.): meer vragen dan antwoorden?”, *RW* 2007-08, 1271.

⁷⁶⁸ Het beginsel van hoor en wederhoor verleent in de regel niet alleen elke procespartij het recht om kennis te nemen van de stukken en de opmerkingen die door de tegenpartij aan de rechter zijn voorgelegd en hierover haar standpunt kenbaar te maken, en het verzet zich er niet alleen tegen dat de rechter zijn beslissing baseert op feiten en stukken waarvan partijen, of een van hen, geen kennis hebben kunnen nemen en waarover zij dus niet hun standpunt hebben kunnen kenbaar maken. Het omvat in beginsel eveneens het recht om kennis te nemen van de middelen die de rechter ambtshalve in aanmerking wil nemen en om hierover een standpunt kenbaar te maken, HvJ 2 december 2009, Commissie/Ierland e.a., C-89/08 P, punt 55.

⁷⁶⁹ E. CLOOTS, “De *Fratelli Costanzo* rechtspraak van het Hof van Justitie en de scheiding der machten in de EU-lidstaten”, in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 51. Zij stelt ook een alternatieve oplossing voor (althans wat wetgevende normen betreft), die sterke gelijkenissen vertoont met ons verderop uitgewerkte voorstel inzake “besluiten en reglementen” (*infra* nr. 253), waarvan de aanzet reeds te vinden is in A. ALEN en J. THEUNIS, “Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in artikel 159 van de Grondwet”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 7-8.

⁷⁷⁰ T. BOMBOIS, “L’administration, ‘juge’ de la légalité communautaire - Réflexions autour des arrêts *Fratelli Costanzo* et *Abna* de la Cour de justice de Luxembourg”, *JT* 2009, 174.

248. En er is nóg een incoherentie. Het Hof van Justitie hanteert immers twee maten en twee gewichten: nationale rechtshandelingen die strijdig zijn met het Unierecht moeten door elke administratieve overheid buiten toepassing worden gelaten, maar van onwettige Uniehandelingen moeten dezelfde overheden afblijven. De vaststelling dat een Uniehandeling door een onwettigheid is aangetast is het exclusieve terrein van het Hof van Justitie, behoudens de restrictief op te vatten onbestaande rechtshandeling (*supra* nr. 233) en de eveneens restrictief op te vatten mogelijkheid (voor de nationale rechters) om in bepaalde omstandigheden voorlopige maatregelen te nemen.⁷⁷¹ Bombois wijst in dat verband op het arrest *Abna* van 6 december 2005, inzake de mogelijkheid voor nationale bestuursinstanties om opschorting van tenuitvoerlegging te gelasten van een nationale bestuurshandeling die is gebaseerd op een Europese verordening waarvan de wettigheid wordt betwist, meer bepaald op de volgende ontluisterende overweging:

“In dit verband moet met name worden opgemerkt dat de status zelf van die instanties in het algemeen niet kan garanderen dat zij evenveel onafhankelijkheid en onpartijdigheid aan de dag leggen als de nationale rechterlijke instanties. Evenzo is niet zeker dat voor dergelijke instanties de tegenspraak geldt die kenmerkend is voor het gerechtelijk debat en waardoor de argumenten van de verschillende partijen kunnen worden gehoord alvorens bij de vaststelling van een besluit de relevante belangen worden afgewogen.”⁷⁷²

Het Hof van Justitie voert met andere woorden argumenten aan die zonder meer tegen de *Fratelli Costanzo* rechtspraak kunnen worden ingezet (*supra* nr. 247). Ook Bombois verbaast er zich over “que ces spécificités ne soient pas du tout prises en compte lorsqu’il s’agit de déterminer les pouvoirs d’une administration nationale d’écarter des dispositions aussi essentielles que des normes constitutionnelles ou législatives. La seule circonstance qu’il s’agit, dans le second cas (*Fratelli Costanzo*), de normes nationales et, dans le premier (*Abna*), d’actes communautaires ne paraît pas suffire à justifier une telle différence de traitement, surtout lorsqu’on sait les efforts faits par la juridiction communautaire pour uniformiser les modes de protection des droits des citoyens européens.”⁷⁷³

Ten slotte wordt in het arrest *Abna* ook het reeds vermelde proceseconomisch argument weerlegd:

“Met betrekking tot het argument dat overwegingen verband houdende met de voortvarende behandeling of de kosten een rechtvaardiging zouden kunnen opleveren voor de noodzaak om aan de nationale overheidsinstanties bevoegdheid toe te kennen, zij beklemtoond dat de nationale rechterlijke instanties die uitspraak doen in kort geding, in het algemeen op zeer korte termijn een beslissing kunnen geven. In elk geval kan een argument verband houdende met de

⁷⁷¹ T. BOMBOIS, “L’administration, ‘juge’ de la légalité communautaire - Réflexions autour des arrêts *Fratelli Costanzo* et *Abna* de la Cour de justice de Luxembourg”, *JT* 2009, 170-171.

⁷⁷² HvJ (Grote kamer) 6 december 2005, *ABNA* e.a., C-453/03 e.a., punt 109.

⁷⁷³ T. BOMBOIS, “L’administration, ‘juge’ de la légalité communautaire - Réflexions autour des arrêts *Fratelli Costanzo* et *Abna* de la Cour de justice de Luxembourg”, *JT* 2009, 173 (verduidelijkingen tussen haakjes toegevoegd), met verwijzing, wat het laatste punt betreft, naar HvJ (Grote kamer) 13 maart 2007, *Unibet*, C-432/05. Volgens Adam daarentegen zijn de twee situaties (namelijk *Fratelli Costanzo* en *Abna*) niet vergelijkbaar, S. ADAM, “Le contrôle incident de légalité à l’épreuve du droit de l’Union européenne entre mutations et transfiguration”, in *L’article 159 de la Constitution*, 2010, 409-410.

voortvarende behandeling of de kosten niet doorslaggevend zijn gezien de waarborgen die worden geboden door de door de rechtsorden van de lidstaten ingevoerde stelsels van rechtsbescherming.⁷⁷⁴

249. Adam van zijn kant neemt in een recente bijdrage de verdediging op van de *Fratelli Costanzo* rechtspraak.⁷⁷⁵ Hij beroept zich daarvoor in hoofdzaak op het proceseconomische voordeel, dat zoals hierboven is gebleken evengoed contraproductief kan werken (*supra* nr. 247), maar ook de andere argumenten die hij aanvoert, kunnen worden omgedraaid. Het argument dat de wettigheidscontrole door het bestuur uiteindelijk onder rechterlijk toezicht plaatsvindt, kan eveneens worden aangevoerd in de situatie waarin het bestuur het incidentele wettigheidstoezicht wordt ontzegd: de rechter zal het onwettige besluit uiteindelijk toch buiten toepassing laten. En ook het argument dat de weigering door het bestuur om met het Unierecht strijdige bestuurshandelingen buiten toepassing te laten de aansprakelijkheid van de overheid in het geding brengt, geldt eveneens in de omgekeerde richting: ook foutieve inschattingen door het bestuur (*supra* nrs. 246-247) kunnen aansprakelijkheidsvorderingen tot gevolg hebben.

Van Melsen gaat nog een stap verder en meent uit het algemeen rechtsbeginsel waarvan artikel 159 van de Grondwet de uitdrukking is (*supra* nr. 20) te mogen afleiden dat alle administratieve overheden elke onwettige bestuurshandeling buiten toepassing mogen (en moeten) laten, weze het onder een aantal randvoorwaarden en – uiteraard – onder het uiteindelijke toezicht van de rechter.⁷⁷⁶

250. Ondanks alle opgesomde bezwaren, heeft de grote kamer van het Hof van Justitie in een arrest van 12 januari 2010 bevestigd dat de verplichte voorrang van het Unierecht voor alle bestuursorganen geldt en dat het daarbij overigens niet van belang is dat de nationale bepalingen reeds vóór de inwerkingtreding van de betrokken richtlijn bestonden noch dat het nationale recht niet erin voorziet dat de nationale rechter ze terzijde kan schuiven in geval van onverenigbaarheid met het Unierecht.⁷⁷⁷

251. De vraag is ten slotte gerezen op welke wijze het arrest *Fratelli Costanzo* te rijmen valt met de latere rechtspraak op het vlak van de definitieve administratieve en jurisdictionele beslissingen. Wat het beginsel van de rechtsstaat niet kon (*supra* nr. 245), is het rechtszekerheidsbeginsel op dat punt wel gelukt, namelijk een halt toeroepen aan het beginsel van de voorrang van het Unierecht. De rechtspraak inzake jurisdictionele beslissingen komt later aan bod (*infra* nr. 478). Hier gaan we in op de rechtspraak met betrekking tot individuele bestuurshandelingen die definitief zijn geworden, in het bijzonder het arrest *i-21 en Arcor* van 19 september 2006.

⁷⁷⁴ HvJ (Grote kamer) 6 december 2005, ABNA e.a., C-453/03 e.a., punt 110.

⁷⁷⁵ S. ADAM, "Le contrôle incident de légalité à l'épreuve du droit de l'Union européenne entre mutations et transfiguration", in *L'article 159 de la Constitution*, 407-410.

⁷⁷⁶ R. VAN MELSEN, "Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident", in *L'article 159 de la Constitution*, 23-99.

⁷⁷⁷ HvJ (Grote kamer) 12 januari 2010, Petersen, C-341/08, punt 80.

Het Hof van Justitie diende zich uit te spreken over de gebeurlijke verplichting, voor een nationale overheid, om een individuele bestuurshandeling, in weerwil van het feit dat die naar nationaal recht definitief is geworden (*supra* nr. 123), in te trekken wanneer die strijdig blijkt te zijn met het Unierecht. Het ging meer bepaald om vorderingen tot terugbetaling van de op grond van definitief geworden aanslagen betaalde vergoedingen:

“Overeenkomstig het rechtszekerheidsbeginsel eist het gemeenschapsrecht niet dat een bestuursorgaan in beginsel moet terugkomen van een besluit van een bestuursorgaan dat definitief is geworden na het verstrijken van redelijke beroepstermijnen of na uitputting van alle rechtsmiddelen (...). De inachtneming van dit beginsel voorkomt dat bestuurshandelingen die rechtsgevolgen teweegbrengen, onbeperkt in het geding kunnen worden gebracht (...).”⁷⁷⁸

Het Hof van Justitie brengt vervolgens het beginsel van de procesautonomie van de lidstaten in herinnering, dat evenwel wordt begrensd door de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid (*infra* nr. 395). Wat het doeltreffendheidsbeginsel betreft, stelt het Hof met name vast dat een beroepstermijn van één maand niet onredelijk is, maar vooral van belang is de beoordeling van het Hof inzake het gelijkwaardigheidsbeginsel:

“Wanneer de administratie naar nationaal recht verplicht is, een definitief geworden bestuursbesluit in te trekken wanneer dit kennelijk onverenigbaar is met het nationale recht, moet dezelfde verplichting bestaan wanneer dit besluit kennelijk onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht.”⁷⁷⁹

Het leerstuk van de intrekking van individuele bestuurshandelingen in het algemeen en de rechtspraak daaromtrent van het Hof van Justitie in het bijzonder, die overigens nog meer nuanceringen kent dan uit de aangehaalde citaten blijkt,⁷⁸⁰ valt grotendeels buiten het bestek van dit proefschrift,⁷⁸¹ maar uit de bovenstaande citaten mag wel worden onthouden dat het rechtszekerheidsbeginsel zich ook in de rechtspraak van het Hof van Justitie opwerpt als een dam tegen de ongebreidelde werking van het wettigheidsbeginsel.

⁷⁷⁸ HvJ (Grote kamer) 19 september 2006, i-21 en Arcor, C-392/04 en C-422/04, punt 51, met verwijzing naar o.a. HvJ (Grote kamer) 13 januari 2004, Kühne & Heitz, C-453/00, punt 24.

⁷⁷⁹ HvJ (Grote kamer) 19 september 2006, i-21 en Arcor, C-392/04 en C-422/04, punt 69.

⁷⁸⁰ Zie met name HvJ (Grote kamer) 1 juni 1999, Eco Swiss, C-126/97, punt 46; HvJ (Grote kamer) 13 januari 2004, Kühne & Heitz, C-453/00, punt 24; HvJ (Grote kamer) 12 februari 2008, Willy Kempter, C-2/06, punt 37.

⁷⁸¹ Zie daarover o.a. T. BOMBOIS, “L’administration, ‘juge’ de la légalité communautaire - Réflexions autour des arrêts *Fratelli Costanzo* et *Abna* de la Cour de justice de Luxembourg”, *JT* 2009, 172-173; Y. HOUYET, “Le rétablissement de la légalité communautaire par le retrait d’actes administratifs nationaux”, *JDE* 2008, 257-264; Y. HOUYET, “Le régime juridique belge du retrait des actes administratifs face aux exigences du droit de l’Union européenne”, *APT* 2009, 154-175; S. ADAM, “Le contrôle incident de légalité à l’épreuve du droit de l’Union européenne entre mutations et transfiguration”, in *L’article 159 de la Constitution*, 412-417; R. KOVAR, “L’emprise du droit communautaire sur le régime du retrait des actes administratifs nationaux”, in *Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Brussel, Bruylant, 2007, 767-788; R. KOVAR, “L’incidence du droit communautaire sur l’intangibilité des décisions nationales définitives”, in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Brussel, Bruylant, 2008, 203-243. Zie ook K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2008, 424.

§ 6. Een proeve van oplossing

252. De administratieve overheid bevindt zich dus ten aanzien van de exceptie van onwettigheid in een ongemakkelijke situatie. Aan de ene kant verhindert het beginsel van de scheiding der machten dat niet-jurisdictionele instanties een onwettige bestuurshandeling buiten toepassing laten, aan de andere kant verplicht het Hof van Justitie de nationale overheden een onwettige bestuurshandeling buiten toepassing te laten wanneer de onwettigheid bestaat in de strijdigheid met het Unierecht. In beide gevallen kan een verhoogd risico van overheidsaansprakelijkheid worden genoteerd (*supra* nr. 246).

De radicale oplossing, bepleit door van Melsen (*supra* nr. 249), bestaat in de veralgemeende mogelijkheid (én verplichting) voor de administratieve overheden om eigenmachtig onwettige bestuurshandelingen buiten toepassing te laten.⁷⁸² Die oplossing verstoort echter meer dan nodig is de taakverdeling tussen bestuur en rechter en doet daardoor op onevenredige wijze afbreuk aan de scheiding der machten die, hoewel zij niet als een strikte scheiding mag worden opgevat (*supra* nrs. 5-6), één van de wezenlijke grondslagen van de rechtsstaat blijft (*supra* nr. 9).

253. Een meer genuanceerde oplossing voor het probleem kan worden gevonden in een analoge toepassing van de reeds vermelde theorie van de onbestaande rechtshandeling, of meer precies, in de combinatie van twee theorieën: de theorie van de onbestaande rechtshandeling en de theorie van de *acte éclairé*.⁷⁸³ De onbestaande rechtshandeling is de bestuurshandeling die zo grof onrechtmatig is dat zij voor onbestaande mag worden gehouden, door iedereen, dus ook door het bestuur (*supra* nr. 231). De andere theorie houdt verband met de verplichting tot het stellen van een prejudiciële vraag (aan het Hof van Justitie, maar *mutatis mutandis* ook aan het Grondwettelijk Hof): wanneer op voorhand duidelijk is wat het antwoord gaat zijn, hetzij omdat de uitlegging voor de hand ligt (*acte clair*), hetzij omdat het Hof zich al over de vraag heeft uitgesproken (*acte éclairé*), vervalt de verplichting om een vraag te stellen.

De oplossing voor het geschetste probleem bestaat erin dat een bestuurshandeling, zodra één van de hoogste rechtscolleges haar onwettig heeft verklaard, voortaan door het bestuur buiten toepassing mag (én moet) worden gelaten. De logica en de coherentie van het rechtsbestel rechtvaardigen immers de stelling dat de administratieve overheid in dat geval de wettigheidsvraag als uitgeklaard beschouwt (naar analogie met de *acte éclairé*) en om die reden de bestuurshandeling terzijde schuift (naar analogie met de onbestaande bestuurshandeling).

Het gaat dus niet om een uitbreiding van de “onbestaande rechtshandeling” zonder meer, wat immers ook zou betekenen dat de intrekking ervan in alle omstandigheden mogelijk zou worden. Die mogelijkheid moet beperkt blijven tot de rechtsverlenende individuele bestuurshandelingen die door een grove onwettigheid zijn aangetast. Het gaat slechts om een analoge toepassing, door het

⁷⁸² R. VAN MELSEN, “Le champ d’application personnel du contrôle de légalité incident”, in *L’article 159 de la Constitution*, 64.

⁷⁸³ Zie, in dezelfde zin, T. BOMBOIS, “L’administration, ‘juge’ de la légalité communautaire - Réflexions autour des arrêts *Fratelli Costanzo* et *Abna* de la Cour de justice de Luxembourg”, *JT* 2009, noot 71.

bestuur dat een onwettige bestuurshandeling moet toepassen, van de rechtsfiguur van de onbestaande rechtshandeling: het bestuur mag niet alleen van de toepassing van de onwettige bestuurshandeling afzien wanneer het gaat om een grove onwettigheid maar ook wanneer het gaat om een gewone onwettigheid die reeds door één van de hoogste rechtscolleges is vastgesteld. Voor toezichthoudende overheden (*supra* nr. 234) en, met nog meer reden, voor administratieve beroepsinstanties (*supra* nrs. 237-241), kan zelfs een algemene toepassing van de exceptie van onwettigheid worden verdedigd.

Een belangrijke randvoorwaarde voor de werkbaarheid van de voorgestelde oplossing is wel dat de onwettig verklaarde bestuurshandeling niet te eeuwigen dage buiten toepassing kan worden gelaten, inzonderheid wanneer zij rechten heeft doen ontstaan. De voorgestelde oplossing is met andere woorden verbonden met de oplossing voor het verderop besproken probleem van de onbeperkte inroepbaarheid van artikel 159 van de Grondwet in de tijd (*infra* nrs. 673-683).

254. De voorgestelde oplossing vindt niet alleen steun in de rechtsvergelijkende bevindingen (*supra* nr. 193) en in de rechtspraak van het Hof van Justitie (*supra* nr. 233), maar verrassend genoeg ook in de rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot een vergelijkbaar probleem, namelijk dat van de houding die het bestuur moet aannemen ten aanzien van een door het Grondwettelijk Hof ongrondwettig verklaarde wet. In tegenstelling tot een vernietigingsarrest heeft een arrest gewezen op een prejudiciële vraag immers geen absoluut gezag van gewijsde. De ongrondwettige bepaling blijft verder bestaan en zou dus moeten worden toegepast zolang zij niet door de wetgever wordt gewijzigd.⁷⁸⁴ In een zaak waarin de aansprakelijkheid van de overheid aan de orde was wegens toepassing van een inmiddels ongrondwettig verklaarde wet, stelde het Hof van Cassatie vast dat die toepassing dateerde van vóór de bekendmaking van het arrest van het Grondwettelijk Hof in het *Belgisch Staatsblad* en dat het bestuur daarom niet kan worden verweten dat hij een ongrondwettige wetsbepaling heeft toegepast:

“Het arrest dat aldus oordeelt dat de schending van de Grondwet geen fout oplevert wanneer zij wordt verantwoord door de toepassing van een wet die door het Grondwettelijk Hof ongrondwettig noch nietig werd verklaard, verantwoordt zijn beslissing naar recht”.⁷⁸⁵

Het Hof van Cassatie laat op die manier uitschijnen dat de toepassing van een ongrondwettige wet na de bekendmaking van het arrest van het Grondwettelijk Hof in het *Belgisch Staatsblad* wel een fout oplevert en dat de administratie zich daar dus maar beter van onthoudt.⁷⁸⁶ Tegen dat standpunt kunnen bezwaren worden aangebracht,⁷⁸⁷ maar vanuit het oogpunt van een doeltreffende en

⁷⁸⁴ Of alsnog door het Grondwettelijk Hof wordt vernietigd (zie artikel 4, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof).

⁷⁸⁵ Cass. 21 december 2007, C.06.0457.F, *JLMB* 2008, 1080, noot Q. PEIFFER, *JT* 2008, 554, noot D. RENDERS.

⁷⁸⁶ Q. PEIFFER, “Loi anticonstitutionnelle et administration, ou comment justifier une erreur”, noot onder Cass. 21 december 2007, *JLMB* 2008, 1088.

⁷⁸⁷ Zie D. RENDERS, “L’autorité administrative doit-elle d’office refuser d’appliquer une loi inconstitutionnelle?”, noot onder Cass. 21 december 2007, *JT* 2008, 555-557, die met name aanvoert dat een administratieve overheid “en vertu de l’article 33 de la Constitution qui limite les attributions de toute autorité publique aux textes qui leur en confère [doit] appliquer l’acte administratif ou législatif, quand bien même l’un ou l’autre serait irrégulier” (556) en die tevens van oordeel is dat een ongrondwettigheidsverklaring door het Grondwettelijk Hof “ne saurait, par

proceseconomische rechtsbescherming is er weinig tegen in te brengen. Wanneer het Grondwettelijk Hof een wetsbepaling ongrondwettig heeft bevonden, mag – zonet met zekerheid, dan toch met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid⁷⁸⁸ – worden aangenomen dat de grondwettigheidsvraag definitief is beslecht, zodat het doorgaans⁷⁸⁹ weinig zin heeft dat die bepaling nog verder wordt toegepast, niet door de rechter maar in eerste instantie ook niet door de administratie.

Een soortgelijke redenering gaat ook op voor de arresten van het Hof van Cassatie zelf. Hoewel die arresten, juridisch gezien, slechts een relatief gezag van gewijsde hebben, bezitten zij, in zoverre daarin een bepaalde rechtsvraag is beslecht, een feitelijk gezag dat zich aan alle rechtscolleges opdringt, vermits de beslissingen die zouden afwijken van het door het Hof van Cassatie gegeven antwoord verbroken zouden dreigen te worden wegens schending van de wet, zoals die door het Hof van Cassatie wordt geïnterpreteerd.⁷⁹⁰

Kortom, de kans is groot dat de voorgestelde logica in de praktijk reeds volop wordt gevolgd. Als één van de vooropgestelde hypothesen zich voordoet – een onbestaande bestuurshandeling of een door de hoogste rechtscolleges onwettig bevonden bestuurshandeling –, heeft het immers nog weinig zin om een rechterlijke uitspraak af te wachten vooraleer de administratieve overheid toe te laten de bestuurshandeling ter zijde te schuiven.⁷⁹¹

Anderzijds moet de onwettigheid voldoende zijn uitgeklaard, hetgeen rechtvaardigt dat de oplossing beperkt blijft tot de situaties waarin de onwettigheid door één van de hoogste rechtscolleges is vastgesteld. In die situaties is een verschil van mening weliswaar niet geheel uitgesloten (*infra* nr. 661), maar is de kans daarop toch vele malen kleiner dan op een lager niveau.⁷⁹² In dat verband kan worden opgemerkt dat de bijzondere wetgever, weliswaar in andere omstandigheden, een soortgelijke voorwaarde heeft ingevoerd, door de rechtscolleges vrij te stellen van de verplichting, in geval van samenloop van grondrechten, aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen “wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van een internationaal

ailleurs, conférer à l'irrégularité constatée le caractère 'manifeste' qui, postérieurement, obligerait l'autorité administrative à refuser d'appliquer la loi en cause" (557).

⁷⁸⁸ Een ommekeer van rechtspraak blijft steeds mogelijk, alsook een meningsverschil tussen de hoogste rechtscolleges (vgl. bv. GwH 20 juni 2007, nr. 86/2007, en Cass. 19 november 2007, S.06.0075.F, *JLMB* 2008, 758, noot D. RENDERS).

⁷⁸⁹ Men hoede zich wel voor zogenaamde gekwalificeerde schendingen (“de bepaling is ongrondwettig in zoverre...”, bv. GwH 11 december 2008, nr. 181/2008), voor arresten waarin het Hof slechts een schending vaststelt door een bepaalde interpretatie van de wettelijke bepaling (vgl. GwH 12 mei 2004, nr. 85/2004, en GwH 19 april 2006, nr. 52/2006), alsook voor het feit dat het Grondwettelijk Hof, wanneer het dezelfde bepaling in een later arrest vernietigt, de gevolgen (of bepaalde gevolgen) van de vernietigde bepaling (voorlopig) kan handhaven (artikel 8, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof).

⁷⁹⁰ GwH 7 december 2005, nr. 177/2005, B.19.6; GwH 1 februari 2006, nr. 20/2006, B.14.6.

⁷⁹¹ E. CLOOTS, “De *Fratelli Costanzo* rechtspraak van het Hof van Justitie en de scheiding der machten in de EU-lidstaten”, in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 65, die een soortgelijke oplossing voorstelt voor het terzijde schuiven van met het Unierecht strijdige wetgeving.

⁷⁹² Zeker indien de verderop geformuleerde voorstellen in acht zouden worden genomen, *infra* nrs. 678-682.

rechtscollege blijkt dat de bepaling uit het Europees of internationaal recht klaarblijkelijk geschonden is” (*infra* nr. 295).⁷⁹³

255. De vraag rijst ten slotte vanaf welk ogenblik rekening moet worden gehouden met de betrokken rechterlijke uitspraak. Met uitzondering van de arresten van het Grondwettelijk Hof (*supra* nr. 52), worden de rechterlijke uitspraken niet in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt. De incidentele vaststelling dat een bestuurshandeling onwettig is, gebeurt echter in de regel (*supra* nr. 219) niet door het Grondwettelijk Hof, maar door de gewone hoven en rechtbanken en de administratieve rechtscolleges, waarvan het Hof van Cassatie en de Raad van State de hoogste rechtscolleges zijn.

Wat de arresten van die laatste rechtscolleges betreft, kan een termijn van zes maanden worden vooropgesteld, naar het voorbeeld van de ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *De Pauw*, waarin het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, bij de beoordeling of de betrokken verzoeker de interne rechtsmiddelen had uitgeput, van oordeel was dat de koerswijziging van het Hof van Cassatie, in het arrest *Ferrara Jung*, inzake overheidsaansprakelijkheid voor het handelen of nalaten van de wetgever, moet worden geacht voldoende gekend te zijn sinds 28 maart 2007, dit is een half jaar na het laatstgenoemde arrest (van 28 september 2006, *supra* vn. 13).⁷⁹⁴

§ 7. Mag een administratieve overheid zich voor de rechter op artikel 159 van de Grondwet beroepen?

256. Hoewel een administratieve overheid dus in beginsel niet zelf artikel 159 van de Grondwet vermag toe te passen, lijkt er geen bezwaar te zijn tegen het feit dat een administratieve overheid die grondwetsbepaling voor de rechter inroept, zelfs om haar eigen onwettige besluiten buiten toepassing te zien verklaren, aangezien zij daarmee “alleen maar gebruik maakt van haar recht om zich op de onwettigheid van een bepaling met een verordenend karakter te beroepen en er niet van beschuldigd kan worden zich op haar eigen fout te beroepen”.⁷⁹⁵ Het is tenslotte de rechter die zich dan over de (grond)wettigheid zal uitspreken, en niet de bestuursoverheid zelf.⁷⁹⁶ Dit standpunt werd uitdrukkelijk bevestigd door het Grondwettelijk Hof:

“Artikel 159 van de Grondwet belet een administratieve overheid immers niet de onwettigheid aan te voeren van een besluit dat zij zelf heeft genomen. De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg kan in het kader van een procedure tot staking aldus ertoe worden gebracht op

⁷⁹³ Artikel 26, § 4, tweede lid, 3°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, zoals gewijzigd door de bijzondere wet van 12 juli 2009, *BS* 31 juli 2009.

⁷⁹⁴ EHRM (beslissing) 15 mei 2007, *Depauw t. België*.

⁷⁹⁵ RvS 26 mei 1966, *Nicolas*, nr. 11.844. *In casu* was het beroep tot vernietiging tegen de individuele beslissing binnen de termijn van 60 dagen ingediend, hetgeen niet zonder belang is (*infra* nr. 569). Zie ook *Cass.* 21 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, II, 1045, *Pas.* 1988, I, 983, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN, *RCJB* 1990, 435, noot P. QUERTAINMONT; *Rb.* Brussel 18 september 1987, *JT* 1988, 479, noot D. LAGASSE; M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Brussel, Bruylant, 1987, 128-129; R. ERGEC, “Le principe de légalité à l’épreuve des principes de bonne administration”, noot onder *Cass.* 4 september 1995, *RCJB* 1998, 17.

⁷⁹⁶ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 840-841.

grond van artikel 159 van de Grondwet de geldigheid van de door de gemeente verleende vergunning te onderzoeken omdat de staking van een vergunde handeling wordt gevorderd”.⁷⁹⁷

257. Hoewel dat standpunt van het Grondwettelijk Hof op algemene wijze is geformuleerd, mag niet uit het oog worden verloren dat het werd ingenomen in de bijzondere context van het optreden in rechte, op grond van artikel 271, § 1, van de Nieuwe Gemeentewet,⁷⁹⁸ van één of meer inwoners van een gemeente, wanneer het college van burgemeester en schepenen nalaat op te treden.⁷⁹⁹ De inwoners moeten zekerheidstelling aanbieden om persoonlijk de kosten van het geding te dragen en in te staan voor de veroordelingen die mochten worden uitgesproken, maar wat vooral van belang is: zij treden niet op uit eigen naam, maar enkel uit naam en als vertegenwoordiger van de gemeente. De vordering dient te steunen op een recht van de gemeente en heeft tot doel een collectief belang te verdedigen. Bijgevolg vermag een inwoner van een gemeente slechts namens haar in rechte op te treden voor zover de gemeente in kwestie zelf een ontvankelijke vordering kan instellen.⁸⁰⁰

Dat laatste is met name het geval wanneer een gemeente, met toepassing van artikel 1, eerste lid, van de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu,⁸⁰¹ een vordering tot staking instelt ter bescherming van het leefmilieu of ter voorkoming van een ernstige dreiging voor het leefmilieu op haar grondgebied voor zover die bescherming van dat aspect van het leefmilieu tot haar bevoegdheid behoort.⁸⁰² De omstandigheid dat de gemeente zelf een vergunning heeft verleend, verhindert niet dat ze, met toepassing van artikel 1 van de wet van 12 januari 1993, een vordering kan instellen tot staking van een handeling ter uitvoering van die vergunning, zelfs indien die handeling in overeenstemming is met die vergunning. Een inwoner kan dus de vordering tot staking namens de gemeente instellen, zelfs indien de betwiste handeling in overeenstemming is met de vergunning van de gemeente.⁸⁰³ Er zou ook niet kunnen worden aangevoerd dat de gemeente geen belang zou hebben bij een dergelijke vordering, vermits een gemeente die op grond van artikel 1 van de wet van 12 januari 1993 een vordering tot staking instelt ter bescherming van

⁷⁹⁷ GwH 26 april 2007, nr. 70/2007, B.6.2. In dezelfde zin: GwH 19 september 2007, nr. 121/2007, B.6.2.

⁷⁹⁸ Sedert 1 januari 2007 is in het Vlaamse Gewest artikel 194 van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005 van toepassing. Die bepaling neemt artikel 271 van de Nieuwe Gemeentewet over, maar breidt het toepassingsgebied *ratio personae* ervan uit, vermits ook rechtspersonen waarvan de maatschappelijke zetel in de gemeente is gevestigd, namens de gemeente kunnen optreden. In het Waalse Gewest bevat artikel L1242-2 van het Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie een bepaling die identiek is aan artikel 271, § 1, van de Nieuwe Gemeentewet, dat dus nog slechts van toepassing is in de gemeenten van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest. Artikel 187 van het Vlaamse Provinciedecreet van 9 december 2005 bevat een soortgelijke bepaling voor de inwoners van een provincie als de deputatie of de provincieraad niet in rechte optreedt.

⁷⁹⁹ Volgens de parlementaire voorbereiding van artikel 150 van de Gemeentewet van 30 maart 1836 beoogt die bepaling het geval waarbij de gemeente weigert op te treden en inbreuken laat geschieden ten koste van bepaalde inwoners (*Pasin.* 1836, 388). Aldus worden de belangen van de gemeente beschermd tegen het stilzitten van haar eigen bestuur, zie GwH 26 april 2007, nr. 70/2007, B.3.2; GwH 19 september 2007, nr. 121/2007, B.3.2. Zie ook A. ALEN, *Proceshandelingen van en tegen gemeenten*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 66-68.

⁸⁰⁰ Bv. RvS 31 maart 2009, nr. 192.085, vzw Natuurpunt e.a.

⁸⁰¹ Over die wet, zie o.a. P. LEFRANC, “De milieustakingswet: overzicht van rechtspraak (1993-2008)”, *TMR* 2009, 2-45.

⁸⁰² Cass. 14 februari 2002, C.99.0032.N, *Arr.Cass.* 2002, 441, nr. 104, concl. DUBRULLE.

⁸⁰³ GwH 26 april 2007, nr. 70/2007, B.6.1-B.6.4; GwH 19 september 2007, nr. 121/2007, B.6.1-B.6.4.

het leefmilieu of ter voorkoming van een ernstige dreiging voor het leefmilieu op haar grondgebied, wordt geacht een belang te hebben.⁸⁰⁴

Kortom: de materiële procespartij is in dat geval inderdaad de gemeente, die desgevallend de onwettigheid van haar eigen besluit aanvoert, maar de formele procespartij is de inwoner (of inwoners) van de gemeente die het geding namens de gemeente heeft (of hebben) aangespannen. Dat kan tot de op het eerste gezicht absurde situatie leiden dat de materiële procespartij (de gemeente) vervolgens tussenkomt (vertegenwoordigd door haar college van burgemeester en schepenen) om de stakingsvordering die namens haar door de formele procespartij (de betrokken inwoner of inwoners) was ingeleid onontvankelijk of ongegrond te laten verklaren.⁸⁰⁵ Sommige rechters hebben een dergelijke tussenkomst niet toegestaan omdat de gemeente niet twee keer partij kan zijn in dezelfde zaak (en niet om de verwerping van haar eigen vordering kan verzoeken),⁸⁰⁶ hetgeen het Hof van beroep te Antwerpen ertoe heeft gebracht daarover enkele prejudiciële vragen te stellen aan het Grondwettelijk Hof.⁸⁰⁷

Op het ogenblik van het afsluiten van dit proefschrift, heeft Grondwettelijk Hof op die vragen nog niet geantwoord. In een andere zaak, naar aanleiding van een vordering tot schorsing, ingesteld door inwoners van de stad Charleroi, uit eigen naam en namens de stad Charleroi, heeft de stad Charleroi, als tussenkomende partij, gevraagd de namens de stad Charleroi ingestelde vordering niet ontvankelijk te verklaren. Het Grondwettelijk Hof heeft de vordering tot schorsing verworpen, zonder evenwel uitdrukkelijk over dat verzoek – en over de ontvankelijkheid van die tussenkomst in het algemeen – uitspraak te hebben gedaan.⁸⁰⁸

258. De Raad van State en het Hof van Cassatie lijken op dit punt een enigszins dubbelzinnige houding aan te nemen.

In enkele arresten heeft de Raad van State laten verstaan, buiten de voormelde context van de milieustakingsvordering, dat artikel 159 van de Grondwet als bescherming van de burger tegen de administratieve overheid is bedoeld, en niet omgekeerd. In het arrest *Artois* van 22 april 1997 merkte de Raad van State meer bepaald op:

“dat artikel 159 de burger in staat stelt om tegen de administratieve overheid de onwettigheid van haar beslissingen te doen gelden; dat dit ons rechtsbestel tot een rechtsstaat maakt; dat met de stelling die de verwerende partij voorstaat, artikel 159 de administratieve overheid in

⁸⁰⁴ Cass. 14 februari 2002, C.99.0032.N, *Arr.Cass.* 2002, 441, nr. 104, concl. DUBRULLE. Bijgevolg moet de gemeente niet doen blijken van een eigen belang in de zin van artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek. Haar vorderingsrecht vloeit rechtstreeks voort uit de wet van 12 januari 1993 (zie de conclusie van het openbaar ministerie voorafgaand aan het voormelde arrest).

⁸⁰⁵ Bv. Antwerpen 20 december 2005, vermeld in P. LEFRANC, “De milieustakingswet: overzicht van rechtspraak (1993-2008)”, *TMR* 2009, 22.

⁸⁰⁶ Bv. Rb. Hasselt (Vz.) 3 april 2008 en Rb. Charleroi (Vz.) 26 maart 2009, beide niet gepubliceerd.

⁸⁰⁷ Antwerpen 16 maart 2010, niet gepubliceerd (zaak met rolnr. 4903 voor het Grondwettelijk Hof). De prejudiciële vragen betreffen zowel de bevoegdheid van de federale wetgever (waarover het Hof zich eerder reeds heeft uitgesproken, zie GwH 28 oktober 2004, nr. 168/2004) als de artikelen 10, 11 en 23 van de Grondwet.

⁸⁰⁸ GwH 16 juli 2009, nr. 126/2009, B.7.3. Over de grond van de zaak is tot op heden nog geen uitspraak gedaan, zie ook GwH 23 juni 2010, nr. 70/2010, B.6.

staat stelt om de onwettigheid van haar beslissingen tegen de burger te doen gelden; dat dit helemaal niet eigen is aan de door artikel 159 beschermde rechtsstaat; dat de handhaving van de wet – of wat er voor moet doorgaan – tegen de burger integendeel in een absolute staat maar al te goed verzekerd wordt”.⁸⁰⁹

In meer recente rechtspraak heeft de Raad van State echter aangenomen, met betrekking tot het optreden van inwoners namens de gemeente, dat de *ratio legis* van de betrokken regeling impliceert dat dergelijk optreden mogelijk is wanneer de gemeente nalaat dit zelf te doen. Dit impliceert op zijn beurt dat het belang in hoofde van de gemeente moet worden beoordeeld (*supra* nr. 259) en bovendien “abstractie makend van de concrete houding die de gemeente heeft aangenomen bij het tot stand komen van de beslissing waarover het door de inwoner namens de gemeente ingeleid rechtsgeding betrekking heeft”. Er anders over oordelen zou volgens de Raad van State deze door de wet geboden mogelijkheid grotendeels zinloos maken. Het gegeven dat de gemeente zich niet heeft verzet tegen de betrokken vergunningsaanvraag, en deze zelfs gunstig heeft geadviseerd, kan dus niet in rekening worden gebracht bij het beoordelen van het belang.⁸¹⁰

Het Hof van Cassatie van zijn kant bevestigt in een arrest van 10 maart 2008 dat een gemeente wordt geacht een belang te hebben bij het instellen van een milieustakingsvordering, maar het laat tegelijkertijd verstaan dat er grenzen kunnen bestaan aan de mogelijkheid voor een gemeente om haar eigen beslissingen aan te vechten:

“Het belang van de gemeente om een vordering in te stellen tegen handelingen die het gevolg zijn van een eerder door de gemeente ten onrechte gegeven vergunning wordt in beginsel niet aangetast door het feit dat de gemeente zelf aan de basis ligt van de schending van het leefmilieu.

De mogelijkheid een milieustakingvordering in te stellen tegen handelingen die een kennelijke inbreuk of een ernstige dreiging van inbreuk uitmaken wordt niet beheerst door de grenzen die op de gemeente berusten haar eigen beslissingen aan te vechten of in te trekken en moet beschouwd worden als een autonome vordering bestemd om ernstige schendingen van het leefmilieu te weren”.⁸¹¹

Ondanks de (lichte) twijfel die het Hof van Cassatie en de Raad van State lijken te uiten, is de mogelijkheid voor een gemeente om de wettigheid van haar eigen beslissingen voor de rechter

⁸⁰⁹ RvS 22 april 1997, nr. 65.974, *Artois e.a.*, *AJT* 1997-98, 527, noot J. THEUNIS. Zie ook RvS 2 juli 1998, nr. 74.931, *Wouters*; RvS 5 september 2006, nr. 162.283, *Legrand*. Weymeersch merkt evenwel op dat de Raad van State nog niet expliciet stelling heeft ingenomen inzake de vraag of de exceptie van onwettigheid vanwege een administratieve overheid al dan niet ontvankelijk is, W. WEYMEERSCH, “Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van de Raad van State”, in *De wettigheidstoets*, 338.

⁸¹⁰ RvS 31 maart 2009, nr. 192.085, *vzw Natuurpunt e.a.*

⁸¹¹ Cass. 10 maart 2008, C.06.0173.N, *TGem.* 2008, 297, noot A. COOLSAET. Zie daarover ook het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2008*, 136-138; J. DE STAERCKE en J. GHYSELS, “Artikel 159 van de Grondwet als directe vordering”, in *De wettigheidstoets*, 146-148; G. VAN HAEGHENBORGH, “Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof. Bedenkingen vanuit Europees perspectief”, in *De wettigheidstoets*, 286; R. VAN MELSEN, “Le champ d’application personnel du contrôle de légalité incident”, in *L’article 159 de la Constitution*, 64. Over de vroegere rechtspraak, zie A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 839-842; D. D’HOOGHE, “Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid”, *RW* 1993-94, 1100.

te betwisten, teneinde ze buiten toepassing te zien verklaren, als zodanig niet verkeerd. Het gevoel van onbehagen dat die mogelijkheid bij de rechtsonderhorigen teweegbrengt, kan voor een groot deel worden weggenomen door die mogelijkheid te beperken in de tijd (*infra* nrs. 673-683).

§ 8. Staat artikel 159 van de Grondwet de authentieke interpretatie van overheidsbesluiten in de weg ?

259. Een administratieve overheid kan zoals gezegd de onwettigheid van een reglement dat zij zelf heeft uitgevaardigd opheffen door het reglement af te schaffen. Zij kan het reglement ook met terugwerkende kracht intrekken, waardoor de regel en dus ook de onwettigheid wordt geacht nooit te hebben bestaan, maar een dergelijke ingreep is aan strenge voorwaarden onderworpen (*supra* nr. 124). Zou de overheid aan die voorwaarden kunnen ontsnappen door het reglement op authentieke – en dus per definitie retroactieve – wijze te interpreteren?

260. Een authentieke interpretatie van uitvoeringsbesluiten wordt door de meerderheid van de rechtsleer verworpen, zo waarschuwt Verrijdt,⁸¹² maar hij voegt er wel aan toe dat het Hof van Cassatie recent zijn standpunt ter zake heeft herzien. Op één uitzondering na was dat Hof steeds van oordeel dat, wanneer een tekst uitgaat van een overheid waarvan de handelingen aan artikel 159 van de Grondwet zijn onderworpen, geen authentieke interpretatie daarvan mogelijk is omdat daardoor de bevoegdheid van de rechter zou worden beperkt.⁸¹³ Maar in een arrest van 26 september 2005 veranderde het Hof van Cassatie van mening: uit het verslag aan de Koning van een uitvoeringsbesluit bleek volgens het Hof dat het de bedoeling was de bestaande reglementering te verduidelijken teneinde de rechtszekerheid te herstellen. Het Hof leidde daaruit af “dat deze bepaling een interpretatieve rechtsregel is”, waarop artikel 7 van het Gerechtelijk Wetboek moet worden toegepast, naar luid waarvan de rechters gehouden zijn zich naar de uitleggingswetten te gedragen in alle zaken waarin het rechtspunt niet definitief berecht is op het tijdstip waarop die wetten bindend worden.⁸¹⁴

Verrijdt zegt die ommezwaai te betreuren. Dat de uitvoerende macht niet bevoegd is om haar besluiten authentiek te interpreteren, zo meent hij, volgt niet enkel uit artikel 159 van de Grondwet, zoals de vroegere rechtspraak van het Hof van Cassatie terecht argumenteerde, maar ook uit artikel 105 van de Grondwet, dat de Koning elke andere macht ontzegt dan degene die de Grondwet en de bijzondere krachtens de Grondwet uitgevaardigde wetten hem uitdrukkelijk toekennen (*supra* nr. 14).⁸¹⁵ Popelier weerlegt dit argument door te stellen dat de bevoegdheid tot authentieke interpretatie inherent is aan de bevoegdheid tot het opstellen van

⁸¹² W. VERRIJDT, “De interpretatieve wet: retroactiviteit en rechtszekerheid”, *TBP* 2007, 263-264. Zie bv. A. ALLEN, *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiek recht. Boek I: De Instellingen*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 119.

⁸¹³ W. VERRIJDT, “De interpretatieve wet: retroactiviteit en rechtszekerheid”, *TBP* 2007, 263-264, met verwijzing naar cassatierechtspraak.

⁸¹⁴ Cass. 26 september 2005, S.04.0163.N, *Arr.Cass.* 2005, 1731, nr. 458. Zie ook GwH 26 mei 1999, nr. 59/99, B.8, waar het echter een bijzondere machtenbesluit betrof (dat wetten mag wijzigen en dus ook interpreteren).

⁸¹⁵ W. VERRIJDT, “De interpretatieve wet: retroactiviteit en rechtszekerheid”, *TBP* 2007, 264.

normen,⁸¹⁶ maar dat kan Verrijdt niet overtuigen: “aangezien authentieke interpretatie per definitie retroactiviteit impliceert (...), is voor wat betreft akten van de uitvoerende macht een authentieke interpretatie in strijd met artikel 2 B.W., een bepaling waarvan wetten eenvoudigweg kunnen afwijken, maar die wel als toetsingsnorm dient voor besluiten van de uitvoerende macht. Een verduidelijking door de uitvoerende macht van zijn eigen normen kan met andere woorden enkel met een wijzigingsbesluit, waaraan in beginsel geen retroactieve werking kan worden gegeven.”⁸¹⁷

261. Die laatste bekommernis is terecht. Zelfs als de bevoegdheid tot authentieke interpretatie inherent is aan de bevoegdheid tot het opstellen van normen en de rechter op grond van artikel 7 van het Gerechtelijk Wetboek zich naar het uitleggingsbesluit dient te gedragen, mag dat niet betekenen dat de regelgever daarmee zonder meer het verbod van retroactieve regelgeving kan omzeilen. De rechter moet dus in elk geval controleren of het wel om een echt uitleggingsbesluit gaat en niet om een vermomd retroactief besluit. Maar de vraag is dan welk criterium hij daarvoor moet hanteren.

Voor interpretatieve wetten – maar dezelfde redenering kan *mutatis mutandis* ook opgaan voor interpretatieve besluiten – ging het Grondwettelijk Hof aanvankelijk na of de geïnterpreteerde bepaling vanaf haar oorsprong redelijkerwijze niet anders kon worden begrepen dan zoals aangegeven in de interpretatieve bepaling. Als dat het geval was, dan ontsnapte de bepaling aan de retroactiviteitstoets. Als dat niet het geval was, dan werd de zogenoemde interpretatieve bepaling als een zuiver retroactieve bepaling beschouwd die ook als zodanig werd getoetst aan de criteria die het Hof heeft ontwikkeld voor de toelaatbaarheid van retroactieve wetgeving (*supra* nr. 110).⁸¹⁸ Die rechtspraak ging weliswaar uit van een sterk beperkende definitie van de interpretatieve bepaling, maar zij bood het voordeel van een maximale rechtsbescherming tegen retroactieve regelgeving.

In een later arrest heeft het Grondwettelijk Hof zijn rechtspraak gewijzigd. Het criterium om na te gaan of het om een werkelijke interpretatieve bepaling en dus niet om een “vermomde” retroactieve bepaling gaat, is niet langer de vaststelling dat de bepaling die zij interpreteert redelijkerwijze die betekenis *moest* krijgen, maar de vaststelling dat zij redelijkerwijze die betekenis *kon* krijgen.⁸¹⁹ Volgens Alen, Maes en Verrijdt brengt deze “logische wijziging” de

⁸¹⁶ P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 105.

⁸¹⁷ W. VERRIJDT, “De interpretatieve wet: retroactiviteit en rechtszekerheid”, *TBP* 2007, 264. In dezelfde zin: K. LEUS en B. MARTEL, “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie”, in *De wettigheidstoets*, 81.

⁸¹⁸ GwH 19 december 2002, nr. 189/2002, B.12.1-B.12.4; GwH 10 december 2003, nr. 160/2003, B.8.7.2; GwH 24 november 2004, nr. 193/2004, B.8.3-B.8.4; GwH 2 februari 2005, nr. 25/2005, B.8.1-B.8.2; GwH 7 december 2005, nr. 177/2005, B.12.3-B.12.4; GwH 1 februari 2006, nr. 20/2006, B.7.3-B.7.4.

⁸¹⁹ GwH 21 juni 2006, nr. 102/2006, B.3.1-B.6. Aanleiding voor die nuancering was het feit dat het Hof van Cassatie artikel 12*bis* van het Wetboek van de Belgische nationaliteit op een wijze had geïnterpreteerd die manifest in strijd was met de bedoeling van de wetgever, waarop de wetgever een interpretatieve bepaling aannam. Het Grondwettelijk Hof stelde vast dat het om een werkelijke interpretatieve bepaling gaat, maar deinsde er blijkbaar voor terug om, zoals in zijn vorige arresten, te zeggen dat de oorspronkelijke bepaling redelijkerwijze niet anders kon worden begrepen dan zoals aangegeven in de interpretatieve bepaling... (J. THEUNIS, “Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (2006)”, *TvW* 2007, 135).

rechtspraak van het Hof opnieuw in overeenstemming met de bedoeling die de grondwetgever met de techniek van de interpretatieve wet had,⁸²⁰ maar de vraag is of die versoepeling niet teveel ruimte geeft aan de regelgever om aan het principiële verbod van terugwerkende kracht te ontsnappen...

Het is ten slotte ook afwachten of de gewijzigde rechtspraak van het Hof van Cassatie zich zal doorzetten dan wel of dat Hof zich bij de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof zal aansluiten.

⁸²⁰ Meer bepaald zou de techniek opnieuw kunnen worden aangewend om eerdere wetten die “onzeker, onduidelijk en controversieel” zijn, te verduidelijken, enerzijds, en zou zij niet kunnen worden misbruikt om het principiële verbod van retroactiviteit te omzeilen wanneer de wetgever het recht retroactief een onverwachte wending wil geven, A. ALEN, E. MAES en W. VERRIJDT, “De belangrijkste evoluties in de rechtspraak van het Arbitragehof sedert de bijzondere wet van 9 maart 2003”, in *Recht in beweging – 14^{de} VRG-Alumnidag 2007*, Antwerpen, Maklu, 2007, 123.

HOOFDSTUK V – Wat is het voorwerp van het wettigheidstoezicht?

“De hoven en rechtbanken passen de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zoverre zij met de wetten overeenstemmen” (artikel 159 van de Grondwet)

Afdeling 1 – Administratieve akten

§ 1. De akten en reglementen van administratieve overheden

262. Artikel 159 van de Grondwet, zo werd in het inleidend hoofdstuk uiteengezet (*supra* nr. 5), vormt een scharnierbepaling in de scheiding der machten doordat het aan de rechterlijke macht een controlebevoegdheid verleent ten aanzien van de uitvoerende macht. In werkelijkheid reikt de draagwijdte van de grondwetsbepaling verder, want zij is van toepassing op alle administratieve overheden, ook wanneer zij niet tot de (federale) uitvoerende macht behoren (*infra* nr. 264).

De rol van artikel 159 van de Grondwet, zo is eveneens gebleken, overstijgt de scheiding der machten doordat zij, meer algemeen, de binding van de overheid aan het recht en dus het beginsel van de rechtsstaat waarborgt (*supra* nrs. 15-16).

263. De term “verordening” wordt doorgaans geacht overeen te stemmen met het begrip “reglement” in de gecoördineerde wetten op de Raad van State⁸²¹ en verwijst naar een normerend optreden van de overheid. Verordeningen of reglementen bevatten met andere woorden regels met een abstract, algemeen en onpersoonlijk karakter die voor de duur van hun gelding op een onbepaald aantal gevallen van toepassing zijn.⁸²²

De begrippen “besluit” en “akte” verwijzen in de regel niet naar het normerend maar naar het beschikkend optreden van de overheid: een individuele rechtshandeling die een rechtsregel toepast in een bepaald geval of in bepaalde gevallen. In de Franstalige bewoordingen *arrêtés et règlements* bedoelde de grondwetgever van 1831 met *arrêtés* wellicht de individuele besluiten.⁸²³ De begrippen “besluiten” of “akten” worden echter ook soms in een generieke betekenis gebruikt, die dan zowel de individuele als de reglementerende besluiten of akten omvat.

⁸²¹ Met name artikel 14, § 1, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 12 januari 1973 (*infra* nr. 265).

⁸²² J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 133.

⁸²³ C. HUBERLANT, “Le contrôle des actes administratifs par les Cours et Tribunaux en Belgique”, in *Rapports belges au IX^e Congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1975, 465; A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 31; F.-X. BARCENA, “Le champ d’application normatif du contrôle de légalité”, in *L’article 159 de la Constitution*, 105-106.

Wanneer het verschil van belang is, kan verwarring worden vermeden door te spreken van “individuele besluiten”, “individuele akten” of “individuele bestuurshandelingen”.

Het Hof van Cassatie heeft herhaaldelijk overwogen dat artikel 159 van de Grondwet “geen onderscheid maakt tussen de akten die het beoogt; dat het toepasselijk is op de zelfs niet-reglementaire beslissingen van het bestuur en op de administratieve handelingen, ook al zijn zij van individuele aard”.⁸²⁴

Op de uiteenlopende rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State ten aanzien van rechtsverlenende individuele akten, wordt verder ingegaan (*infra* nrs. 569-570).

264. De administratieve overheden in de oorspronkelijke Grondwet zijn de nationale, provinciale en gemeentelijke overheden. Thans is artikel 159 van de Grondwet ook van toepassing op de besluiten en verordeningen van de (leden van) gewest- en gemeenschapsregeringen en op de besluiten en verordeningen van de Brusselse gemeenschapscommissies en agglomeratie.⁸²⁵ Daarnaast vallen ook (administratieve) samenwerkingsakkoorden,⁸²⁶ collectieve arbeidsovereenkomsten (*infra* nr. 279)⁸²⁷ en omzendbrieven die een rechtsregel inhouden⁸²⁸ onder het toepassingsgebied.

Wat de laatstgenoemde categorie betreft, zet de Raad van State in een recent arrest uiteen “dat een omzendbrief (waarbij dient opgemerkt dat het van geen enkel belang is dat de *in casu* bestreden akte de benaming “instructie” draagt) een verordenend en derhalve een aanvechtbaar karakter verkrijgt indien hij aan welbepaalde voorwaarden voldoet: indien hij nieuwe regels aan de bestaande toevoegt, indien de overheid die de in de omzendbrief vervatte richtlijnen uitvaardigt de bedoeling heeft die richtlijnen verplichtend te stellen, de bevoegdheid heeft diegene die ze moet toepassen te binden en over de middelen beschikt om zelf de handhaving van de richtlijnen af te dwingen”.⁸²⁹

⁸²⁴ Cass. 24 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 364, nr. 180; Cass. 10 november 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1291, nr. 725; J.-F. LECLERCQ, concl. voor Cass. 22 maart 1993, *Pas.* 1993, I, 308. Zie ook, in 1917 reeds P. LECLERCQ, concl. voor Cass. 5 maart 1917, *Pas.* 1917, I, 128: “Les arrêtés du pouvoir exécutif, elle (la constitution) les appelle arrêtés et règlements généraux sans distinguer si, d’après leur contenu, ils sont des lois matérielles ou de simples actes administratifs et elle les soumet, tous, à la règle de l’article [159]”, en Cass. 10 juni 1926, *Pas.* 1927, I, 12.

⁸²⁵ Artikel 165, § 1, van de Grondwet.

⁸²⁶ Zie daarover het antwoord van de Eerste Minister op een parlementaire vraag van senator Dierickx, *TBP* 1995, 725. Voor een (impliciete) toepassing, zie RvS 18 november 2004, nr. 137.262, nv Cineart, *CDPK* 2005, 812, noot J-Th. DEBRY. Samenwerkingsakkoorden die zijn goedgekeurd bij wet, decreet of ordonnantie, vallen onder de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof, zie bv. GwH 3 maart 1994, nr. 17/94, B.1.

⁸²⁷ RvS 14 juni 1995, nr. 53.714, Fédération nationale des Union des classes moyennes.

⁸²⁸ Cass. 4 september 1995, C.94.0417.F, *Arr.Cass.* 1995, 729, nr. 360, *Pas.* 1995, I, 752, nr. 360, concl. J.-F. LECLERCQ, *RCJB* 1998, 5, noot R. ERGEC; RvS 28 april 2003, vzw Natuurpunt Schijnvallei, nr. 118.719; RvS 13 oktober 2003, Delsard, nr. 124.147; RvS 29 november 2005, Descendre, nr. 151.828; RvS 22 maart 2007, Ziekenhuis Oost-Limburg, nr. 169.264, *TBP* 2008, 507, noot J.D. Over het arrest Delsard, zie K. LEUS, “De ‘rechtswaarde’ van de zgn. ‘krachtlijnen voor een samenhangend personeelsbeleid van de lokale en regionale besturen’ of ‘krachtlijnen Kelchtermans’ na het arrest van de Raad van State van 13 oktober 2003”, *TGem.* 2004, 219-225.

⁸²⁹ RvS 9 december 2009, nr. 198.769, De Man e.a. Het gaat om de toepassing van een vaste rechtspraak, voor meer verwijzingen zie A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 45.

Omzendbrieven die niet aan die voorwaarden voldoen, kunnen niet met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing worden gelaten om de eenvoudige reden dat er dan geen “norm” is om buiten toepassing te laten, hetgeen niet wegneemt dat zij een rol kunnen vervullen bij de wettigheidstoetsing van individuele besluiten, niet rechtstreeks – want het zijn evenmin “normen” waaraan kan worden getoetst – maar via de beginselen van behoorlijk bestuur (*infra* nr. 339).

265. Zoals het begrip “administratief rechtscollege” (*supra* nr. 208) is ook het begrip “administratieve overheid” niet eenduidig en kan het slechts aan de hand van een combinatie van criteria worden gedefinieerd.⁸³⁰ Die criteria zijn onder meer de wijze van oprichting van een instelling, de erkenning van een instelling door de overheid, het bestaan van toezicht van overheidswege, de opdracht van de instelling (vervult zij een taak van algemeen belang of verzekert zij een openbare dienst?) en de mogelijkheid om gezagshandelingen te stellen.⁸³¹

Artikel 14, § 1, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt dat de afdeling bestuursrechtspraak uitspraak doet over de beroepen tot nietigverklaring ingesteld tegen de akten en reglementen “van de onderscheiden administratieve overheden”. De “administratieve overheid” is derhalve een bepalend begrip voor de bevoegdheidsafbakening van de Raad van State. De invulling van dat begrip in de rechtspraak van de Raad van State staat onder toezicht van het Hof van Cassatie.⁸³²

266. De rechtspraak van het Hof van Cassatie in dat verband heeft hoofdzakelijk betrekking op de grens tussen administratieve overheid en privaatrechtelijke rechtspersoon, met name omdat de overheid zich steeds vaker van privaatrechtelijke technieken bedient om haar beleid te verwezenlijken. Volgens het Hof van Cassatie is het determinerende kenmerk van een administratieve overheid, zowel wat door de overheid opgerichte instellingen⁸³³ als wat private instellingen betreft,⁸³⁴ de eenzijdige gezagsbevoegdheid ten aanzien van derden.

Die functionele benadering zou tegelijkertijd kunnen worden geacht het toepassingsgebied van artikel 159 van de Grondwet te bepalen (althans in zoverre die bepaling slaat op de besluiten en verordeningen van de uitvoerende macht, zie *infra* nr. 267), maar de praktische gevolgen zijn op

⁸³⁰ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 642.

⁸³¹ S. LUST, “Wat is een administratieve overheid?”, *NjW* 2004, 1046. Zie ook o.a. M. BOES, “De administratieve overheid: een ondefinieerbaar begrip”, in *Ad amicissimum amici scripsimus. Vriendenboek Raf Verstegen*, Brugge, die Keure, 2004, 27-30; M. BOES, *Bestuursrecht*, Acco, Leuven, 2009, 10-25; A.L. DURVIAUX, “La notion d’*autorité administrative et débats*”, noot onder RvS 6 november 2007, nr. 176.478, nv Algemene Aannemingen Van Laere, *CDPK* 2009, 854-858; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, 323-343.

⁸³² Zie artikel 158 van de Grondwet en de artikelen 33 en 34 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, *infra* vn. 1238.

⁸³³ Cass. 14 februari 1997 (Gimvindus), C.96.0211.N, *Arr.Cass.* 1997, 221, nr. 88, concl. DUBRULLE. Voor een toepassing, zie RvS 21 juni 2007, A.E. t. Executieve van de Moslims van België, nr. 172.563, *TBP* 2009, 38.

⁸³⁴ Cass. 6 september 2002 (Meulenijzer), C.01.0382.N, *Arr.Cass.* 2002, 1742, nr. 422, concl. G. BRESSELEERS. Bv. ziekenfondsen, RvS 28 oktober 1969, nr. 13.758, Landsbond van de Federaties der Beroepsmutualiteiten van België.

dat punt eerder gering:⁸³⁵ wanneer de rechter incidenteel met een onwettige rechtshandeling wordt geconfronteerd, die niet van een “administratieve overheid” maar van een zuiver privaatrechtelijke rechtspersoon afkomstig blijkt te zijn, heeft dat niet tot gevolg dat hij die rechtshandeling niet buiten beschouwing zou mogen laten, alleen zal dat formeel niet met toepassing van artikel 159 van de Grondwet gebeuren maar simpelweg wegens strijdigheid met een rechtsnorm. Het doen ophouden of voorkomen van onwettige handelingen kan immers “in het algemeen worden geacht tot de bevoegdheden van de rechtbanken te behoren”.⁸³⁶ Alleen wanneer die onwettige handeling een bestuurshandeling is, moet met de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet rekening worden gehouden.

267. Een ander grensgebied biedt evenwel meer stof tot nadenken, namelijk dat met de organen of instellingen van de wetgevende en de rechterlijke macht. Op dat punt heeft niet het Hof van Cassatie, maar het Grondwettelijk Hof een doorslaggevende rol gespeeld, meestal naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Raad van State.⁸³⁷

De grens van de bevoegdheid van de Raad van State wordt hier niet getrokken door een functioneel (of materieel) criterium, maar door een organiek (of formeel criterium). Organen of instellingen van de wetgevende en de rechterlijke macht worden niet beschouwd als “administratieve overheden”, ook niet wanneer zij zuiver administratieve handelingen stellen, zoals het benoemen van personeelsleden of het gunnen van overheidsopdrachten.

De ontwikkelingen op dat vlak komen verder aan bod (*infra* nrs. 302-317), maar wat nu reeds kan worden opgemerkt is dat de organieke benadering, in tegenstelling tot de functionele benadering, geen rechtstreekse gevolgen kan hebben voor het toepassingsgebied van artikel 159 van de Grondwet. Anders dan artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State vertrekt dat grondwetsartikel van een materieel uitgangspunt (hebben we te maken met een besluit of verordening?) en niet van een formeel uitgangspunt (hebben we te maken met een administratieve overheid?). De bestuurshandelingen van de wetgevende en de rechterlijke macht mogen dus niet bij voorbaat worden uitgesloten van de “algemene (...) besluiten en verordeningen”, bedoeld in artikel 159 van de Grondwet.

268. Wat ook van meet af aan kan worden opgemerkt is dat bestuurshandelingen niet willekeurig aan de toepassing van artikel 159 van de Grondwet kunnen worden onttrokken. Zo wenste een decreetgever te bepalen dat beheersovereenkomsten met bepaalde overheidsinstellingen niet kunnen worden beschouwd als akten of reglementen van een administratieve overheid in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en dat alle bepalingen van de beheersovereenkomst worden vermoed van contractuele

⁸³⁵ Op andere punten heeft de kwalificatie als private rechtspersoon wel belangrijke gevolgen: zij ontsnappen niet alleen aan de bevoegdheid van de Raad van State, maar ook aan de toepassing van de formele motiveringswet en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, A. ALEN en J. CLEMENT, “De hiërarchie der rechtsnormen”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2006, 22.

⁸³⁶ GwH 28 oktober 2004, nr. 168/2004, B.5.3.

⁸³⁷ Reden waarom de invulling van het begrip administratieve overheid “un choeur à trois voix” is genoemd, qui “n’est pas invariablement en harmonie...”, P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 642.

aard te zijn. De afdeling wetgeving van de Raad van State wees erop dat de contractuele of reglementaire aard van een beheersovereenkomst afhangt van een inhoudelijk onderzoek en niet vrij kan worden gedecreteerd. In de mate dat het beheerscontract effectief reglementaire bepalingen bevat, ontnemt de decretale regeling de rechtsonderhorige de essentiële waarborg van de rechterlijke rechtsbescherming overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet.⁸³⁸

Zoals hoger is opgemerkt (*supra* nr. 267), doet de contractuele dan wel reglementaire aard van een rechtshandeling geen afbreuk aan de rechterlijke rechtsbescherming, maar in het andere besproken grensgebied (*supra* nr. 268) kan het advies van de Raad van State wel worden ingezet: het voorhanden zijn van een besluit of een verordening (van een orgaan van de wetgevende of de rechterlijke macht) hangt eveneens af van een inhoudelijk onderzoek; zij kunnen derhalve niet op willekeurige wijze aan het toepassingsgebied van artikel 159 van de Grondwet worden onttrokken.

269. Hoewel dit nog weinig praktisch belang heeft, dient volledigheidshalve te worden vermeld dat artikel 159 van de Grondwet ook wordt geacht van toepassing te zijn op de akten en reglementen die van vóór de inwerkingtreding van de Grondwet van 1831 dateren.⁸³⁹ Op enkele bepalingen na is de Grondwet in werking getreden op 26 juli 1831.⁸⁴⁰

De akten en reglementen die van vóór die datum dateren en die strijdig zijn met de Grondwet werden overigens door artikel 188 van de Grondwet reeds opgeheven verklaard.

Tot de handelingen van de uitvoerende macht worden logischerwijze ook de besluiten van de Regent gerekend.⁸⁴¹ Het Grondwettelijk Hof heeft dat uitdrukkelijk bevestigd ten aanzien van een besluit van de Regent van 18 maart 1831.⁸⁴²

§ 2. Enkele bijzondere soorten van administratieve akten

a. Administratieve akten die de ontvankelijkheid van een vordering (of verweer) beïnvloeden

270. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat de exceptie van onwettigheid niet alleen toepassing kan vinden op bestuurshandelingen die op de grond van een geschil betrekking hebben, maar ook op bestuurshandelingen die verband houden met de procedure. Dat kan

⁸³⁸ RvS, afd. wetgeving, advies van 16 september 2002 over een voorontwerp van decreet "relatif à la transparence, à l'autonomie et au contrôle des organismes d'intérêt public et des entreprises publiques qui dépendent de la Communauté française", *Parl.St. Parl.Fr.Gem.* 2002-03, nr. 345/1, 50-51. De decreetgever heeft de opmerking van de afdeling wetgeving in acht genomen.

⁸³⁹ J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée offrant sous chaque article l'état de la doctrine, de la jurisprudence et de la législation*, Brussel, Bruylant-Christophe, 1879, 330.

⁸⁴⁰ Zie GwH 28 juni 2006, nr. 115/2006, B.2.4; GwH 29 november 2006, nr. 188/2006, B.6; GwH 28 maart 2007, nr. 56/2007, B.6.

⁸⁴¹ België heeft tot op heden twee regenten gehad: Surllet de Chokier (van 25 februari tot 21 juli 1831) en Prins Karel (van 20 september 1944 tot 20 juli 1950).

⁸⁴² GwH 15 mei 2008, nr. 79/2008, B.3.1.

rechtstreeks gaan om een koninklijk besluit dat de rechtspleging regelt,⁸⁴³ maar het verband tussen de bestuurshandeling en de procedure kan ook minder rechtstreeks zijn. Zo kan de rechter, naar aanleiding van een exceptie van onontvankelijkheid van een akte van hoger beroep, een door de overheid onwettig toegekend referentieadres⁸⁴⁴ buiten toepassing laten, met als gevolg dat, bij gebrek aan vermelding van de woonplaats, de akte van hoger beroep onontvankelijk wordt bevonden.⁸⁴⁵ Volgens De Roy illustreert dat voorbeeld “que le jeu de l’exception d’illégalité peut conduire le juge à écarter un élément de fait soumis par une partie, lorsque cet élément s’identifie à un acte administratif tenu pour illégal” en dat de verplichting die voor de rechter uit artikel 159 van de Grondwet voortvloeit “couvre ainsi les actes administratifs qui s’inscrivent dans le complexe des faits livrés au juge par les parties”.⁸⁴⁶

271. Zoals reeds bij de toepassing van de exceptie van onwettigheid door het Grondwettelijk Hof is gebleken (*supra* nr. 220), valt ook een beslissing om in rechte te treden onder het toepassingsgebied van artikel 159 van de Grondwet. Dat geldt bijvoorbeeld voor een ministerieel besluit tot goedkeuring van een beslissing van de leidend ambtenaar van de dienst voor geneeskundige verzorging om hoger beroep in te stellen. Het Hof van Cassatie oordeelde dat het Arbeidshof het hoger beroep terecht onontvankelijk had verklaard omdat het ministerieel goedkeuringsbesluit met machtoverschrijding werd genomen.⁸⁴⁷ Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de bepaling van een koninklijk besluit die de leidend ambtenaar van de Hulpkas voor werkloosheidsverzekeringen toestaat zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid in rechte te delegeren aan een personeelslid. Volgens het Hof van Beroep te Bergen moet die bepaling buiten toepassing worden gelaten wegens strijdigheid met artikel 728, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek, waaruit duidelijk zou blijken “qu’en aucun cas, la personne morale ne peut comparaître par un mandataire ou par un tiers”, met als gevolg dat de appellant niet geldig vertegenwoordigd blijkt te zijn.⁸⁴⁸

b. Onteigeningsbesluiten

272. De onteigeningsgeschillen behoren tot de bevoegdheid van de gewone rechter, met name op grond van de wet van 7 mei 1835 op de onteigening ten algememen nutte en de wet van 26 juli 1962 betreffende de rechtspleging bij hoogdringende omstandigheden inzake de onteigeningen te algememen nutte. Die wetten regelen de procedure die moet worden gevolgd

⁸⁴³ Bv. het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State, zie RvS 25 maart 1998, nr. 72.718, gemeente Heusden-Zolder, of het Regentsbesluit van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State, zie RvS 4 oktober 2002, nr. 111.029, Beelen.

⁸⁴⁴ Een referentieadres wordt voor de toepassing van artikel 1057 van het Gerechtelijk Wetboek gelijkgesteld met een woonplaats in de zin van artikel 36 van hetzelfde wetboek, maar kan maar onder de strikte voorwaarden bepaald in artikel 1, § 2, van de wet van 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters en de identiteitskaarten worden toegekend.

⁸⁴⁵ Cass. 16 juni 2006, C.05.0287.F, *RCJB* 2009, 5, noot D. DE ROY.

⁸⁴⁶ D. DE ROY, “L’exception d’illégalité instituée par l’article 159 de la Constitution: de la vision d’apocalypse à la juste mesure”, noot onder Cass. 16 juni 2006, C.05.0287.F, *RCJB* 2009, 24 en 37, die ook nog tal van andere voorbeelden vermeldt.

⁸⁴⁷ Cass. 13 oktober 2008, S.08.0017.F, *Arr.Cass.* 2008, 2203, nr. 543.

⁸⁴⁸ Bergen 11 oktober 2002, *RRD* 2003, 182. Vgl. GwH 18 februari 2010, nr. 12/2010.

indien de partijen niet akkoord gaan over de voorwaarden inzake de eigendomsoverdracht na onteigening. Het komt respectievelijk de rechtbank van eerste aanleg (wet van 1835) en de vrederechter (wet van 1962) toe de wettigheid van het onteigeningsbesluit te onderzoeken. In de praktijk wordt de spoedprocedure (wet van 1962) het meest toegepast.⁸⁴⁹

Artikel 7 van de wet van 26 juli 1962 legt de onteigende op om zijn wettigheidsbezwaren onmiddellijk bij de inleiding van de procedure op te werpen. Daarmee wordt de uitoefening van de exceptie van onwettigheid met toepassing van artikel 159 van de Grondwet strikter geregeld dan in andere procedures, hetgeen sommigen doet twifelen aan de grondwettigheid van de door de wetgever opgelegde beperking.⁸⁵⁰ Het Grondwettelijk Hof daarentegen heeft de regeling grondwettig bevonden (*infra* nr. 273). Wel is het uiteraard zo dat de rechter minder tijd zal hebben om de wettigheidstoets op een diepgaande wijze uit te oefenen. Hij is meer bepaald verplicht om binnen achtenveertig uur uitspraak te doen. Een meer oppervlakkige wettigheidscontrole is echter inherent aan een spoedprocedure (*supra* nr. 204).

273. De voormelde grondwettigheidsvraag is reeds geruime tijd beslecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.⁸⁵¹ Niet alleen wordt de wettigheidstoetsing door de gewone rechter krachtens artikel 159 van de Grondwet gelijkwaardig geacht aan de wettigheidstoetsing door de Raad van State (*infra* nr. 384), ook de korte termijn om de wettigheidstoetsing uit te oefenen wordt volgens het Grondwettelijk Hof voldoende gecompenseerd met name door, enerzijds, de mogelijkheid voor de vrederechter om de bij hem aanhangig gemaakte vordering van de onteigende overheid te verwerpen indien de in het onteigeningsbesluit aangevoerde dringende noodzakelijkheid niet of niet meer bestaat en, anderzijds, de mogelijkheid waarin artikel 16 van de wet van 26 juli 1962 voorziet, voor de eigenaar en de belanghebbende derden, om een vordering tot herziening in te stellen bij de rechtbank van eerste aanleg en waarbij zij wettigheidsbezwaren kunnen inroepen die niet voor de vrederechter werden aangevoerd.

Voor het overige vereist het algemeen nut dat, na het wettigheidstoezicht van de vrederechter, de onteigenaar onmiddellijk in het bezit wordt gesteld van het onteigende goed. De latere vaststelling van de onwettigheid van de onteigening zal de eigenaar ertoe in staat stellen het volledige herstel van het door hem geleden nadeel te verkrijgen, hetzij *in natura*, hetzij door de tegenwaarde. Het risico dat hij loopt niet de integrale teruggave van zijn goed te verkrijgen, is

⁸⁴⁹ D. D'HOOGHE en L. SCHELLEKENS, "De interferentie tussen kortgedingprocedures voor de Raad van State en gerechtelijke procedures voor andere rechtsmachten", in G. DEBERSAQUES, M. VAN DAMME, S. DE CLERCQ en G. LAENEN (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 230. Zie evenwel G. JACOBS en C. VAN DEN BERGH, "Hoogdringendheid niet langer de regel bij onteigeningen, of hoe een uitzondering terug een uitzondering werd", noot onder RvS 12 oktober 2009, nr. 196.803, Brans e.a., *RABG* 2010, 358-361.

⁸⁵⁰ J. DE STAERCKE en J. GHYSELS, "Artikel 159 van de Grondwet als directe vordering", in *De wettigheidstoets*, 114.

⁸⁵¹ Zie daarover o.a. G. DEBERSAQUES, "De rechtsmacht van de Raad van State inzake de onteigening van algemene nutte", *TBP* 2000, 12-19; P. LEWALLE, "La place de la justice administrative dans la Constitution: la répartition des compétences entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat", in *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 167-175; P. LEWALLE, "L'expropriation pour cause d'utilité publique", in *Contrainte, limitation et atteinte à la propriété*, coll. CUP, vol. 78, Brussel, Larcier, 2005, 7-113; P. PEETERS, "De rechtsbescherming door het Arbitragehof en de Raad van State in het onteigeningscontentieux", in J. GHYSELS, R. PALMANS en A. VAN OEVELEN (eds.), *De onteigeningsprocedure*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 1-28 (vooral 1-13).

naar het oordeel van het Grondwettelijk Hof geen onevenredig gevolg van de onteigeningsprocedure bij hoogdringende omstandigheden, ten aanzien van het nadeel dat het algemeen belang zou kunnen lijden indien de inbezitneming door de onteigenaar zou worden uitgesteld totdat alle rechtsmiddelen waarover de onteigende beschikt, zouden zijn uitgeput.⁸⁵²

Wanneer er wel een onteigeningsbesluit is, maar de onteigeningsprocedure wordt niet opgestart, kan er sprake zijn van een onteigeningsdreiging, die aanleiding kan geven tot een aansprakelijkheidsvordering en die op haar beurt het wettigheidstoezicht op het onteigeningsbesluit kan activeren.⁸⁵³

c. Verkavelingsvergunningen

274. Een verkavelingsvergunning heeft een tweeslachtig karakter.⁸⁵⁴ Aan de ene kant is het een individuele bestuurshandeling, die meer bepaald de vergunninghouder toelating geeft om het decretale verkavelingsverbod op te heffen en om een bepaalde grond op te splitsen in kavels. Aan de andere kant heeft een verkavelingsvergunning, anders dan een bouwvergunning, een verordenend karakter, doordat zij voorschriften bevat die de relatie tussen de overheid en de vergunninghouder overstijgen en die zich tot derden richten, meer bepaald de kopers van de kavels. Opdat zij een bouwvergunning kunnen krijgen, moet deze overeenstemmen met de verkavelingsvergunning.⁸⁵⁵ De verkavelingsvergunning heeft in dat opzicht “een waarde die vergelijkbaar is met die van een bijzonder plan van aanleg doordat haar functie niet alleen erin bestaat de kopers en de gemeenten te beschermen, maar ook het algemeen belang te vrijwaren door een goede ruimtelijke ordening”.⁸⁵⁶

In sommige arresten (van de Nederlandstalige kamers) heeft de Raad van State geoordeeld dat het deels verordenend karakter van een verkavelingsvergunning niet tot gevolg heeft dat daardoor het karakter van individuele rechtscheppende beschikking van dergelijke vergunning wezenlijk zou worden gewijzigd. Zodra de vergunning definitief is geworden, zou artikel 159 van de Grondwet bijgevolg geen toepassing meer kunnen vinden (*infra* nr. 569).⁸⁵⁷ Andere arresten (van de Franstalige kamers) daarentegen gaan ervan uit, op grond van het deels verordenend

⁸⁵² GwH 28 maart 2002, nr. 68/2002, B.6. Zie ook reeds GwH 14 juli 1992, nr. 57/92, B.7-B.12; GwH 23 december 1992, nr. 80/92, B.7-B.12; GwH 27 oktober 1993, nr. 75/93, B.10-B.16; GwH 22 juni 1995, nr. 51/95, B.4.1-B.6; GwH 28 september 1995, nr. 66/95, 5-8; GwH 30 oktober 2001, nr. 135/2001, B.3-B.10. M.b.t. de wet van 17 april 1835, zie GwH 23 december 1992, nr. 80/92, B.4-B.12.

⁸⁵³ J. GHYSELS en R. PALMANS, “Schadeloosstelling en rechtsherstel bij onwettige onteigening”, in R. PALMANS en S. VERBIST (eds.), *De onteigeningsvergoeding. Het juridisch regime*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 115.

⁸⁵⁴ Zie A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 395; T. EYSKENS, “Over het tweeslachtige karakter van een verkavelingsvergunning: tegelijk van verordenende en van individuele aard”, noot onder RvS 23 februari 2006, nr. 155.477, gemeente Sint-Gillis-Waas, *TROS* 2007, 247-253.

⁸⁵⁵ R. LEYSEN, “Het rechtskarakter van de verkavelingsvergunning”, *TBP* 1983, 183.

⁸⁵⁶ GwH 19 november 2003, nr. 147/2003, B.8.1. Zie ook reeds Cass. 13 april 1984, *Arr.Cass.* 1984, 1081, nr. 472.

⁸⁵⁷ RvS 30 november 2000, nr. 91.262, Van den Bergh en De Vil; RvS 28 februari 2008, nr. 180.188, nv Laboratoires Nelly de Vuyst.

karakter van de verkavelingsvergunning, dat de toepassing van de verordenende bepalingen ervan wel nog kan worden geweigerd op grond van artikel 159 van de Grondwet.⁸⁵⁸

275. Artikel 4.2.15, § 2, van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening bepaalt nu uitdrukkelijk dat een verkavelingsvergunning reglementaire voorschriften bevat aangaande de wijze waarop de verkaveling wordt ingericht en kavels kunnen worden bebouwd. Bovendien wordt het tweeledige karakter van de verkavelingsvergunning bevestigd doordat enkel het individuele deel van de verkavelingsvergunning aan de formele motiveringsplicht is onderworpen.⁸⁵⁹

Het komt daarom als meest logische oplossing voor dat ook voor de toepassing van artikel 159 van de Grondwet een onderscheid wordt gemaakt tussen het individuele deel en het reglementaire deel van de verkavelingsvergunning: in zoverre zij individuele rechten verleent (meer bepaald de toelating om te verkavelen), wordt zij – althans overeenkomstig de rechtspraak van de Raad van State op dat punt (*infra* nr. 569) – onaantastbaar; in zoverre zij verordenende bepalingen bevat (meer bepaald de voorschriften die aan de toelating worden verbonden, ook wel aangeduid als “verkavelingsplan”), kan de incidentele wettigheidstoetsing wel nog plaatsvinden.⁸⁶⁰

d. Herstelvorderingen

276. Op grond van artikel 6.1.41, § 1, van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (het vroegere artikel 149, § 1, van het decreet ruimtelijke ordening⁸⁶¹) beveelt de rechtbank de plaats in de oorspronkelijke toestand te herstellen of het strijdige gebruik te staken, en/of bouw- of aanpassingswerken uit te voeren en/of een geldsom te betalen gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen. Die maatregelen zijn geen straffen, maar zij liggen wel in het verlengde van de strafsanctie nu zij erop zijn gericht – buiten de strafrechtelijke veroordeling – te vermijden dat de situatie van overtreding blijft bestaan.⁸⁶²

De keuze van de herstelmaatregel komt in beginsel toe aan de stedenbouwkundige inspecteur en aan het college van burgemeester en schepenen. Die overheden zijn niet gemachtigd om een misdrijf bij de strafgerechten aanhangig te maken, doch enkel om de wijze van herstel aan

⁸⁵⁸ RvS 18 oktober 2001, nr. 99.919, Fortemps, *JLMB* 2002, 369, noot D. LAGASSE; RvS 6 november 2003, nr. 125.115, Gheza; RvS 17 maart 2010, nr. 201.979, Schoonbroodt en Pitsch.

⁸⁵⁹ *Parl.St.* VI.Parl. 2008-2009, nr. 2011/1, 112.

⁸⁶⁰ Zie ook R. LEYSEN, “Het rechtskarakter van de verkavelingsvergunning”, *TBP* 1983, 195: in het individuele deel “gaat de overheid in op een verzoek om een vergunning nadat ze de aanvraag heeft getoetst aan de bestaande wettelijke regeling”; in het reglementaire deel “maakt ze van die gelegenheid gebruik om normen uit te vaardigen ter aanvulling van lacunes in de bestaande plannen van aanleg”. *Contra* D. LAGASSE, “Le contrôle sans limite de temps ni de moyens de la légalité d’un permis de lotir”, noot onder RvS 18 oktober 2001, nr. 99.919, Fortemps, *JLMB* 2002, 373-381. Zie ook reeds D. LAGASSE, “L’étendue temporelle et matérielle du contrôle de légalité des permis de lotir par le Conseil d’Etat”, noot onder RvS 27 januari 1999, nr. 78.370, Fortemps en RvS 11 maart 1999, nr. 79.235, gemeente Terhulpen, *Rev.not.b.* 2000, 459-465.

⁸⁶¹ Decreet van het Vlaamse Gewest van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, *BS* 8 juni 1999.

⁸⁶² GwH 28 maart 2002, nr. 57/2002, B.5.5; GwH 15 oktober 2002, nr. 152/2002, B.5.5; GwH 26 november 2003, nr. 154/2003, B.3.4; GwH 19 januari 2005, nr. 10/2005, B.5.

te geven die in het algemeen belang moet worden uitgesproken indien het misdrijf is bewezen. De herstellvordering is derhalve afhankelijk van de beslissing van het parket om het misdrijf al dan niet te vervolgen.

Het Grondwettelijk Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat het inzake stedenbouw en ruimtelijke ordening van essentieel belang is dat de beoordeling wordt overgelaten aan een overheid die oordeelt op grond van het algemeen belang (*infra* nr. 460). De vordering tot het nemen van de hoger vermelde herstelmaatregelen is door de decreetgever ingevoerd met het oog op de vrijwaring van een goede ruimtelijke ordening. Herstelmaatregelen kunnen op die basis slechts worden bevolen op vordering van de stedenbouwkundige inspecteur en/of het college van burgemeester en schepenen. Hun optreden steunt op hun wettelijke opdracht om het algemeen stedenbouwkundig belang te behartigen. Het behoort tot de bevoegdheid van de rechter de ingestelde vordering op haar externe en interne wettigheid te toetsen en te onderzoeken of ze strookt met de wet dan wel of ze op machtsoverschrijding of machtsafwending berust.

De hoven en rechtbanken moeten in elk geval nagaan of de beslissing van de gemachtigde ambtenaar en/of het college van burgemeester en schepenen om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen, uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen. Wanneer zou blijken dat de vordering van de overheid steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van de goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is, zouden de hoven en rechtbanken die vordering, met toepassing van artikel 159 van de Grondwet, zonder gevolg moeten laten.⁸⁶³

277. Op de draagwijdte van het rechterlijk wettigheidstoezicht op stedenbouwkundige herstellvorderingen wordt in een later hoofdstuk dieper ingegaan (*infra* nrs. 534-540).

e. *Rulings*⁸⁶⁴

278. Voorafgaande beslissingen in fiscale zaken, de zogenaamde “rulings”, zijn de juridische handelingen waarbij de Dienst voor voorafgaande beslissingen van de Federale Overheidsdienst Financiën, optredend als administratieve overheid, overeenkomstig de van kracht zijnde bepalingen vaststelt hoe de wet wordt toegepast op een bijzondere situatie of verrichting die op fiscaal vlak nog geen uitwerking heeft gehad. Alle belastingplichtigen, zowel particulieren als vennootschappen, kunnen de belastingadministratie om een voorafgaande beslissing verzoeken.⁸⁶⁵

⁸⁶³ GwH 28 maart 2002, nr. 57/2002, B.11-B.12.1; GwH 15 oktober 2002, nr. 152/2002, B.11-B.12.1; GwH 14 januari 2003, nr. 4/2003, B.4-B.5.1; GwH 1 maart 2005, nr. 46/2005, B.17-B.18.1. Zie ook reeds GwH 21 maart 1996, nr. 21/96, B.5-B.6.

⁸⁶⁴ Zie daarover E. VAN DE VELDE, ‘Afspraken’ met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen, Brussel, Larcier, 2009, 589 p. en H. VANDEBERGH, “Over ‘Afspraken met de fiscus’ en het conflict tussen legaliteitsbeginsel, vertrouwensbeginsel en gelijkheidsbeginsel”, *TFR* 2010, 779-792.

⁸⁶⁵ J.J. COUTURIER, B. PEETERS en N. PLETS, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2010, 85.

De voorafgaande beslissing bindt de Federale Overheidsdienst Financiën, behalve “indien blijkt dat de voorafgaande beslissing niet in overeenstemming is met de bepalingen van de verdragen, van het gemeenschapsrecht of van het interne recht”.⁸⁶⁶

Hoewel bedoeld om de belastingplichtige rechtszekerheid te verschaffen,⁸⁶⁷ ontsnappen “rulings” dus niet aan het wettigheidsbeginsel noch aan het sanctiemechanisme van artikel 159 van de Grondwet.⁸⁶⁸

f. *Collectieve arbeidsovereenkomsten*

279. Krachtens artikel 26, tweede lid, van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, zoals ingevoegd door artikel 107 van de wet van 20 juli 1991, is de in het paritair orgaan gesloten overeenkomst niet vatbaar voor vernietiging door de Raad van State.⁸⁶⁹

In tegenstelling tot gewone verordeningen, die in beginsel unilateraal zijn wat hun totstandkoming betreft en niet alleen wat hun gevolgen betreft, zo oordeelt het Grondwettelijk Hof, is een in een paritair orgaan gesloten overeenkomst het resultaat van onderhandelingen tussen één of meer werknemersorganisaties en één of meer werkgeversorganisaties, die daarbij rechtmatig de bevrediging van privé-belangen nastreven. Die bijzonderheid vormt een objectief verschil, dat echter op zichzelf niet volstaat om een verschil in behandeling te verantwoorden.⁸⁷⁰ De maatregel zou onevenredig zijn indien de wetgever niet had voorzien in een substantiële toetsing van de wettigheid van collectieve overeenkomsten omdat dan aan een categorie van personen een essentiële rechterlijke waarborg zou zijn ontzegd. Dat is evenwel niet het geval:

“De wetgever heeft de bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomsten die strijdig zijn met de dwingende bepalingen van wetten, besluiten en in België bindende internationale verdragen en verordeningen als nietig aangemerkt (artikel 9, 1°, van de wet van 5 december 1968). Hij heeft een hiërarchie onder de collectieve arbeidsovereenkomsten zelf ingesteld (artikel 10 van de wet van 5 december 1968). Hij heeft aan de arbeidsrechtbanken de bevoegdheid toegekend om kennis te nemen van individuele geschillen betreffende de toepassing van de collectieve arbeidsovereenkomsten (artikel 578, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek, zoals gewijzigd bij

⁸⁶⁶ Artikel 23, tweede lid, 4°, van de wet van 24 december 2002 tot wijziging van de vennootschapsregeling inzake inkomstenbelastingen en tot instelling van een systeem van voorafgaande beslissingen in fiscale zaken (BS 31 december 2002).

⁸⁶⁷ GwH 17 mei 2006, nr. 77/2006, B.6.4.

⁸⁶⁸ Over de draagwijdte van dat wettigheidstoezicht, zie P. VAN ORSHOVEN, “Waarom gemakkelijk... Over afspraken met de fiscus”, in *Recht zonder omwegen: fiscale opstellen aangeboden aan prof dr. J.J. Couturier*, Brussel, Larcier, 1999, 103-108.

⁸⁶⁹ Een buiten het paritair orgaan gesloten overeenkomst is evenmin vatbaar voor een beroep tot vernietiging bij de Raad van State, omdat zij “niet valt onder de bepalingen van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State” (RvS 20 december 1995, nr. 57.142, Vandendurpel en Mayne). Een koninklijk besluit houdende algemene bindendverklaring van een collectieve arbeidsovereenkomst daarentegen blijft wel onderworpen aan de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State, maar de gebeurlijke vernietiging betreft dan slechts de gevolgen die het koninklijk besluit aan de collectieve arbeidsovereenkomst verleent, J.F. NEVEN en P. JOASSART, “Le contrôle de légalité des conventions collectives de travail”, in J.P. CORDIER (ed.), *Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail*, Brussel, Bruylant, 2008, 71.

⁸⁷⁰ GwH 19 mei 1993, nr. 37/93, B.7.1.

artikel 67 van de wet van 5 december 1968). Blijkens de parlementaire voorbereiding slaat bedoeld artikel 578, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek op geschillen die betrekking hebben op alle bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst en dit ongeacht of het geschil werd ingeleid door een individu of door een organisatie.”⁸⁷¹

Door aldus de vaststelling van de nietigheid van een collectieve arbeidsovereenkomst toe te vertrouwen aan rechtscolleges met een specifieke, paritaire samenstelling, namelijk de arbeidsgerechten, heeft de wetgever het wettigheidstoezicht dat krachtens artikel 159 van de Grondwet aan de hoven en de rechtbanken toekomt bevestigd, rekening houdend zowel met de eigen aard van het sociaal recht als met de belangen van de rechtzoekenden. Wegens het bestaan van die toetsingsmechanismen zoals zij zijn omschreven in de wet van 5 december 1968 – waaraan de wet van 20 juli 1991 geen afbreuk heeft gedaan – is de uitsluiting van de bevoegdheid van de Raad van State volgens het Grondwettelijk Hof niet discriminerend.⁸⁷²

280. Het bestaan van de incidentele wettigheidstoetsing op grond van artikel 159 van de Grondwet volstaat bijgevolg om een schending van het gelijkheidsbeginsel af te wenden, maar in de rechtsleer is niettemin opgeworpen dat de bestaande situatie “réduit les garanties du citoyen et ce qu’elle ne permet pas à toute personne intéressée d’obtenir l’annulation *erga omnes* de toutes ou de certaines conventions collectives de travail” (zie ook *infra* nr. 382).⁸⁷³

Afdeling 2 – Wetgevende akten

281. Wetgevende akten vallen buiten het bereik van artikel 159 van de Grondwet, dat immers enkel betrekking heeft op “de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen”. Als die grondwetsbepaling echter wordt opgevat als “een bijzondere toepassing van het meer algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de rechter geen toepassing mag maken van een beslissing, met name een norm, waarbij een hogere bepaling wordt geschonden” (*supra* nr. 20), dan rijst de vraag of de rechter toch niet verplicht is, op grond van dat algemeen rechtsbeginsel, om wetgevende akten buiten toepassing te laten indien hij ze strijdig bevindt met hogere rechtsnormen.

Een bekende uitdrukking van dat beginsel is terug te vinden in de zaak *Marbury versus Madison* van het Amerikaanse *Supreme Court*, waarin Chief Justice Marshall in zijn opinie voor het Hof van oordeel was dat het voorrang geven aan de Grondwet op de wet tot de essentie van de rechterlijke opdracht behoort:

“So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules govern the case. This is the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to

⁸⁷¹ GwH 19 mei 1993, nr. 37/93, B.8, met verwijzing naar *Parl.St.* Senaat 1967-68, nr. 78, p. 113.

⁸⁷² GwH 19 mei 1993, nr. 37/93, B.8.

⁸⁷³ T. BOMBOIS, P. JOASSART en F. PIRET, “Constitution et conventions collectives”, in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d’un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 171.

any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.”⁸⁷⁴

§ 1. De toetsing van wetgevende normen aan grondwettelijke bepalingen

282. De vraag of een rechter de grondwettigheid van wetten mag controleren, moet volgens Alen in het licht van de door de Grondwet tot stand gebrachte bevoegdheidsverdeling worden beantwoord. De visie van Chief Justice Marshall in de zaak *Marbury versus Madison* dat het voorrang geven aan de Grondwet op de wet behoort tot “the very essence of judicial duty” (*supra* nr. 281), kan met andere woorden slechts opgaan voor zover zij niet wordt tegengesproken, noch door de tekst van de Grondwet, noch door de algemene geest die hierin tot uiting komt.⁸⁷⁵

Uit het stilzwijgen van de Belgische Grondwet van 1831 ten aanzien van de controle van de wetgever, kon volgens sommigen worden afgeleid dat de rechter die een on(grond)wettige bestuurshandeling niet mag toepassen, *a fortiori* een ongrondwettige wet buiten toepassing moet laten.⁸⁷⁶ Anderen hebben echter uit de algemene geest van de Grondwet “de juridische voorrang van de wetgevende macht” afgeleid.⁸⁷⁷

283. Wat er ook van zij, de rechtspraak heeft zich nooit op het pad van de toetsing van wetgevende normen begeven. Midden jaren zeventig lijkt het Hof van Cassatie even te aarzelen,⁸⁷⁸ maar dat pad is afgesloten sinds de grondwetgever een bijzonder rechtscollege, oorspronkelijk “Arbitragehof” en thans “Grondwettelijk Hof” genaamd, met een grondwettigheidscontrole van wetgevende normen (wetten, decreten en ordonnanties) heeft belast. *A contrario* moet daaruit worden afgeleid dat de gewone hoven en rechtbanken en ook de Raad van State (en andere administratieve rechtscolleges) niet bevoegd zijn om een wet te toetsen aan de Grondwet.⁸⁷⁹

⁸⁷⁴ US Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), opgenomen in G.R. STONE, L.M. SEIDMAN, C.R. SUNSTEIN en M.V. TUSHNET, *Constitutional Law*, Third Edition, Aspen Law & Business, 1996, 23 en ook in A. ALEN, *Jurisprudentie van het Belgisch Staatsrecht. Het Belgisch Staatsrecht in 200 arresten*, Leuven, Acco, 2000, 52.

⁸⁷⁵ A. ALEN, “*Scheiding*” of “*samenwerking*” der machten?, Brussel, Academiae Analecta, 1990, 19-20.

⁸⁷⁶ Zie de verwijzingen in A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 441-444 en II, 876-897; P. MARTENS, “La Cour de cassation, la Constitution et la Cour constitutionnelle: la paix des juges?”, *JT* 2007, 653.

⁸⁷⁷ Zie de verwijzingen in A. ALEN, “*Scheiding*” of “*samenwerking*” der machten?, Brussel, Academiae Analecta, 1990, 20; A. ALEN, “De raadsels van artikel 107 van de Belgische Grondwet”, *RW* 1983-84, 1734-1756; A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 444-446 en II, 867-875.

⁸⁷⁸ P. MARTENS, “La Cour de cassation, la Constitution et la Cour constitutionnelle: la paix des juges?”, *JT* 2007, 653, met verwijzing naar Cass. 3 mei 1974, *JT* 1974, 567. Waarna de Senaat op 26 juni 1975 eenparig een wetsvoorstel goedkeurde krachtens welk “de hoven en rechtbanken niet oordelen over de grondwettigheid van wetten en decreten”, wetsvoorstel waaraan door de Kamer van volksvertegenwoordigers geen verder gevolg werd gegeven, A. ALEN, *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiek recht*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 113. Zie over dat wetgevend initiatief, F. DELPÉRÉE, “Au nom de la loi”, *JT* 1975, 489-496.

⁸⁷⁹ Bv. Cass. 9 juni 1999, P.99.0117.F, *Arr.Cass.* 1999, 792, nr. 339. Een ordonnantie is wel aan een beperkt rechterlijk grondwettigheidstoezicht onderworpen (zie artikel 9 van de Bijzondere Wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen), *infra* nr. 298.

Wanneer de wet echter onduidelijk is, kan de gewone rechter wel een zekere grondwettigheidscontrole uitoefenen, in die zin dat de rechter moet uitgaan van het redelijk vermoeden dat de wetgever niet de bedoeling kan hebben gehad de Grondwet te schenden.⁸⁸⁰ Een wet die voor meerdere interpretaties vatbaar is, moet met andere woorden grondwetsconform worden geïnterpreteerd.⁸⁸¹ Van zodra echter de betekenis van de wet duidelijk is en geen ruimte laat voor interpretatie, dient de rechter de wet toe te passen en kan hij haar toepassing niet wegens ongrondwettigheid weigeren.⁸⁸²

Daarnaast zijn de lagere rechtscolleges⁸⁸³ tevens bevoegd om vast te stellen dat een wettelijke norm de grondwetsartikelen waaraan het Grondwettelijk Hof vermog te toetsen klaarblijkelijk niet schendt. Die vaststelling stelt hen vrij van de principiële verplichting om over die norm een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.⁸⁸⁴ De rechtscolleges, zowel lagere als hogere, zijn evenmin verplicht een prejudiciële vraag te stellen wanneer zij oordelen over een spoedeisende vordering waaromtrent de uitspraak slechts een voorlopig karakter heeft of over de handhaving van de voorlopige hechtenis én er “geen ernstige twijfel” bestaat over de verenigbaarheid van de wetgevende norm met de toetsingsnormen.⁸⁸⁵ In beide voormelde gevallen kan de rechter alleen tot de grondwettigheid van de wetgevende norm besluiten. Hij zou niet op eigen gezag de wetgevende norm strijdig met de Grondwet kunnen achten.⁸⁸⁶

Wanneer echter het Grondwettelijk Hof een wetgevende norm in een prejudicieel arrest reeds strijdig heeft bevonden met de Grondwet mag, of beter moet, een rechter die norm – behoudens wanneer het rechtszekerheidsbeginsel zich daartegen verzet (*supra* nr. 132) – buiten toepassing laten.⁸⁸⁷ Hij toetst de norm dan immers niet zelf aan de Grondwet.⁸⁸⁸

§ 2. De toetsing van wetgevende normen aan bepalingen van internationaal recht

284. De toetsing van wetgevende normen, door de gewone hoven en rechtbanken aan de Grondwet mag dan zijn uitgesloten, er zijn nog andere hogere rechtsnormen waaraan een wetgevende norm kan worden getoetst.

⁸⁸⁰ Cass. 20 april 1950 (Waleffe), *Arr.Cass.* 1950, 517, *Pas.* 1950, I, 560, concl. L. CORNIL.

⁸⁸¹ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, “Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen”, in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, 56. Ook het Grondwettelijk Hof hanteert de techniek van de grondwetsconforme interpretatie, zie o.a. P. MARTENS en B. RENAULD, “L’interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée”, in A. ARTS e.a. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, 25-26.

⁸⁸² A. ALEN, *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiek recht*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 113.

⁸⁸³ Meer bepaald de rechtscolleges waarvan de beslissing vatbaar is voor hoger beroep, verzet, voorziening in cassatie of beroep tot vernietiging bij de Raad van State. Zie echter ook *infra* nr. 295.

⁸⁸⁴ Artikel 26, § 2, derde lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

⁸⁸⁵ Artikel 26, § 3, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

⁸⁸⁶ A. ALEN en J. CLEMENT, “De hiërarchie der rechtsnormen”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2006, 11.

⁸⁸⁷ Zie artikel 26, § 2, tweede lid, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof. Over het nieuwe artikel 26, § 4, van dezelfde bijzondere wet, zie *infra* nr. 295.

⁸⁸⁸ Cass. 29 mei 1998, C.97.0151.F, *Arr.Cass.* 1998, 624, nr. 281.

Anders dan bijvoorbeeld de Nederlandse Grondwet (*supra* nr. 176), regelt de Belgische Grondwet niet de verhouding tussen internationaalrechtelijke regels en het interne recht. Bij gebrek aan grondwettelijke regeling heeft die verhouding, zoals in Frankrijk (*supra* nr. 168), vorm gekregen in de rechtspraak.

De Belgische rechtscolleges gaan daarbij uit van een monistische benadering. In een dergelijke benadering, die het recht als een eenheid beschouwt, maakt een verdrag deel uit van de rechtsorde indien aan de volgende voorwaarden is voldaan: (1) het verdrag heeft de instemming verkregen van alle bevoegde parlementaire vergaderingen,⁸⁸⁹ (2) het verdrag is bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* en (3) het verdrag is op het internationale vlak in werking getreden.⁸⁹⁰

De voorrang van de internationale regel op de nationale regel is in feite, zoals de “voorrangregel” vervat in artikel 159 van de Grondwet (voorrang van de “wet” op de bestuurshandeling), eveneens “een bijzondere toepassing van het meer algemene rechtsbeginsel volgens hetwelk de rechter geen toepassing mag maken van een beslissing, met name een norm, waarbij een hogere bepaling wordt geschonden” (*supra* nr. 20).

285. Dat het internationaal recht voorrang heeft op nationale wetgeving wordt nauwelijks betwist.⁸⁹¹ Het Hof van Cassatie legde die voorrang vast in het arrest *Franco Suisse le Ski*, ook bekend als het smeerkaasarrest (*infra* nr. 286). Zowel de Raad van State⁸⁹² als het Grondwettelijk Hof⁸⁹³ hebben die voorrang vervolgens erkend. De hoogste rechtscolleges geven

⁸⁸⁹ Zie artikel 167 van de Grondwet: “§ 2. De Koning sluit de verdragen, met uitzondering van die welke betrekking hebben op de aangelegenheden bedoeld in § 3. Deze verdragen hebben eerst gevolg nadat zij de instemming van de Kamers hebben verkregen.

§ 3. De in artikel 121 bedoelde Gemeenschaps- en Gewestregeringen sluiten, ieder wat haar betreft, de verdragen die betrekking hebben op de aangelegenheden waarvoor hun Parlement bevoegd is. Deze verdragen hebben eerst gevolg nadat zij de instemming van het Parlement hebben verkregen.”

⁸⁹⁰ Als dat laatste niet het geval is, kan de rechter toch reeds rekening houden met het verdrag bij de uitlegging van het interne recht, bv. Cass. 13 januari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 568, waarin het Hof rekening houdt met de wet van 17 juli 1970 houdende instemming met het – nooit in werking getreden – Verdrag ondertekend op 29 februari 1968 te Brussel betreffende de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen (voorbeeld dat wordt aangehaald in M. BOSSUYT en J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 154, vn. 480) en GwH 7 juni 2007, nr. 81/2007, B.9.2, waarin het Hof rekening houdt met het (toen nog) niet juridisch bindende Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, afgekondigd te Nice op 7 december 2000. Zie daarover J. THEUNIS, “Grondwettelijk Hof of grondrechtenhof? De evenredigheid van de straf als casus”, in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 173-196.

⁸⁹¹ Voor een kritisch geluid, zie evenwel J.-S. JAMART, “Observations sur l’argumentation: la primauté du droit international”, *RBDC* 1999, 109-136 en L. FRANÇOIS, “Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles”, *JT* 2005, 261-266. Zie ook E. SLAUTSKY, “De la hiérarchie entre Constitution et droit international. Réflexions au départ de l’arrêt de la Cour de Cassation du 16 novembre 2004”, *APT* 2009, 227-242.

⁸⁹² RvS 5 november 1996, nr. 62.922, Orfinger. Zie ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Syllabusuitgave, deel I, Kluwer, Mechelen, 2008, 25.

⁸⁹³ Zie P. VANDEN HEEDE en G. GOEDERTIER, “De doorwerking van het internationaal recht in de rechtspraak van het Arbitragehof”, in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 239-294. Zie ook *infra* nr. 296.

het monisme wel een andere invulling, meer bepaald wat het vereiste van directe werking betreft (*infra* nrs. 344-345).

Minder eensgezindheid is er over de vraag of de voorrang van de internationale regel ook geldt ten aanzien van de Grondwet. Immers, niet alleen geven de hoogste rechtscolleges het monisme een andere invulling, zij hanteren voor het monisme ook een andere grondslag (internationaalrechtelijk dan wel grondwettelijk). Terwijl het Hof van Cassatie en de Raad van State een uitgesproken monisme huldigen (*infra* nr. 287), neemt het Grondwettelijk Hof een meer voorwaardelijke houding aan (*infra* nrs. 292 en 296). Het verschillende uitgangspunt van de hoogste rechtscolleges doet, met name op het vlak van de toetsing van wetgevende normen aan grondrechten, een conflictzone ontstaan. Met een bijzondere wet van 12 juli 2009 heeft de bijzondere wetgever dat veld trachten te ontmijnen (*infra* nr. 295).

a. *Het Hof van Cassatie: de smeerkaas-doctrine*

286. Om de voorrang van een verdrag te kunnen afdwingen, is het niet voldoende dat het verdrag deel uitmaakt van onze rechtsorde, het moet volgens het Hof van Cassatie ook “directe werking” hebben. Sedert het arrest *Franco-Suisse Le Ski* (of het zogenaamde smeerkaasarrest)⁸⁹⁴ moet elke rechter voorrang geven aan “internationale en supranationale rechtsnormen die rechtstreekse gevolgen hebben in de interne rechtsorde” (*infra* nr. 345).⁸⁹⁵

Hoewel artikel 159 van de Grondwet slechts een wettigheidscontrole toestaat van bestuurshandelingen, zijn wetgevende normen op grond van het voormelde smeerkaasarrest eveneens aan een controle onderworpen. Naar analogie met de “exceptie van onwettigheid”⁸⁹⁶ wordt die controle de “exceptie van internationale onrechtmatigheid” genoemd⁸⁹⁷ (of “exception d’inconventionnalité”, *supra* nr. 168).

Gebruik makend van die controlebevoegdheid kan elke rechter oordelen over de verenigbaarheid van een wetgevende norm met een internationale norm met directe werking.

⁸⁹⁴ Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, 959, *Pas.* 1971, 886, concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

⁸⁹⁵ Cass. 17 december 2002, P.02.1233.N, *Arr.Cass.* 2002, 2782, nr. 679.

⁸⁹⁶ Sommigen zien hierin ook een toepassing van de “exceptie van onwettigheid”, zie met name P. NIHOUL, “Les lois de validation et le Conseil d’Etat: quand le législateur et la Cour d’arbitrage interfèrent dans le contentieux administratif ...”, *APT* 2004, 87. Wellicht wordt daarmee niet zozeer artikel 159 van de Grondwet bedoeld, maar wel het hoger vermeldde “algemeen rechtsbeginsel” (*supra* nr. 281), want in het in vorige voetnoot vermeldde arrest heeft het Hof van Cassatie opgemerkt dat artikel 159 van de Grondwet “niets uitstaande heeft met de voorrang die de rechter moet verlenen aan internationale- of supranationale rechtsnormen die rechtstreekse gevolgen hebben in de interne rechtsorde, en de daaruit voortvloeiende verplichting de nationale wet, die daarmee in strijd zou zijn, in de te beoordelen zaak buiten toepassing te laten”.

⁸⁹⁷ P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 142. Bij de grondwetsherziening van 1993 werd, zij het alleen in de Kamer van volksvertegenwoordigers, een artikel 107*bis* aangenomen (nu zou dat 159*bis* zijn): “De hoven en de rechtbanken passen de wetten, de decreten en de in artikel [134] bedoelde regelen, de besluiten en de verordeningen alleen toe in zoverre ze overeenstemmen met de internationaalrechtelijke normen en de normen van volkenrechtelijke instellingen die rechtstreekse uitwerking hebben”, *Parl.St.* Senaat BZ 1991-92, nr. 100-17/2° (zie ook *infra* vn. 906).

Volgens de afdeling wetgeving van de Raad van State gaat het om een algemeen beginsel van grondwettelijk recht.⁸⁹⁸

287. Het Hof van Cassatie leidt die toetsingsbevoegdheid van de rechter niet af uit de Grondwet maar uit de aard zelf van het bij verdrag bepaald internationaal recht. Dat brengt het Hof van Cassatie ertoe, in een strikt hiërarchische redenering, een verdrag met directe werking te laten primeren op de Grondwet.⁸⁹⁹ De rechtspraak van de Raad van State sluit daarbij aan.⁹⁰⁰

In een van zijn jaarverslagen laat het Hof van Cassatie zelfs optekenen dat het “algemeen rechtsbeginsel” van de primauteit van het inter- en supranationale recht geen beginsel is met een grondwettelijke waarde, maar een rechtsbeginsel dat rechtstreeks zijn oorsprong vindt in het internationale recht, zodat zelfs een wijziging van de Grondwet die de hiërarchie tussen internationaal recht en Grondwet anders zou bepalen, door de rechter terzijde zou moeten worden gelaten.⁹⁰¹

288. Het standpunt van het Hof van Cassatie is niet alleen onverdedigbaar vanuit grondwettelijk perspectief,⁹⁰² een onvoorwaardelijk monisme valt ook niet zomaar af te leiden uit het internationale recht.

Bossuyt en Wouters bevestigen weliswaar “dat het een van oudsher gevestigde regel van volkenrecht is dat het internationaal recht voorrang heeft op het nationaal recht”. Zij wijzen daarnaast op het Weense Verdragenverdrag,⁹⁰³ waarvan artikel 27 bepaalt dat een partij zich niet mag beroepen op de bepalingen van zijn nationale recht om het niet ten uitvoer leggen van een verdrag te rechtvaardigen, maar zij wijzen ook op artikel 46 van hetzelfde Verdrag dat aan een Staat de mogelijkheid laat om aan te voeren dat zijn instemming met een verdrag ongeldig is gegeven. Die mogelijkheid bestaat enkel wanneer de instemming is gegeven in strijd met een bepaling van zijn nationale recht betreffende de bevoegdheid tot het sluiten van verdragen en op voorwaarde dat de strijdigheid onmiskenbaar was en een regel van fundamenteel belang van

⁸⁹⁸ RvS, afd. wetgeving, advies van 25 april 2000, *Parl.St.* Senaat, 2000-01, nr. 2-897/1, 21-22, met verwijzing naar Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, 959. Zie daarover kritisch J. THEUNIS en A. VANDAELE, “De (geplande) wijzigingen inzake de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof”, in A. ALLEN (ed.), *De vijfde staatsvorming van 2001*, Brugge, die Keure, 2002, 288-290.

⁸⁹⁹ Cass. 16 november 2004, P.04.0644.N, *Arr.Cass.* 2004, 1829, nr. 549 en P.04.1127.N, *Arr.Cass.* 2004, 1835, nr. 550, telkens concl. P. DUINSLAEGER, *RW* 2005-06, 387, noot P. POPELIER. Sommigen betwisten de bevoegdheid van het Hof om dat standpunt in te nemen: J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 103. Zie ook F. MEERSCHAUT, “De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet”, noot onder Cass. 9 november 2004, *TBP* 2005, 48-53 en A. VANDAELE, “Het Hof van Cassatie tussen de hamer van de verdragsrechtelijke toetsing en het aambeeld van de prejudiciële vraagstelling”, noot onder Cass. 9 november 2004 en 16 november 2004, *CDPK* 2005, 611-624.

⁹⁰⁰ RvS 5 november 1996, nr. 62.922, Orfinger.

⁹⁰¹ *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003*, 144. In dezelfde zin: I. VEROUGSTRATE, “Cassatie in civiele zaken”, in *Preadviezen over de werkwijze van de hoogste rechtscollèges*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007, 173.

⁹⁰² Zie o.a. F. DELPÉRIÉ, “Autour d’un sanctuaire”, in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 167-180; A. ALLEN, “De Grondwet, hoogste rechtsnorm?”, in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d’un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 105-113.

⁹⁰³ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (en Bijlage), opgemaakt te Wenen op 23 mei 1969, goedgekeurd bij wet van 8 juni 1992, *BS* 25 december 1993.

het nationale recht van die Staat betrof.⁹⁰⁴ Die voorwaardelijke mogelijkheid om de miskening van nationale voorschriften tegen te werpen, zou zijn tot stand gekomen als compromis tussen de “internationalistische” stroming, die geen tegenwerpelijkeheid duldt van enige miskening van nationale voorschriften, en de “constitutionalistische” stroming, die de miskening van nationale regels te allen tijde tegenwerpelijk acht.⁹⁰⁵

Zoals hoger reeds is vermeld (*supra* nr. 176), bepaalt artikel 94 van de Nederlandse Grondwet dat “binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften” niet worden toegepast indien die toepassing niet verenigbaar zou zijn met een internationale norm. Onder wettelijke voorschriften wordt ook de Grondwet verstaan, maar er geldt een belangrijke restrictie: indien een verdrag afwijkt van de Grondwet, is voor de goedkeuring ervan een versterkte meerderheid van tweederde van het aantal uitgebrachte stemmen vereist (artikel 91, derde lid, van de Nederlandse Grondwet).⁹⁰⁶

b. Het Hof van Justitie: de Simmenthal-doctrine

289. Zoals bekend heeft het primair en secundair Unierecht volgens het Hof van Justitie voorrang op de nationale wetgeving, met inbegrip van de nationale grondwet.

Reeds in het arrest *Costa/E.N.E.L.* van 15 juli 1964 oordeelde het Hof van Justitie dat het EG-Verdrag “anders dan met gewone internationale verdragen het geval is, een eigen rechtsorde in het leven heeft geroepen, die bij de inwerkingtreding van het Verdrag in de rechtsorde der Lid-Staten is opgenomen en waarmede de nationale rechters rekening dienen te houden” en dat dit uit een autonome bron voortvloeiend verdragsrecht “op grond van zijn bijzonder karakter niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet, zonder zijn gemeenschappelijk karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrond van de Gemeenschap zelf wordt aangetast”.⁹⁰⁷

In het arrest *Internationale Handelsgesellschaft* van 17 december 1970 voegt het Hof van Justitie daaraan toe dat “beweerde inbreuken op grondrechten zoals die in de constitutie van een Lid-Staat zijn neergelegd of op de beginselen van het constitutioneel bestel van een Lid-Staat, aan de rechtsgeldigheid van een handeling der Gemeenschap of aan de werking dier handeling op het grondgebied van die staat niet kunnen afdoen”. Het Hof onderzoekt daarbij wel “of niet enige soortgelijke in het gemeenschapsrecht verankerde garantie is miskend”.⁹⁰⁸ Het Hof

⁹⁰⁴ M. BOSSUYT en J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 147.

⁹⁰⁵ M. BOSSUYT en J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 86-87.

⁹⁰⁶ Zie in die zin ook het voorstel tot herziening van de Grondwet van Dewael en Versnick, dat het hoger vermelde voorstel herneemt (*supra* vn. 897), maar met toevoeging van een tweede lid: “Verdragen waarin bepalingen voorkomen die van de Grondwet afwijken, kunnen niet worden goedgekeurd dan bij een wet, aangenomen met ten minste twee derden van de stemmen in elke Kamer en op voorwaarde dat ten minste twee derden van de leden waaruit elke Kamer bestaat aanwezig zijn”, *Parl.St.* Kamer 1997-98, nr. 1363/1.

⁹⁰⁷ HvJ 15 juli 1964, *Costa t. E.N.E.L.*, 6/64, *Jur.* 1964, 1199.

⁹⁰⁸ HvJ 17 december 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, *Jur.* 1970, 1125; HvJ 9 maart 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Jur.* 1978, 629.

van Justitie laat zich daarbij leiden door de constitutionele tradities van de lidstaten en door verdragen inzake mensenrechten.⁹⁰⁹

Met het arrest *Simmenthal* van 9 maart 1978 wordt de voorrangregel nog strakker aangespannen. Het Hof van Justitie oordeelt in dat arrest namelijk dat “de nationale rechter, belast met de toepassing, in het kader zijner bevoegdheid, van de bepalingen van het gemeenschapsrecht, verplicht is zorg te dragen voor de volle werking dezer normen, daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de – zelfs latere – nationale wetgeving buiten toepassing latende, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten”.⁹¹⁰

290. Bij tal van grondwettelijk hoven, het Duitse Bundesverfassungsgericht op kop, rees verzet tegen die absolute voorrang. In de zogenaamde “*Solange*”-rechtspraak van het Duitse Grondwettelijk Hof wordt de voorrang van het Europese recht op de nationale grondwet slechts aanvaard op voorwaarde dat op Europees vlak een gelijkwaardige grondrechtenbescherming wordt geboden. Het *Lissabon*-arrest van 30 juni 2009,⁹¹¹ de (voorlopig) laatste telg van die rechtspraak, verstrakt nog de houding van het Duitse Grondwettelijk Hof: ook de eigen constitutionele identiteit van Duitsland moet worden gevrijwaard.⁹¹²

Dat nieuwe element sluit in wezen aan bij het vereiste dat de Unie wordt geacht de nationale identiteit van de lidstaten te eerbiedigen “die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren” (artikel 4.2 van het VEU), terwijl het aan de andere kant opmerkelijk is dat de voorrang van het Europees recht op het nationaal recht, die weliswaar voortvloeit uit de plicht tot gemeenschapstrouw (artikel 4.3 van het VEU), als zodanig niet in de verdragsteksten is opgenomen. Het jurisprudentiële beginsel van voorrang is slechts vervat in Verklaring nr. 17 bij het Verdrag van Lissabon. Die vaststelling is niet zonder betekenis: anders dan het beginsel van voorrang, dat een strikt legalistische visie uitdrukt, schuilt in het begrip gemeenschapstrouw veel meer een wederzijds aspect, meer bepaald een beginsel van loyale samenwerking (artikel 4.3 van het VEU). Met andere woorden: de verhouding tussen de rechtsorde van de Europese Unie en de nationale rechtsordes mag niet in een hiërarchische verhouding worden gezien, maar wel

⁹⁰⁹ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2008, 429.

⁹¹⁰ HvJ 9 maart 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Jur.* 1978, 629.

⁹¹¹ BVerfG 2 BvE 2/08, www.bundesverfassungsgericht.de. Zie daarover o.a. Ph. GÉRARD, “Liebe auf Distanz. Het BVerfG en het Verdrag van Lissabon”, *TBP* 2010, 3-26 en A. VERHOEVEN, “Een (gedeeltelijke) verdediging van het Lissabon-Urteil: over de onvervangbare rol van de nationale grondwetten in de Europese Unie”, *TBP* 2010, 27-37.

⁹¹² Het Duitse Grondwettelijk Hof staat niet alleen met zijn voorwaardelijke houding. Over het voorbehoud bij de primaat van het Europees recht op de nationale Grondwet van het Duitse, het Italiaanse, het Franse en het Spaanse Grondwettelijk Hof, zie A. ALÉN, “Les relations entre la Cour de justice des Communautés européennes et les Cours constitutionnelles des Etats membres”, in *Liber Amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 672-686. Over de rechtspraak van het Tsjechische Grondwettelijk Hof, zie J. ZEMANEK, “The Emerging Czech Constitutional Doctrine of European Law”, *European Constitutional Law Review* 2007, 433 en A. VERHOEVEN, “Een (gedeeltelijke) verdediging van het Lissabon-Urteil: over de onvervangbare rol van de nationale grondwetten in de Europese Unie”, *TBP* 2010, 28-29. Over de rechtspraak van het Poolse Grondwettelijk Hof, zie A. NUSSBERGER, “Poland: The Constitutional Tribunal on the implementation of the European Arrest Warrant”, *I-CON* 2008, 169.

in een verhouding van wederzijdse erkenning en eerbiediging. De gemeenschapstrouw dient in twee richtingen te werken.

291. Het Hof van Justitie laat ondertussen geen gelegenheid voorbijgaan om de *Simmenthal*-doctrine in herinnering te brengen en, vooral, om de algemene draagwijdte ervan te benadrukken.

In het arrest *Filipiak* van 19 november 2009 antwoordde het Hof van Justitie op een vraag van een Poolse rechter dat de nationale rechter ingevolge de voorrang van het Unierecht verplicht is het Unierecht toe te passen en de daarmee strijdige nationale bepalingen buiten toepassing te laten, “ongeacht het arrest van het nationale constitutionele hof waarin is verklaard dat die ongrondwettig geachte bepalingen hun bindende kracht op een later tijdstip zullen verliezen”.⁹¹³

In het arrest *Petersen* van 12 januari 2010 oordeelt het Hof van Justitie dat, indien een nationale regeling in strijd is met een richtlijn, de nationale rechter bij wie een geschil tussen een particulier en een bestuursinstantie aanhangig is, die regeling buiten toepassing moet laten, “ook indien zij van eerdere datum is dan die richtlijn en het nationale recht er niet in voorziet dat een dergelijke regeling niet wordt toegepast”.⁹¹⁴

In het arrest *Kücükdeveci* van 19 januari 2010 bevestigt het Hof van Justitie dat, wegens de noodzaak de volle werking van het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd te verzekeren, de nationale rechter die meent dat een binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallende nationale bepaling onverenigbaar is met dat beginsel en niet richtlijnconform kan worden uitgelegd, die bepaling buiten beschouwing moet laten; “daarbij is hij niet verplicht het Hof vooraf om een prejudiciële beslissing te verzoeken, maar dit kan hem evenmin worden verhinderd”.⁹¹⁵ Bijzondere aandacht verdient het volgende punt uit het arrest:

“De bepaling in het nationale recht dat de nationale rechter een door hem met de grondwet strijdig geachte nationale bepaling niet buiten beschouwing mag laten zolang het Bundesverfassungsgericht niet de ongrondwettigheid van die bepaling heeft bevestigd, mag er niet toe leiden dat de mogelijkheid die de nationale rechter krachtens artikel 267, tweede alinea, VWEU heeft om het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken vooraleer een met het gemeenschapsrecht strijdige bepaling buiten beschouwing te laten, een verplichting wordt. Volgens het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht, dat eveneens geldt voor het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, moet namelijk een daarmee strijdige nationale regeling die binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht valt, buiten beschouwing blijven.”⁹¹⁶

⁹¹³ HvJ 19 november 2009, *Filipiak*, C-314/08, punten 81-86. In dezelfde zin HvJ (Grote kamer) 8 september 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, punten 60-67.

⁹¹⁴ HvJ (Grote kamer) 12 januari 2010, *Petersen*, C-341/08, punten 79-82.

⁹¹⁵ HvJ (Grote kamer) 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, punt 53.

⁹¹⁶ HvJ (Grote kamer) 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, punt 54.

Het facultatieve karakter van de prejudiciële procedure, zo voegt het Hof er nog aan toe, staat los van de naar nationaal recht voor de nationale rechter geldende modaliteiten om een door die rechter ongrondwettig geachte nationale bepaling buiten beschouwing te laten.⁹¹⁷

In zijn conclusie in de zaak *Winner Wetten* van 26 januari 2010 is advocaat-generaal Bot van oordeel dat een rechter zelfs niet tijdelijk van de *Simmenthal*-doctrine mag afwijken wanneer de niet-toepassing van de met het Unierecht strijdige norm een leemte in de wetgeving zou doen ontstaan. Enkel het Hof van Justitie kan met het oog op de rechtszekerheid een afwijking toestaan.⁹¹⁸

In een andere zaak geeft advocaat-generaal Cruz Villalón evenwel tegengas. Naar aanleiding van de vraag of het recht van de Unie zich ertegen verzet dat een lagere rechter, nadat een zaak naar hem is terugverwezen, uitvoering geeft aan een arrest van de hoogste rechter van zijn land, wanneer hij grote twijfels heeft over de verenigbaarheid van die beslissing met het Unierecht, gaat hij nader in op de verhouding tussen de gerechten van de Unie en de nationale rechter en stelt hij voor het arrest *Rheinmühlen I* te heroverwegen.⁹¹⁹ Hoewel het arrest *Simmenthal* niet uitdrukkelijk ter sprake komt, lijken (sommige van) zijn argumenten ook tegen dat arrest in te gaan.⁹²⁰ Hij betoogt met name dat de Unierechtelijke beginselen van rechtszekerheid en institutionele autonomie, afgeleid uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, de werking van de voorrang van het Unierecht in voorkomend geval kunnen bepalen.⁹²¹

In het kort daarop volgende arrest *Melki* van 22 juni 2010 is de *Simmenthal*-doctrine echter terug van nooit weggeweest:

“En effet, serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l’Union toute disposition d’un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l’efficacité du droit de l’Union par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l’Union (voir arrêts *Simmenthal*, précité, point 22, ainsi que du 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, Rec. p. I-2433, point 20). Tel serait le cas si, dans l’hypothèse d’une contrariété entre une disposition du droit de l’Union et une loi nationale, la solution de ce conflit était réservée à une autorité autre que le juge appelé à assurer l’application du droit de l’Union, investie d’un pouvoir d’appréciation propre, même si l’obstacle en résultant ainsi pour la pleine efficacité de ce droit n’était que temporaire (voir, en ce sens, arrêt *Simmenthal*, précité, point 23).”⁹²²

⁹¹⁷ HvJ (Grote kamer) 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, punt 55.

⁹¹⁸ Y. BOT, conclusie van 26 januari 2010 in de zaak *Winner Wetten*, C-409/06, punten 61 tot 120.

⁹¹⁹ In dat arrest heeft het Hof van Justitie verklaard dat “een nationale rechtsregel, welke de niet in hoogste ressort rechtsprekende instanties bindt aan rechtsoordelen van de hoogste rechter, die instanties niet de bevoegdheid vermag te ontnemen aan het Hof van Justitie vragen te stellen inzake de uitlegging van het gemeenschapsrecht waarop zodanig rechtsoordeel betrekking heeft”, HvJ 16 januari 1974, *Rheinmühlen*, 166/73, punt 4.

⁹²⁰ P. CRUZ VILLALÓN, conclusie van 10 juni 2010 in de zaak *Elchinov*, C-173/09, punten 20-38.

⁹²¹ *Ibid.*, punt 27. Het Hof is evenwel niet ingegaan op de suggestie van de advocaat-generaal, zie HvJ (Grote kamer) 5 oktober 2010, *Elchinov*, C-173/09.

⁹²² HvJ (Grote kamer) 22 juni 2010, *Melki* en *Abdeli*, C-188/10 en C-189/10, punt 44.

De Grote kamer van het Hof van Justitie antwoordt met dit arrest op een prejudiciële vraag van het Franse Cour de cassation over de organieke wet van 10 december 2009 die in Frankrijk de incidentele grondwettigheidscontrole regelt (*supra* nr. 175). Het Hof van Justitie staat de “question prioritaire de constitutionnalité” met betrekking tot een wetgevende norm door de Franse rechter aan de Conseil constitutionnel (gefilterd via de Conseil d’Etat of het Cour de cassation) enkel toe onder strikte (verdragsconforme) voorwaarden: (1) de gewone en administratieve hoven en rechtbanken moeten tegelijkertijd met de vraag aan de Conseil constitutionnel een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie kunnen stellen, (2) zij moeten tevens de nodige voorlopige maatregelen kunnen treffen ter bescherming van de aan het Unierecht ontleende rechten en (3) zij blijven ook na het antwoord van de Conseil constitutionnel bevoegd om de betrokken wet buiten toepassing te laten indien zij die strijdig achten met het Unierecht.⁹²³

Uit het arrest vloeit aan de ene kant voort dat de strikte prioriteit van de prejudiciële vraagstelling inzake de grondwettigheid niet verzoenbaar is met het Unierecht (enkel de parallelle vraagstelling is dat), maar aan de andere kant blijkt uit het arrest toch ook een versoepeling van de *Simmenthal*-doctrine in zoverre het een tijdelijk obstakel toestaat dat de onmiddellijke toepassing van het Unierecht kan verhinderen (mits de effectiviteit van het Unierecht door de mogelijkheid van voorlopige maatregelen wordt gewaarborgd).⁹²⁴

De verdragsconforme interpretatie van de Franse organieke wet betekent tegelijkertijd een forse inperking van de Belgische “voorrangregel” die in artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof werd ingeschreven (*infra* nr. 295) en waarop de Franse regeling overigens was geïnspireerd.

c. *Het Grondwettelijk Hof: de doctrine van de analoge bepalingen*

292. Het Belgische Grondwettelijk Hof heeft zich nog niet in dezelfde zin als andere grondwettelijke hoven uitgesproken (*supra* nr. 290). Hoewel het Hof niet bevoegd is om wetgevende normen rechtstreeks aan Unierechtelijke bepalingen te toetsen, kan het dat onrechtstreeks doen via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (*infra* nr. 294). Het Hof erkent dat het op die manier de voorrang van het Europese Unierecht verzekert,⁹²⁵ maar het gaat dan om de voorrang op de wetgevende norm, niet op de Grondwet.⁹²⁶

⁹²³ HvJ (Grote kamer) 22 juni 2010, Melki en Abdeli, C-188/10 en C-189/10, punt 57.

⁹²⁴ Zie daarover W. VERRIJDT, “Should the EU effectiveness principle be applied to judge national constitutional review procedures?”, in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 543-570. Zie ook J. VELAERS, “Artikel 26, § 4, van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten”, *TBP* 2010, 409-410.

⁹²⁵ GwH 26 november 2003, nr. 151/2003, B.22.6.

⁹²⁶ Wel heeft het Grondwettelijk Hof erkend dat een EU-verordening, krachtens artikel 34 van de Grondwet, de vereiste essentiële elementen kan bevatten om aan het wettigheidsbeginsel van artikel 12 van de Grondwet te voldoen (*supra* nr. 72). Zie ook GwH 18 november 2010, nr. 130/2010, B.8.1.

Het dichtst in de buurt van een stellingname over de verhouding tussen gemeenschapsrechtelijke normen en grondwettelijke bepalingen kwam het Grondwettelijk Hof in zijn zogenaamde witwasarrest, waarin het zich uitsprak over de wet tot omzetting van de Tweede Witwasrichtlijn.⁹²⁷ Die wet verplichtte advocaten ertoe de stafhouder op de hoogte te brengen indien zij witwaspraktijken vermoeden of vaststellen. Het Grondwettelijk Hof legde eerst een vraag voor aan het Hof van Justitie over de geldigheid van de richtlijn, meer bepaald over de verenigbaarheid ervan met het recht op een eerlijk proces (artikel 6 van het EVRM), tot de eerbiediging waarvan ook de Europese wetgever is gehouden (artikel 6.2 van het VEU).⁹²⁸ Nadat het Hof van Justitie tot de verenigbaarheid van de richtlijn met het recht op een eerlijk proces had besloten,⁹²⁹ zag het Grondwettelijk Hof zich toch nog genoodzaakt het middel verder te onderzoeken in zoverre het uit een schending van de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het EVRM, was afgeleid. Op dat punt volgt dan in wezen een beoordeling, door het Grondwettelijk Hof zelf (via de toetsing van de omzettingwet), van de geldigheid van de richtlijn. Die beoordeling leidt het Hof naar een restrictieve, grondrechtconforme interpretatie van de witwaswet. Meer bepaald acht het Hof de samenwerkings- en informatieplicht in de witwaswet slechts verenigbaar met het beroepsgeheim van de advocaat onder voorbehoud van een zeer strikte interpretatie van het materiële toepassingsgebied van die verplichting aangezien het van oordeel is dat een advocaat die louter juridisch advies verleent niet aan die verplichting mag worden onderworpen, zelfs indien die adviesverlening losstaat van elk rechtsgeding.⁹³⁰

Kent het Grondwettelijk Hof dan een ruimere draagwijdte toe aan het beroepsgeheim dan het Hof van Justitie? Misschien wel, maar dat kan niet uit het arrest worden afgeleid, om de eenvoudige reden dat het Hof van Justitie zich niet over de verenigbaarheid van de richtlijn met artikel 8 van het EVRM heeft uitgesproken. Anders dan het Grondwettelijk Hof, dat er geen graten in ziet om in een prejudicieel geschil op eigen initiatief andere referentie bepalingen (dan degene die uitdrukkelijk in de prejudiciële vraag zijn vermeld) in zijn beoordeling te betrekken,⁹³¹ weigerde het Hof van Justitie blijkbaar de geldigheid van de richtlijn te toetsen buiten het strikte kader van artikel 6 van het EVRM, met name wanneer er geen band is met een rechtsgeding, en dus abstractie makend van artikel 8 van het EVRM. Het Grondwettelijk Hof werd daardoor verrast, maar het kon zich verder behelpen met de conclusie van de advocaat-generaal, die artikel 8 van het EVRM wel in zijn beoordeling had meegenomen en in dat verband een verdragsconforme uitlegging van de richtlijn had gesuggereerd.⁹³²

⁹²⁷ Richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 tot wijziging van richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.

⁹²⁸ GwH 13 juli 2005, nr. 126/2005.

⁹²⁹ HvJ (Grote kamer) 26 juni 2007, Orde van Franstalige en Duitstalige balies, C-305/05.

⁹³⁰ GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, B.9.5-B.10.

⁹³¹ Zie J. THEUNIS, "De toetsing door het Arbitragehof aan de grondrechten", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2006, 27-46. Voor een bijzonder treffend voorbeeld, zie GwH 7 juni 2007, nr. 81/2007 en daarover J. THEUNIS, "Grondwettelijk Hof of grondrechtenhof? De evenredigheid van de straf als casus", in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 173-196.

⁹³² M. POIARES MADURO, conclusie van 14 december 2006 voor HvJ (Grote kamer) 26 juni 2007, Orde van Franstalige en Duitstalige balies, C-305/05, punt 63, aangehaald in GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, B.9.4.

Het Grondwettelijk Hof steunde echter vooral op zijn eigen rechtspraak inzake het beroepsgeheim van de advocaat. De effectiviteit van de rechten van de verdediging van iedere rechtzoekende veronderstelt noodzakelijkerwijs dat een vertrouwensrelatie tot stand kan komen tussen hem en de advocaat die hem raad geeft en hem verdedigt. Die noodzakelijke vertrouwensrelatie kan alleen tot stand komen en behouden blijven indien de rechtzoekende de waarborg heeft dat wat hij aan zijn advocaat toevertrouwt, door die laatstgenoemde niet openbaar zal worden gemaakt. Hieruit volgt dat de regel van het beroepsgeheim, waarvan de schending met name bij artikel 458 van het Strafwetboek wordt bestraft, een fundamenteel element van de rechten van de verdediging is. Weliswaar moet de regel van het beroepsgeheim wijken wanneer dat noodzakelijk blijkt of wanneer een hoger geachte waarde ermee in conflict treedt, maar het opheffen van het beroepsgeheim moet, om met de fundamentele beginselen van de Belgische rechtsorde verenigbaar te zijn, door een dwingende reden worden verantwoord en strikt evenredig zijn.⁹³³

293. De samenloop van grondrechten in de Grondwet en in internationale verdragen riep internrechtelijk de vraag op wie bevoegd is om te beoordelen of een wetgevende norm een grondrecht schendt. Hoger werd reeds het smeerkasarrest van het Hof van Cassatie vermeld, dat elke rechter ertoe noopt voorrang te geven aan internationale en supranationale normen met directe werking in de interne rechtsorde (*supra* nr. 286). Voor een goed begrip moet echter ook de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof worden gesitueerd.

294. Bondig samengevat kan het Grondwettelijk Hof wetgevende normen op twee manieren toetsen aan de grondrechten, rechtstreeks en onrechtstreeks.

Sedert 1989 reeds is rechtstreekse toetsing mogelijk aan het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod (artikelen 10 en 11 van de Grondwet) en aan de rechten en vrijheden inzake onderwijs (artikel 24 van de Grondwet). Onrechtstreeks kan het Hof sedert dezelfde tijd ook de andere rechten en vrijheden in zijn onderzoek betrekken. Wanneer grondwetsbepalingen, verdragsbepalingen of algemene beginselen in samenhang met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet voor het Hof worden aangevoerd, onderzoekt het Hof of aan de in die bepalingen of door die beginselen gewaarborgde rechten niet op discriminerende wijze afbreuk wordt gedaan. Wanneer het Hof vaststelt dat een wetgevende norm afbreuk doet aan een dergelijk recht, dan houdt dat in de ogen van Hof niet alleen een schending in van dat recht, maar tegelijkertijd een discriminatie ten aanzien van de categorie van personen van wie dat recht niet is geschonden.

Sedert de inwerkingtreding van de bijzondere wet van 9 maart 2003, kan ook de toetsing aan de andere grondrechten rechtstreeks gebeuren, althans voor zover het gaat om de rechten en vrijheden die in de Grondwet zijn vervat (meer bepaald in Titel II en in de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet).⁹³⁴ Andere grondwetsartikelen, alsook verdragsbepalingen en algemene

⁹³³ GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, B.7.1-B.7.2. Zie ook B.7.5-B.10.

⁹³⁴ Artikelen 1 en 26, § 1, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, gewijzigd door respectievelijk de artikelen 2 en 9 van de bijzondere wet van 9 maart 2003 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, BS 11 april 2003 (inwerkingtreding: 21 april 2003). Zie daarover o.a. B.

rechtsbeginselen blijven buiten het rechtstreekse toetsingsbereik van het Hof. Zij kunnen evenwel nog steeds op onrechtstreekse wijze voor het Hof worden gebracht, in samenhang – zoals voorheen – met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, maar ook – wanneer het gaat om een verdragsbepaling – in samenhang met andere grondwetsbepalingen waaraan het Hof nu rechtstreeks vermag te toetsen.

Wanneer immers een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een van de grondwetsbepalingen waarvan de toetsing tot de bevoegdheid van het Hof behoort en waarvan de schending wordt aangevoerd, vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepaling naar het oordeel van het Hof een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepaling zijn opgenomen. Daaruit volgt dat het Hof bij de toetsing aan grondwetsbepalingen rekening houdt met internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen.⁹³⁵ Het Hof geeft in dat verband een ruime invulling aan het begrip “analoge bepalingen”.⁹³⁶

295. De doctrine van de analoge bepalingen leidde onvermijdelijk tot een spanningsveld met de smeerkaasdoctrine van het Hof van Cassatie.⁹³⁷ Op grond van die laatste doctrine moet de gewone rechter een internrechtelijke norm die strijdig is met een direct werkende internationaalrechtelijke norm buiten toepassing laten (*supra* nr. 286). In zoverre die internationaalrechtelijke norm echter dezelfde draagwijdte heeft als een grondwettelijke bepaling waaraan het Grondwettelijk Hof rechtstreeks vermag te toetsen, vereist de logica van het systeem dat de rechtscollages niet langer zelf een wetgevende norm aan die verdragsbepaling mogen toetsen, zoniet zou de verplichting tot prejudiciële vraagstelling al te gemakkelijk kunnen worden omzeild.⁹³⁸

In een poging om de conflictzone te neutraliseren heeft de bijzondere wetgever op 12 juli 2009 in artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof een “voorrangregel” ingeschreven.⁹³⁹ De nieuwe vierde paragraaf van dat artikel regelt de volgorde

RENAULD, “La Cour d’arbitrage depuis 2003: confirmation de compétences, nouveautés de procédure”, in *La Cour d’arbitrage: un juge comme les autres?*, Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2004, 27-51; J. THEUNIS, “Het Arbitragehof: bevoegdheidsuitbreiding en andere wijzigingen ingevolge de bijzondere wet van 9 maart 2003”, *NjW* 2003, 954-960; P. VANDEN HEEDE en G. GOEDERTIER, “Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof”, *TBP* 2003, 458-479; J. VELAERS, “Het Arbitragehof «derde fase»: de bijzondere wet van 9 maart 2003”, *RW* 2003-04, 1401-1416.

⁹³⁵ O.a. GwH 22 juli 2004, nr. 136/2004, B.5.3-B.5.4; GwH 14 december 2005, nr. 189/2005, B.3.5; GwH 25 februari 2010, nr. 17/2010, B.8.2.

⁹³⁶ Zie bv. GwH 7 juni 2006, nr. 91/2006, B.34 (inzake het recht op leven).

⁹³⁷ Zie daarover o.a. J. VELAERS, “De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel”, in *Samenloop van grondrechten in verschillende rechtstelsels, multiculturaliteit in het strafrecht & schuldsanering en collectieve schuldenregeling*, preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 81-141.

⁹³⁸ Zie J. THEUNIS, “Het Arbitragehof”, in *Migratie- en migrantenrecht*, deel VIII, Brugge, die Keure, 2003, 227-228; J. THEUNIS, “Het Arbitragehof. Bevoegdheidsuitbreiding en andere wijzigingen ingevolge de bijzondere wet van 9 maart 2003”, *NjW* 2003, 957. Zie ook A. ALLEN en F. MEERSSCHAUT, “De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof”, in A. ALLEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 18, Brugge, die Keure, 2003, 14. Uit het verslag van de hoorzittingen met een aantal grondwetspecialisten blijkt geen eensgezindheid op dit punt: *Parl.St. Senaat*, 2002-03, nr. 2-897/6, 35 (J. VELU), 61 (P. VANDERNOOT), 74 (H. SIMONART) en 97 (J. VELAERS).

⁹³⁹ *BS* 31 juli 2009.

waarin de toetsing moet gebeuren in geval van analoge grondrechtenbepalingen. Aangezien het de wil was van de grondwetgever dat een wetgevende norm alleen door het Grondwettelijk Hof strijdig mag worden bevonden met een bepaling uit Titel II van de Grondwet, is de rechter verplicht daarover een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen, ook wanneer het betrokken grondrecht op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling van Europees of internationaal recht. Om de procesgang niet nodeloos te vertragen, vervalt die verplichting in twee gevallen (onverminderd de uitzonderingen die enkel voor de lagere rechtscolleges gelden, *supra* nr. 283): (1) wanneer het rechtscollege oordeelt dat de bepaling uit Titel II van de Grondwet klaarblijkelijk niet is geschonden en (2) wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van een internationaal rechtscollege blijkt dat de bepaling uit het Europees of internationaal recht klaarblijkelijk is geschonden of dat uit een arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat een bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk is geschonden.⁹⁴⁰

Hoewel het Hof van Justitie zich over die vierde paragraaf nog niet (uitdrukkelijk) heeft uitgesproken,⁹⁴¹ heeft het de “voorrangregel” flink gekortwiekend door de in het arrest *Melki* geformuleerde voorwaarden ten aanzien van de vergelijkbare Franse regeling (*supra* nr. 291).

296. Ten slotte moet nog de oude “Lanaken”-rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in de uiteengezette doctrine worden ingepast. Het gaat om enkele arresten waarin het Hof bij een toetsing van de instemmingswet de inhoud van het verdrag in zijn beoordeling betreft om de overeenstemming van de wet met (sommige bepalingen van) de Grondwet na te gaan.⁹⁴² Het Hof is daarmee niet het monisme afgefallen. Het erkent dat een verdrag deel uitmaakt van de rechtsorde, maar het houdt enkel vast aan de voorwaarde dat het verdrag op grondwettelijke wijze in de rechtsorde is geïncorporeerd. De wetgever die bijvoorbeeld niet zonder grondwetswijziging stemrecht kan toekennen aan vreemdelingen zou dat evenmin kunnen doen via de instemmingswet bij een verdrag dat dergelijk stemrecht toekent.⁹⁴³

⁹⁴⁰ Zie daarover o.a. P. POPELIER, “Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit van grondrechten of voor bescherming van de wet?”, *RW* 2009-10, 50-62; M.-F. RIGAUX, “Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux: vers un renforcement du monopole du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle”, *JT* 2009, 649-651; M. TRAEEST, “Samenloop van grondrechten. Artikel 26 § 4 van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof”, *NjW* 2010, 130-135; J. VELAERS, “Artikel 26, § 4, van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten”, *TBP* 2010, 387-410.

⁹⁴¹ De nieuwe regel is wel reeds het voorwerp van enkele prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, meer bepaald inzake de verenigbaarheid ervan met de *Simmenthal*-doctrine, zie Rb. Luik 29 oktober 2009 (zaak C-457/09, Chartry) en Rb. Luik 30 juni 2010 (zaak C-314/10, Pagnoul). De afdeling wetgeving van de Raad van State zag op dat punt geen onverenigbaarheid, zie RvS, afd. wetgeving, advies 45.905/AV van 3 maart 2009 over een ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1283/2, 3-30.

⁹⁴² GwH 16 oktober 1991, nr. 26/91, B.2-B.3 (in dat geding was de gemeente Lanaken partij, vandaar de benaming “Lanaken”-rechtspraak); GwH 3 februari 1994, nr. 12/94, B.3-B.4; GwH 26 april 1994, nr. 33/94, B.7-B.8 (impliciet).

⁹⁴³ Zie P. POPELIER, “De verhouding tussen de Belgische Grondwet en het internationale recht”, in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 1244.

In feite doet het Grondwettelijk Hof niets anders dan aan de jurisprudentiële regel van het smeerkaas-arrest de even jurisprudentiële, maar niet eens zo vergezochte voorwaarde toevoegen die uitdrukkelijk in de Nederlandse Grondwet staat ingeschreven, namelijk dat een verdrag dat beoogt af wijken van de Grondwet een versterkte meerderheid behoeft (*supra* nr. 288). Het Grondwettelijk Hof beroept zich daarvoor met name op het argument dat “geen enkele norm van het internationaal recht – dat door de staten in het leven is geroepen –, zelfs niet artikel 27 van het Verdrag van Wenen van 1969 inzake het verdragenrecht, de Staten de bevoegdheid [verleent] om verdragen te sluiten die in strijd zijn met hun respectieve Grondwet”.⁹⁴⁴ Dat argument moet in het licht van het hoger vermelde compromis bij de totstandkoming van het Weense Verdragenverdrag worden gelezen (*supra* nr. 288).

Deze afgezwakte interpretatie van de “Lanaken”-rechtspraak staat niet met zoveel woorden te lezen in de arresten van het Grondwettelijk Hof, maar wat er wel staat – en wat eigenlijk evengoed een afzwakking inhoudt – is dat het Hof bij de toetsing, via de instemmingswet, van de inhoud van het verdrag, ermee rekening moet houden dat het “niet gaat om een eenzijdige soevereiniteitsakte, maar om een verdragsnorm die ook buiten de interne rechtsorde rechtsgevolgen teweegbrengt”.⁹⁴⁵

Uit de “Lanaken”-rechtspraak vloeit bij nader inzien dus enkel voort dat het Grondwettelijk Hof de grondslag voor de monistische benadering niet in het internationale recht zoekt, zoals het Hof van Cassatie, maar in het nationale recht (*supra* nr. 285).

297. Volledigheidshalve dient ten slotte nog vermeld dat sedert 2003 twee soorten van verdragen van de prejudiciële bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof zijn uitgesloten: een “constituerend” verdrag betreffende de Europese Unie, enerzijds, en het EVRM en zijn aanvullende protocollen, anderzijds.⁹⁴⁶

De bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om de instemmingsakte met een dergelijk internationaal verdrag te vernietigen blijft onaangetast. Zij vloeit rechtstreeks voort uit artikel 3, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, dat bepaalt dat beroepen tot vernietiging tegen een instemmingsakte slechts ontvankelijk zijn indien zij binnen een termijn van zestig dagen na de bekendmaking van die akte zijn ingesteld.

“Constituerend” zijn naar luid van de parlementaire voorbereiding de verdragen waarmee de uitoefening van bepaalde machten op grond van artikel 34 van de Grondwet aan volkenrechtelijke instellingen kan worden opgedragen.⁹⁴⁷ Nog volgens de parlementaire voorbereiding zou het enkel gaan om de verdragen die reeds uitwerking hebben.⁹⁴⁸ Die

⁹⁴⁴ GwH 3 februari 1994, nr. 12/94, B.4.

⁹⁴⁵ GwH 3 februari 1994, nr. 12/94, B.6. In dezelfde zin o.a. GwH 4 februari 2004, nr. 20/2004, B.3; GwH 4 juni 2009, nr. 96/2009, B.5.

⁹⁴⁶ Artikel 26, § 1*bis*, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, zoals ingevoegd bij de bijzondere wet van 9 maart 2003.

⁹⁴⁷ *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-897/6, 223-224.

⁹⁴⁸ *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-897/6, 229.

beperking valt echter niet op te maken uit de tekst van de wet. Volgens Alen en Meersschart is zij volkomen onbegrijpelijk omdat ze haaks staat op de *ratio legis* van de uitzonderingsregeling.⁹⁴⁹ Het is ook niet duidelijk of de beperking enkel zou slaan op de nieuwe constituerende verdragen betreffende de Europese Unie of ook op de nieuwe aanvullende protocollen bij het EVRM. Als de bijzondere wetgever met die ingreep de stabiliteit van de internationale betrekkingen beoogt te waarborgen,⁹⁵⁰ is het eveneens niet duidelijk waarom de uitsluiting van de prejudiciële vraagstelling niet voor alle instemmingswetten geldt.⁹⁵¹

§ 3. Een bijzondere wetgevende norm: de ordonnantie

298. Hetgeen voorafgaat geldt niet alleen voor de wetten maar ook voor de decreten. Die wetgevende normen van de gemeenschappen en de gewesten staan immers op precies dezelfde hoogte in de hiërarchie van de rechtsnormen.⁹⁵² Dezelfde gelijkschakeling gaat echter niet helemaal op voor de ordonnanties. Ordonnanties zijn de wetgevende normen van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie voor het tweetalig gebied Brussel-hoofdstad inzake gemeenschappelijke persoonsgebonden aangelegenheden.

Ordonnanties zijn aan een ruimer rechterlijk toezicht onderworpen dan de wetten en de decreten. Op grond van artikel 9 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen zijn de gewone en administratieve rechtscolleges bevoegd om de ordonnanties te toetsen aan de voormelde bijzondere wet en aan de Grondwet, met uitzondering evenwel van de bepalingen waarvoor de toetsingsbevoegdheid aan het Grondwettelijk Hof is voorbehouden.⁹⁵³ Die laatste zijn de bepalingen van Titel II van de Grondwet, de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet en ook de “regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de respectieve bevoegdheden van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten”.

De rechter kan een ordonnantie alleen wegens schending van de laatstgenoemde bepalingen buiten toepassing laten indien het Grondwettelijk Hof een dergelijke schending eerder zou hebben vastgesteld.⁹⁵⁴

⁹⁴⁹ A. ALEN en F. MEERSSCHAUT, “De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 18, Brugge, die Keure, 2003, 8.

⁹⁵⁰ *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 2-897/1, 3 en 8 en 2002-03, nr. 2-897/6, 13.

⁹⁵¹ Zie daarover J. THEUNIS en A. VANDAELE, “De (geplande) wijzigingen inzake de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof”, in A. ALEN (ed.), *De vijfde staats hervorming van 2001*, Brugge, die Keure, 2002, 302-304. Zie ook het (verworpen) amendement nr. 26 (*Parl.St.* Senaat 2001-02, nr. 2-897/3, 3) en het verslag van de hoorzittingen met J. VELU (*Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-897/6, 37-46) en J. VELAERS (*Ibid.*, 113-118).

⁹⁵² Krachtens artikel 138 van de Grondwet kan ook de Franse Gemeenschapscommissie in bepaalde aangelegenheden decreten met kracht van wet aannemen.

⁹⁵³ Op grond van artikel 69 van dezelfde bijzondere wet geldt die bepaling ook voor de ordonnanties van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van Brussel-Hoofdstad.

⁹⁵⁴ Bv. GwH 29 april 2010, nr. 41/2010.

Indien een gebrek aan overeenstemming met andere bepalingen van de Grondwet of van de bijzondere wet van 12 januari 1989 wordt vastgesteld, weigeren de rechtscolleges, ook de Raad van State, de toepassing van de ordonnantie (artikel 9, tweede lid). Hoewel de ordonnantie dus als wetgevende norm niet onder het toepassingsgebied van artikel 159 van de Grondwet valt, is zij wel aan een soortgelijk rechterlijk toezicht onderworpen.⁹⁵⁵ De ordonnantie is het resultaat van een compromis tussen de stelling dat Brussel een gelijkwaardig derde Gewest moest worden en de stelling dat Brussel in geen geval die gelijkwaardigheid mocht verwerven.⁹⁵⁶

299. Wat de ordonnanties van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie betreft, betekent elke bevoegdheidsuitbreiding van het Grondwettelijk Hof dus een evenredige bevoegdheidsvermindering van de gewone hoven en rechtbanken en de Raad van State.

Afdeling 3 – Jurisdictionele akten

§ 1. Jurisdictionele akten van de gewone hoven en rechtbanken

300. Zoals wetgevende akten vallen ook jurisdictionele akten buiten het bereik van artikel 159 van de Grondwet. Weliswaar kunnen zij in beginsel door een hogere rechter worden gewijzigd of vernietigd, zij het niet op grond van artikel 159 van de Grondwet, maar op basis van de regels eigen aan het burgerlijk procesrecht. Volgens een fundamenteel beginsel van onze rechtsorde⁹⁵⁷ kunnen rechterlijke beslissingen niet worden gewijzigd dan ingevolge de aanwending van rechtsmiddelen bij de wet bepaald.⁹⁵⁸ Na het instellen van de rechtsmiddelen is geen andere controle op de beslissingen van de rechterlijke macht meer mogelijk.

Zo kan bijvoorbeeld het door de onderzoeksrechter bevolen beslag, evenals de weigering tot vrijgave, geen voorwerp zijn van wettigheidscontrole op grond van artikel 159 van de Grondwet, doch wel van verzet of hoger beroep.⁹⁵⁹

Uiteindelijk oefent het Hof van Cassatie een wettigheidstoezicht uit op jurisdictionele akten. Het cassatieberoep is immers een buitengewoon rechtsmiddel waardoor een partij in de mogelijkheid wordt gesteld om, wegens schending van de wet of wegens verzuim van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, de vernietiging te vragen van een beslissing gewezen in laatste aanleg.⁹⁶⁰

⁹⁵⁵ Voor een toepassing, zie RvS 10 september 1998, nr. 75.710, vzw Gemeenschappelijk Verbond van de Verenigingen voor natuurbescherming, *APT* 1999, 207, verslag en advies I. KOVALOVSKY, *JT* 1999, 63, noot D. LAGASSE, *Amén*. 1999, 55, noot M. QUINTIN.

⁹⁵⁶ K. RIMANQUE, *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 75. Zie ook A. ALEN, "Het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en zijn instellingen", *TBP* 1989, 139-144.

⁹⁵⁷ GwH 22 november 1990, nr. 36/90, 4; GwH 20 januari 1994, nr. 5/94, B.8.

⁹⁵⁸ Artikelen 20-21 van het Gerechtelijk Wetboek. Zie ook *infra* nr. 472. Cf. Cass. 12 maart 1942, *Arr.Verbr.* 1942, 23; Cass. 13 oktober 1969, *Arr.Cass.* 1970, 156.

⁹⁵⁹ Gent 11 januari 1994, *RW* 1994-95, 368.

⁹⁶⁰ Zie o.a. GwH 13 december 2006, nr. 200/2006, B.4; GwH 18 februari 2009, nr. 27/2009, B.5.3.

§ 2. Jurisdictionele akten van de administratieve rechtscolleges

301. De uitspraken van administratieve rechtscolleges zijn in dezelfde mate immuun voor de exceptie van onwettigheid aangezien ook zij jurisdictionele beslissingen zijn die met het gezag van gewijsde zijn bekleed. Artikel 159 van de Grondwet maakt de rechtbanken niet bevoegd om een eindbeslissing van een rechtscollege te toetsen aan de Grondwet en de wet.⁹⁶¹ Het buiten toepassing laten van dergelijke beslissingen zou het beginsel van de administratieve rechtspraak negeren waarvan het bestaan uitdrukkelijk is erkend door artikel 145 van de Grondwet.⁹⁶² Zo kan de exceptie van onwettigheid bijvoorbeeld niet worden ingeroepen tegen beslissingen van de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen aangezien deze jurisdictionele beslissingen zijn die met het gezag van gewijsde zijn bekleed.⁹⁶³

Het gezag van gewijsde van arresten van de Raad van State komt meer uitgebreid aan bod in hoofdstuk X (*infra* nrs. 552-567) en in hoofdstuk XII (*infra* nrs. 661-672).

Afdeling 4 – De bestuurshandelingen van de wetgevende en rechterlijke macht

§ 1. Algemeen

302. Wetgevende en jurisdictionele akten vallen buiten het bereik van artikel 159 van de Grondwet, maar geldt dat ook voor de bestuurshandelingen van organen van de wetgevende en de rechterlijke macht?

De wetgevende vergaderingen oefenen in de eerste plaats de wetgevende functie uit, maar zij nemen ook een aantal administratieve beslissingen, zowel van reglementaire als van individuele aard. Zij stellen hun reglement vast, benoemen hun voorzitter, ondervoorzitters en leden van hun bureau. Zij stellen het statuut van hun personeelsleden vast, benoemen en ontslaan hun personeelsleden, sluiten overeenkomsten met leveranciers, enzovoort.⁹⁶⁴

De organen van de rechterlijke macht oefenen in de eerste plaats de rechtsprekende functie uit, maar ook zij nemen een aantal soortgelijke administratieve beslissingen als de organen van de wetgevende macht.

⁹⁶¹ Cass. 29 november 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 431, nr. 202.

⁹⁶² A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 871.

⁹⁶³ O.a. RvS 15 juli 1992, Keyreh, nr. 40.035; RvS 10 september 1992, nr. 40.290, Cromwell; RvS 21 januari 1993, nr. 41.688, Hossain; RvS 22 maart 1996, nr. 58.743, Amaru Coronel.

⁹⁶⁴ K. MUYLLE, "Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?", in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 142-143. Daarnaast nemen wetgevende vergaderingen een aantal niet-wetgevende beslissingen die volgens voormeld auteur niet administratief maar eerder politiek (bv. externe voordrachten en benoemingen) of rechtsprekend (bv. opheffing van de parlementaire onschendbaarheid) van aard zijn.

De bestuurshandelingen van organen van de wetgevende macht zijn geen wetgevende normen die onder de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof ressorteren.⁹⁶⁵ De bestuurshandelingen van organen van de rechterlijke macht zijn geen rechterlijke beslissingen waartegen verzet of hoger beroep kan worden ingesteld.⁹⁶⁶ Betekent dit dan dat zij aan elke rechterlijke controle, zowel rechtstreeks als incidenteel, ontsnappen? Lange tijd lijkt dat inderdaad het geval te zijn geweest, maar sedert 1996 heeft zich op dat vlak een grondige evolutie voorgedaan.⁹⁶⁷ Die evolutie, die overigens nog steeds aan de gang is, wordt in de volgende paragrafen geschetst.

§ 2. Individuele bestuurshandelingen inzake overheidsopdrachten en personeel

303. In een arrest van 15 mei 1996 was het Grondwettelijk Hof – toen nog Arbitragehof – van oordeel dat het ontbreken van de mogelijkheid voor ambtenaren van wetgevende vergaderingen om een annulatieberoep in te stellen tegen bestuurshandelingen van die vergaderingen, terwijl een dergelijk beroep wel mogelijk is tegen bestuurshandelingen van een administratieve overheid (meer bepaald bij de Raad van State), in strijd is met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.

Het Grondwettelijk Hof erkent het eigen karakter van de wetgevende vergaderingen, die verkozen zijn en “houder zijn van het residu van de soevereiniteit”, maar is van oordeel dat de noodzaak om de onafhankelijkheid van die wetgevende vergaderingen te vrijwaren niet verantwoordt dat aan de ambtenaren van de wetgevende vergaderingen een beroep tot nietigverklaring tegen de bestuurshandelingen van die vergaderingen zou worden ontzegd. Het ontbreken van die jurisdictionele waarborg staat volgens het Hof niet in verhouding tot de gewettigde zorg de vrijheid van handelen van de verkozenen te vrijwaren want het belang dat wordt beschermd door de invoering van een beroep tot vernietiging is even reëel en even legitiem bij de ambtenaren van de wetgevende vergaderingen als bij die van de bestuurlijke overheden.⁹⁶⁸

De Ministerraad verdedigde voor het Grondwettelijk Hof het standpunt dat de Raad van State niet bevoegd kan zijn ten aanzien van de betrokken bestuurshandelingen, maar – zo vervolgde de Ministerraad – dat heeft “niet tot gevolg dat aan de verzoeker ieder beroep wordt ontzegd, want de wetgevende organen zijn weliswaar niet onderworpen aan het toezicht van de Raad van State, maar blijven niettemin onderworpen aan het toezicht van de hoven en de rechtbanken, in zoverre hun beslissingen betrekking hebben op burgerlijke of politieke rechten (artikel 144 van de Grondwet)”. De verzoeker toonde volgens de Ministerraad echter niet aan dat hij, in het kader

⁹⁶⁵ Bedoeld zijn hier niet de administratieve beslissingen die wetgevende vergaderingen bij formele wet nemen, bv. naturalisaties, die wel onder de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof ressorteren.

⁹⁶⁶ Bedoeld zijn hier niet de administratieve beslissingen die rechters bij vonnis stellen, bv. de homologatie van een adoptieakte, waartegen in de regel wel rechtsmiddelen open staan.

⁹⁶⁷ Zie K. MUYLLE, “Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?”, in A. ALLEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 148; A. RENSON-VANDER STICHELE en A. REZSÖHÁZY, “Le contrôle juridictionnel des actes administratifs des assemblées législatives: de l’immunité à la soumission?”, in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 663-691.

⁹⁶⁸ GwH 15 mei 1996, nr. 31/96, B.4, JT 1997, 2, noot H. SIMONART en RRD 1996, 369, noot C. HOREVOETS.

van een betwisting betreffende zijn burgerlijke of politieke rechten (met name in het kader van een aansprakelijkheidsvordering), niet de “nietigheid” (wellicht bedoelde de Ministerraad de “onwettigheid”) van de beslissing van het Brussels Hoofdstedelijk Parlement zou kunnen aanvoeren voor de hoven en rechtbanken van de rechterlijke macht. De betwiste norm heeft derhalve niet tot gevolg, zo besloot de Ministerraad, dat aan de verzoeker ieder beroep wordt ontzegd om zijn rechten te doen gelden ten aanzien van het Brussels Hoofdstedelijk Parlement.⁹⁶⁹ Het Grondwettelijk Hof heeft dat argument evenwel niet overgenomen.

304. Hoewel het Grondwettelijk Hof aan de wetgever de vrijheid had gelaten om desgewenst in een specifieke procedure te voorzien,⁹⁷⁰ heeft de wetgever de leemte in 1999 weggewerkt door te voorzien in een beroep tot vernietiging bij de Raad van State ten aanzien van “de administratieve handelingen van wetgevende vergaderingen of van hun organen,⁹⁷¹ daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblees, van het Rekenhof en van het Arbitragehof,⁹⁷² evenals van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad van de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en hun personeel”.⁹⁷³ Volgens het Grondwettelijk Hof zijn met de woorden “administratieve handelingen” enkel individuele administratieve handelingen bedoeld.⁹⁷⁴

Het probleem van het ontbreken van enig rechterlijk wettigheidstoezicht stelde zich vanaf dat ogenblik⁹⁷⁵ dus niet meer zozeer ten aanzien van de individuele administratieve handelingen inzake overheidsopdrachten en personeelsleden, aangezien die uitdrukkelijk onder het toezicht van de Raad van State waren gebracht, maar wel nog ten aanzien van de administratieve handelingen met reglementaire draagwijdte van organen van de wetgevende of rechterlijke macht.

⁹⁶⁹ GwH 15 mei 1996, nr. 31/96, A.2.2.3.

⁹⁷⁰ Ook artikel 6 van het EVRM laat de vrijheid om in de schoot van een wetgevende vergadering een rechtsprekend orgaan op te richten, op voorwaarde dat het voldoet aan de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid, EHRM 28 april 2009, Savino e.a., §§ 91-93. Zie ook *infra* nr. 313.

⁹⁷¹ Een orgaan van de Kamer van volksvertegenwoordigers is bijvoorbeeld het Vast Comité van toezicht op de politiediensten, zie GwH 31 januari 2001, nr. 6/2001, B.4.3.

⁹⁷² Thans het Grondwettelijk Hof.

⁹⁷³ Artikel 14, § 1, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, zoals gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 25 mei 1999, BS 22 juni 1999. Zie daarover D. DELVAX, “La loi du 25 mai 1999 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d’État et le contrôle des actes administratifs des assemblées législatives”, *CDPK* 2000, 425-443. De nieuwe bepaling moet zo worden begrepen dat ook kandidaten voor een functie bij de diensten van een wetgevende vergadering de nietigverklaring kunnen vorderen van een weigering om hen aan een wervingsexamen te laten deelnemen, GwH 13 maart 2002, nr. 54/2002, B.3.3.

⁹⁷⁴ GwH 19 mei 2004, nr. 89/2004, B.2.4, *JT* 2004, 835, noot E. VAN NUFFEL. Zie ook K. MUYLLE en J. VAN NIEUWENHOVE, “De bevoegdheid van de Raad van State betreffende administratieve handelingen van wetgevende vergaderingen”, *TBP* 2004, 561-564; M. NIHOUL, “Les affres de la législation en matière d’”autorité administrative” et le respect de la Constitution”, *JT* 2008, 71-73.

⁹⁷⁵ De wetwijziging was onmiddellijk toepasbaar vanaf de datum van inwerkingtreding (2 juli 1999), zie GwH 31 januari 2001, nr. 6/2001, B.4.3 en RvS 14 november 2000, nr. 100.858, Vantieghem.

§ 3. Reglementaire bestuurshandelingen inzake overheidsopdrachten en personeel

305. Met betrekking tot die beperkte draagwijdte van het rechterlijk wettigheidstoezicht heeft het Grondwettelijk Hof in een arrest van 19 mei 2004 geoordeeld dat, wanneer ze een beroep bij de Raad van State hebben ingesteld tegen een individuele handeling van een wetgevende vergadering of van een orgaan ervan, de personeelsleden van die vergadering niet over de mogelijkheid beschikken om, bij wege van exceptie, de onwettigheid van de reglementaire handeling die aan de bestreden handeling ten grondslag ligt, te betwisten. De redenering van het Hof luidt als volgt:

“B.4.2. Uit de wet van 25 mei 1999 kan worden afgeleid dat de wetgever de individuele administratieve handelingen van de wetgevende vergaderingen of hun organen met betrekking tot hun personeel aan hetzelfde rechtsbeschermingsstelsel heeft willen onderwerpen als datgene dat van toepassing is op de handelingen van de bestuurlijke overheden. Uit die wet kan evenwel niet worden afgeleid dat de wetgever de reglementaire handelingen van die vergaderingen of hun organen aan dat rechtsbeschermingsstelsel heeft willen onderwerpen.

Wanneer ze een beroep bij de Raad van State hebben ingesteld tegen een individuele handeling van een wetgevende vergadering of van een orgaan ervan, beschikken de personeelsleden van die vergadering bijgevolg niet over de mogelijkheid om bij wege van exceptie, de wettigheid van de reglementaire handeling die aan de bestreden handeling ten grondslag ligt, te betwisten.”⁹⁷⁶

Uit de wettelijke beperking van het toetsingsbereik van de Raad van State leidt het Grondwettelijk Hof dus af dat ook het toetsingsbereik van de exceptie van onwettigheid werd beperkt. Die redenering komt erop neer dat de wetgever de draagwijdte van artikel 159 van de Grondwet vermag te beperken, wat op gespannen voet staat met de hiërarchie der rechtsnormen. Een dergelijke beperking is niet uitgesloten, op voorwaarde evenwel dat zij een ander grondwettelijk belang beoogt te vrijwaren (*supra* nr. 217). Hogerop in het arrest erkent het Grondwettelijk Hof overigens dat de bevoegdheid van de Raad van State om, bij wege van exceptie, een reglementaire administratieve handeling buiten toepassing te laten, niet voortvloeit uit artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, maar uit artikel 159 van de Grondwet.⁹⁷⁷ En anders dan het voormelde artikel 14, § 1, hanteert artikel 159 van de Grondwet niet het begrip “akten en reglementen van administratieve overheden” als criterium om het voorwerp van wettigheidstoezicht af te bakenen (*supra* nr. 267), maar het begrip “algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen”, waarin met andere woorden niet te lezen staat dat de betwiste bestuurshandelingen van een “administratieve overheid” moeten uitgaan.⁹⁷⁸

Niettemin is ook volgens de afdeling wetgeving van de Raad van State artikel 159 van de Grondwet in dit opzicht niet dienstig “omdat het geen betrekking heeft op administratieve

⁹⁷⁶ GwH 19 mei 2004, nr. 89/2004, B.4.2. In die zin ook RvS 13 juli 1999, nr. 81.809, Snykers.

⁹⁷⁷ GwH 19 mei 2004, nr. 89/2004, B.3.

⁹⁷⁸ In dezelfde zin S. LUST, “De bestuursgeschillen. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen”, in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Gerechtigd recht*, Themis-Cahier 19, Brugge, die Keure, 2003-04, 96.

handelingen die uitgaan van wetgevende vergaderingen, rechtscolleges en de instellingen die ermee samenhangen”.⁹⁷⁹ In zoverre de afdeling wetgeving daarmee ook de individuele bestuurshandelingen van de betrokken organen uitsluit van het toepassingsgebied van artikel 159 van de Grondwet gaat zij nog een stap verder dan het Grondwettelijk Hof, dat zich enkel over reglementaire handelingen heeft uitgelaten.

306. Het Grondwettelijk Hof besluit andermaal, op grond van de voormelde (maar dus betwistbare) redenering, tot een ongrondwettige lacune, net zoals het dat in het arrest nr. 31/96 had gedaan (*supra* nr. 303), maar dit keer ten aanzien van reglementaire administratieve handelingen die uitgaan van wetgevende vergaderingen. De discriminatie vloeit voort uit het feit dat die handelingen niet buiten toepassing kunnen worden gelaten naar aanleiding van een beroep tot nietigverklaring van een individuele handeling, maar ook uit het feit dat ze niet kunnen worden aangevochten met een annulatieberoep.⁹⁸⁰

Het ontbreken van die jurisdictionele waarborgen, die wel zijn toegekend aan de ambtenaren die van bestuurlijke overheden afhangen, is volgens het Hof strijdig met het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie; het staat niet in verhouding tot de gewettigde zorg de vrijheid van handelen van de verkozenen te vrijwaren want, zo herhaalt het Hof, “het belang dat wordt beschermd door de invoering van die jurisdictionele waarborgen is even reëel en even legitiem bij de ambtenaren van de wetgevende vergaderingen als bij die van de bestuurlijke overheden”.⁹⁸¹

Het Hof past de redenering in hetzelfde arrest ook toe op het ontbreken van de jurisdictionele waarborgen ten aanzien van een reglementaire handeling van het Rekenhof met betrekking tot zijn personeel.⁹⁸² Zij is evengoed toepasselijk op de reglementaire handelingen van de andere instellingen en organen die de wetgever in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State heeft opgenomen.

307. De wetgever heeft de leemte in 2007 opnieuw opgevuld door de annulatiebevoegdheid van de Raad van State uit te breiden tot “akten en reglementen” van de wetgevende vergaderingen of van hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblees, van het Rekenhof en van het Grondwettelijk Hof, van de Raad van State en de administratieve rechtscolleges evenals van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad voor de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel.⁹⁸³

⁹⁷⁹ RvS afd. wetgeving, advies van 6 maart 2007 over een voorstel van wet “tot wijziging van artikel 14 van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973”, *TBP* 2007, 629-630.

⁹⁸⁰ K. MUYLLE, “Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?”, in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 149.

⁹⁸¹ GwH 19 mei 2004, nr. 89/2004, B.5.

⁹⁸² GwH 19 mei 2004, nr. 89/2004, B.12.

⁹⁸³ Artikel 14, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, zoals gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 15 mei 2007, *BS* 8 juni 2007.

Op advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State heeft de wetgever eveneens in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een bepaling ingevoegd die artikel 159 van de Grondwet uitdrukkelijk van toepassing verklaart op de betrokken handelingen.⁹⁸⁴

Dat advies en die bepaling kunnen alleen worden begrepen vanuit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het vroegere advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State (*supra* nr. 305), maar in wezen is die bepaling dus overbodig, gelet op de inherente draagwijdte van artikel 159 van de Grondwet.⁹⁸⁵

308. Volgens Leclercq en De Roy ten slotte is de wettelijke bepaling die artikel 159 van de Grondwet uitdrukkelijk van toepassing verklaart om een andere reden overbodig:

“Si l’on a, d’une part, égard au fait que le traitement du recours en annulation dirigé contre un acte administratif permet de contrôler les motifs de droit de celui-ci et, partant, de sanctionner incidemment l’illégalité du fondement juridique, et si l’on retient, d’autre part, que le Conseil d’Etat est désormais compétent pour connaître des recours dirigés contre les actes réglementaires des instances concernées, il y a lieu d’admettre qu’il pouvait contrôler incidemment la légalité du règlement fondant un acte directement attaqué, et ce, sans qu’une disposition dût expressément rendre applicable l’article 159 de la Constitution.”⁹⁸⁶

§ 4. De voordracht of de benoeming door een wetgevende vergadering van leden van een orgaan

309. Wetgevende vergaderingen verrichten echter ook niet-wetgevende handelingen die geen betrekking hebben op de leden van hun personeel of op overheidsopdrachten zoals, onder meer, de voordracht of de benoeming van leden van bepaalde (rechtsprekende, adviserende of andere) organen.⁹⁸⁷

Een week na het voormelde arrest van 19 mei 2004 diende het Grondwettelijk Hof zich ook daarover uit te spreken. De prejudiciële vraag die daartoe aanleiding gaf, ligt in het verlengde van de reeds vermelde arresten nrs. 31/96 en 54/2002, waarin het Hof een discriminatie vaststelde doordat ambtenaren (arrest nr. 31/96) en kandidaat-ambtenaren (arrest nr. 54/2002)

⁹⁸⁴ Artikel 14, § 1, tweede lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, zoals gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 15 mei 2007, *BS* 8 juni 2007.

⁹⁸⁵ Zie ook M. NIHOUL, “Les affres de la législation en matière d’”autorité administrative” et le respect de la Constitution”, *JT* 2008, 72, die erop wijst “que le législateur, à la majorité simple, vient modifier – tout au moins préciser avant d’étendre – la portée d’une disposition constitutionnelle”.

⁹⁸⁶ J.-F. LECLERCQ en D. DE ROY, “L’exception d’illégalité et le contrôle incident de légalité des actes administratifs en droit belge par la lorgnette du droit comparé”, in *L’article 159 de la Constitution*, 435.

⁹⁸⁷ GwH 26 mei 2004, nr. 93/2004, B.5.2. Enkele voorbeelden: de Kamer van volksvertegenwoordigers benoemt de leden van het Rekenhof (artikel 180, eerste lid, van de Grondwet) en de federale ombudsmannen (artikel 3 van de wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen); de Senaat benoemt de helft van de leden van de Hoge Raad voor de Justitie (artikel 151, § 2, van de Grondwet); de Kamer en de Senaat dragen beurtelings kandidaten voor rechter in het Grondwettelijk Hof (artikel 32 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof) en voor staatsraad (artikel 70, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State) voor; het Brussels Hoofdstedelijk Parlement benoemt de leden van het rechtscollege bedoeld in artikel 83*quinquies*, § 2, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen.

die van wetgevende vergaderingen afhangen, in tegenstelling tot de ambtenaren die van bestuurlijke overheden afhangen, een beroep tot nietigverklaring van bestuurshandelingen van de overheden waarvan ze afhangen wordt ontzegd. De Raad van State vroeg meer bepaald of de uitbreiding, in 1999 (*supra* nr. 304), van zijn vernietigingsbevoegdheid discriminerend is in zoverre zij niet zou gelden voor een beslissing zoals die van het Brussels Hoofdstedelijk Parlement waarbij een einde wordt gesteld aan de functies van een lid van een door het Parlement aangesteld lid van het Rechtscollege van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest.⁹⁸⁸

In zijn arrest van 26 mei 2004 is het Grondwettelijk Hof van oordeel dat een dergelijke beslissing van een andere aard is dan een administratieve handeling van het Parlement met betrekking tot de leden van zijn personeel. De kern van de redenering luidt als volgt:

“B.5.3. Tot de basisbeginselen van de democratische opbouw van de Staat behoort de regel dat de wetgevende vergaderingen, die verkozen zijn en houders zijn van het residu van de soevereiniteit, in de uitoefening van die opdracht over de ruimste onafhankelijkheid beschikken.

Dat beginsel brengt met zich mee dat, wanneer wetgevende vergaderingen handelingen verrichten die verbonden zijn met hun politiek of wetgevend optreden, die handelingen aan het rechterlijk toezicht van de Raad van State kunnen worden onttrokken.”

In tegenstelling tot beslissingen betreffende personeelsaangelegenheden, is de benoeming van de leden van het betrokken rechtscollege verbonden met het politieke optreden van het Brussels Hoofdstedelijk Parlement. Een dergelijke handeling kan naar het oordeel van het Grondwettelijk Hof, zonder de artikelen 10 en 11 van de Grondwet te schenden, aan de bevoegdheid van de Raad van State worden onttrokken.⁹⁸⁹

De afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft die stelling uitdrukkelijk bevestigd wat de aanstelling van de federale ombudsmannen betreft. Volgens de Raad van State valt die aanstelling “onder de soevereine beoordelingsbevoegdheid van de volksvertegenwoordiging waarop, in het belang van de onafhankelijke gezagsuitoefening van dat politiek orgaan, de rechter zonder uitdrukkelijke rechterlijke machtiging geen toezicht kan uitoefenen”.⁹⁹⁰

310. In een arrest van 22 juni 2009 is afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van oordeel dat artikel 14, § 1, eerste lid, 2°, van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de

⁹⁸⁸ Dat rechtscollege, ingesteld door artikel 83*quinquies*, § 2, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, oefent de rechtsprekende taken uit die in de provincies worden uitgeoefend door de bestendige deputaties. Het administratief arrondissement Brussel-Hoofdstad werd immers onttrokken aan de indeling in provincies en heeft bijgevolg geen provincieraad, noch een bestendige deputatie.

⁹⁸⁹ GwH 26 mei 2004, nr. 93/2004, B.5.2-B.6. Een soortgelijke redenering is reeds terug te vinden in GwH 23 februari 2000, nr. 20/2000, B.3, JT 2000, 446, noot D. DELVAX, m.b.t. de afwezigheid van jurisdictioneel toezicht op de beslissingen van de Controlecommissie betreffende de financiering en de boekhouding van de politieke partijen, een orgaan dat samengesteld is uit parlementsleden. Doordat die afwezigheid van jurisdictioneel toezicht tot doel heeft de onafhankelijkheid van de wetgevende vergaderingen in verhouding tot de andere machten te waarborgen, is zij volgens het Grondwettelijk Hof niet klaarblijkelijk zonder verantwoording en schendt zij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet.

⁹⁹⁰ RvS 19 december 2005, nr. 152.880, Vande Castele. Ook “alle verrichtingen waarmee die aanstelling wordt voorbereid” ontsnappen overigens aan de toetsingsbevoegdheid van de Raad van State (*ibid.*).

Raad van State, in die zin geïnterpreteerd dat het die afdeling niet bevoegd maakt om kennis te nemen van een beroep dat is gericht tegen de benoeming, door de Senaat, van de leden van de Franstalige Benoemingscommissie voor het Notariaat, een discriminatie in het leven roept, vermits zij wel bevoegd is om kennis te nemen van een beroep tot nietigverklaring van de benoeming van de vier andere werkende leden van die commissie, die zijn aangewezen door leden van de algemene vergadering van de Nationale Kamer van Notarissen. Aangezien de Raad van State die discriminatie niet zelf vermog vast te stellen (*supra* nr. 283), stelt hij andermaal een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof.

In zijn arrest van 1 juli 2010 herneemt het Grondwettelijk Hof (in gewijzigde bewoordingen) de redenering van zijn arrest van 26 mei 2004 (*supra* nr. 309):

“B.4. Tot de basisbeginselen van de democratische opbouw van de Staat behoort de regel dat de wetgevende vergaderingen bij de uitoefening van hun opdracht over de ruimste onafhankelijkheid beschikken.

Dat beginsel brengt met zich mee dat een wetgevende vergadering de haar toevertrouwde aangelegenheden, zoals bijvoorbeeld benoemingen, zelf dient te kunnen regelen en haar bevoegdheden op autonome wijze dient te kunnen uitoefenen.”⁹⁹¹

Tegelijkertijd geeft het Grondwettelijk hof evenwel een ruimere lezing aan artikel 14, § 1, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Het daarin gemaakte voorbehoud met betrekking tot “overheidsopdrachten en leden van hun personeel” (*supra* nr. 304) beoogt volgens het Hof de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State niet uit te breiden tot “alle bestuurshandelingen”, en die te beperken tot de administratieve handelingen die tot het “intern functioneren” van de wetgevende vergaderingen behoren, met uitsluiting van die welke hun specifieke opdracht betreffen, met andere woorden tot de handelingen van de wetgevende vergadering die optreedt “als administratieve overheid”.⁹⁹²

De in het geding zijnde benoeming behoort kennelijk tot het “intern functioneren” en niet tot de “specifieke opdracht” van de wetgevende vergaderingen, want het Grondwettelijk Hof komt tot het besluit dat de benoeming aan het rechterlijk toezicht van de Raad van State moet worden onderworpen, al dient de Raad van State bij de uitoefening van dat toezicht rekening te houden met “de bijzondere vertrouwensband die blijkt uit de aanwijzing door een wetgevende vergadering”.⁹⁹³

Het arrest van 1 juli 2010 kan – mede door de vergelijking met de benoeming van de leden van de Hoge Raad voor de Justitie die erin is vervat – als een ommekeer van rechtspraak ten opzichte van het arrest van 26 mei 2004 worden beschouwd. De boodschap die eruit blijkt, is dat bestuurshandelingen die niet de specifieke opdracht van de wetgevende vergaderingen betreffen evengoed als andere bestuurshandelingen aan het rechterlijk toezicht zijn

⁹⁹¹ GwH 1 juli 2010, nr. 79/2010, B.4.

⁹⁹² GwH 1 juli 2010, nr. 79/2010, B.3, met verwijzingen naar de parlementaire voorbereiding.

⁹⁹³ GwH 1 juli 2010, nr. 79/2010, B.6-B.9.

onderworpen, zij het dat dit toezicht zoals bij andere bestuurshandelingen in bepaalde omstandigheden slechts een marginaal toezicht zal kunnen zijn (*infra* nr. 319).

§ 5. Andere beslissingen van een wetgevende vergadering

311. Er zijn nog andere niet-wetgevende beslissingen van een wetgevende vergadering, die aan een rechterlijk wettigheidstoezicht zouden kunnen worden onderworpen. Muylle vermeldt een onuitgegeven vonnis waarin de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel zich onbevoegd acht om kennis te nemen van een geschil waarbij een parlamentslid de beslissing van de Kamer van volksvertegenwoordigers bekritiseerde om niet erkende politieke fracties en onafhankelijke parlamentsleden geen subsidie toe te kennen voor secretariaatskosten. De rechtbank overweegt onder meer “que les règlements que la demanderesse considère comme discriminatoires et partant dommageables à son égard sont des règles relatives à l’organisation et au fonctionnement de la Chambre des représentants; que l’article 60 de la Constitution consacre l’autonomie des assemblées législatives”.⁹⁹⁴

De rechtbank besluit “que le pouvoir judiciaire est incompétent pour s’immiscer dans le pouvoir réglementaire de la Chambre; qu’il ne peut s’ingérer dans les règles de fonctionnement, ni les critiquer, sauf à violer le principe absolu du pouvoir souverain reconnu au législateur”.⁹⁹⁵

312. De hoven en rechtbanken zijn wel bevoegd wanneer een subjectief recht in het geding is, zo blijkt althans uit een beslissing van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in kort geding met betrekking tot de weigering van de Kamer om aan een lid een parlementair medewerker toe te kennen:

“Attendu que l’article 60 de la Constitution tend à assurer l’indépendance de chacune des deux chambres; que le pouvoir judiciaire ne pourrait assurément déterminer en lieu et place de la Chambre le mode suivant lequel elle exerce ses attributions;

Que cet article 60 ne fait toutefois pas obstacle à ce que les tribunaux contrôlent l’exécution donnée aux décisions prises par le Bureau de la Chambre dans la mesure où celles-ci font naître des droits subjectifs dans le chef des fonctionnaires ou députés.”⁹⁹⁶

Hetzelfde criterium wordt door de kortgedingrechter gehanteerd in het kader van een procedure tegen een beslissing van de Senaat om een partij geen zetel van gecoöpteerd senator toe te kennen, terwijl die beweerde op basis van de Grondwet recht op een zetel te hebben. De rechter acht zich bevoegd om voorlopig en marginaal te toetsen of een wetgevende kamer in het kader van het onderzoek van de geloofsbrieven *prima facie* een onrechtmatige aantasting van

⁹⁹⁴ Artikel 60 van de Grondwet bepaalt: “Elke kamer bepaalt, in haar reglement, de wijze waarop zij haar bevoegdheden uitoefent”.

⁹⁹⁵ Rb. Brussel (14^e kamer), 12 januari 1999, R.G. nrs. 97/130/A-97/6165/A, onuitg., geciteerd in K. MUYLLE, “Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?”, in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 150.

⁹⁹⁶ Rb. Brussel (Vz.), 21 april 1997, *TBBR* 1997, 539.

subjectieve rechten heeft begaan.⁹⁹⁷ Hij wijst echter de vordering als ongegrond af omdat de partijen niet voldoende aantonen dat zij ogenschijnlijk recht zouden hebben op een zetel van gecoöpteerd senator en dat de Senaat ogenschijnlijk in strijd met de Grondwet zou hebben gehandeld. Muylle leidt daaruit *a contrario* af dat in geval van een manifeste schending van de Grondwet, de rechter zich bevoegd zou hebben geacht om op te treden.⁹⁹⁸

313. Rekening houdend met artikel 3 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM, dat het (actief en passief) kiesrecht waarborgt, moet die oplossing worden bijgetreden. In een arrest van 2 maart 2010 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in dat verband, in een zaak tegen Roemenië, als volgt geoordeeld:

“54. Par ailleurs, la Cour note que le bureau électoral central et la commission de validation de la Chambre des députés ont examiné la contestation du requérant puis l'ont rejetée pour défaut de fondement. Or, de l'avis de la Cour, un individu dont la nomination à une fonction de député a été refusée a des raisons légitimes de craindre que la grande majorité des membres de l'organe ayant examiné la légalité des élections, plus concrètement les membres représentant les autres partis politiques du bureau central, aient un intérêt contraire au sien. Les règles de composition de cet organe constitué d'un grand nombre de membres représentant des partis politiques ne paraissent donc pas de nature à fournir un gage suffisant d'impartialité. La même conclusion vaut a fortiori pour la commission de validation de la Chambre des députés.

55. En outre, la Cour note qu'aucun tribunal national ne s'est prononcé sur l'interprétation de la disposition légale en question. Ainsi, la Cour suprême de justice a rejeté la contestation du requérant comme irrecevable, considérant que les décisions du bureau central étaient définitives. Par la suite, la Cour constitutionnelle s'est bornée à informer le requérant qu'elle n'était pas compétente en matière électorale. A ce sujet, la Cour rappelle que dans l'affaire Babenko précitée, elle avait jugé important le fait que les allégations du requérant avaient été examinées dans le cadre d'une procédure judiciaire.”⁹⁹⁹

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelde vervolgens een schending vast van het voormelde artikel 3, alsook van artikel 13 van het EVRM dat het recht op een effectief rechtsmiddel waarborgt. Die uitspraak heeft ook gevolgen voor de Belgische rechtsorde. Krachtens artikel 48 van de Grondwet onderzoekt elke Kamer de geloofsbrieven van haar leden en beslecht zij de geschillen die hieromtrent rijzen.¹⁰⁰⁰ Daarop bestaat geen controle door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. De hoogste rechtscolleges zijn eensgezind in het afwijzen

⁹⁹⁷ Rb. Brussel (Vz.), 19 juli 2007, nr. 07/1154, geciteerd in K. MUYLLE, “Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?”, in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 152.

⁹⁹⁸ K. MUYLLE, “Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?”, in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 152. Zoals hoger opgemerkt, moet het marginaal (of *prima facie*) onderzoek, waarin het voldoende is dat een ogenschijnlijk onrechtmatige aantasting van subjectieve rechten wordt vastgesteld, worden onderscheiden van de marginale controle, die beperkt is tot het vaststellen van manifeste onwettigheden (*supra* nr. 203). In dit geval betreft het ongetwijfeld een combinatie van beide: een marginale controle in het kader van een marginaal (of *prima facie*) onderzoek.

⁹⁹⁹ EHRM 2 maart 2010, Grosaru t. Roemenië, §§ 54-55. Zie daarover M. VERDUSSEN, “Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales”, *JT* 2010, 398-402; K. MUYLLE, “L'autonomie parlementaire à l'abri des droits de l'homme? (Cour eur. d. h., Savino c. Italie) 28 avril 2009; Kart c. Turquie, Gde Ch., 3 décembre 2009; Grosaru c. Roumanie, 2 mars 2010”, *RTDH* 2010, 705-731.

¹⁰⁰⁰ In dezelfde zin artikel 31 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

van hun controlebevoegdheid op dat punt.¹⁰⁰¹ Behoudens indien de hoger vermelde rechtspraak van de Brusselse kortgedingrechter zich doorzet (*supra* nr. 312), of indien artikel 48 van de Grondwet spoedig wordt gewijzigd,¹⁰⁰² hangt België stellig een soortgelijke veroordeling boven het hoofd.

§ 6. Andere beslissingen van een orgaan van de rechterlijke macht

314. Zoals voor (bepaalde) beslissingen van organen van de wetgevende macht, beroept het Grondwettelijk Hof zich ook voor (bepaalde) beslissingen van organen van de rechterlijke macht op de onafhankelijkheid van die organen in de uitoefening van hun opdracht.

In een eerste arrest, van 28 maart 2002, diende het Grondwettelijk Hof zich uit te spreken over een verschil in behandeling tussen magistraten die verzoeken te worden aangewezen om een adjunct-mandaat uit te oefenen.

De eerste vergelijking betreft de titularissen van de adjunct-mandaten van ondervoorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, de arbeidsrechtbank en de rechtbank van koophandel, enerzijds, en de titularissen van de adjunct-mandaten van eerste advocaat-generaal, van advocaat-generaal bij het hof van beroep en bij het arbeidshof en van eerste substituut, anderzijds. Terwijl de laatstgenoemden worden aangewezen bij een koninklijk besluit waartegen een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State kan worden ingesteld, worden de eerstgenoemden aangewezen bij een beslissing die, naar gelang van het geval, wordt genomen door de algemene vergadering van het rechtscollege of door de korpschef en waartegen geen dergelijk beroep openstaat, volgens artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Het Hof kan het probleem echter ontwijken door te stellen dat beide categorieën van titularissen van adjunct-mandaten zich in een wezenlijk verschillende situatie bevinden: de eerstgenoemden zijn rechters die worden aangewezen door een vergadering van rechters of in voorkomend geval door een korpschef zonder enig optreden van de uitvoerende macht; de laatstgenoemden zijn leden van het openbaar ministerie die door de Koning worden aangewezen. Die verschillen zouden verantwoord worden dat enkel de laatstgenoemden zich tot de Raad van State kunnen wenden omdat zij een door de Koning gedane aanwijzing betwisten, terwijl de eerstgenoemden een door rechters gedane aanwijzing aanvechten.¹⁰⁰³

¹⁰⁰¹ O.a. GwH 23 februari 2000, nr. 20/2000, B.3-B.6, *JT* 2000, 446, noot D. DELVAX; GwH 13 oktober 2009, nr. 152/2009, B.3-B.4; Cass. 18 oktober 1995, E.95.0003.F, *Arr.Cass.* 1995, 893, nr. 440; RvS 4 maart 1987, nr. 27.619, Ylieff e.a.; RvS 24 mei 2007, nr. 171.527, vereniging Lijst Dedecker en Dedecker; RvS 18 mei 2010, nr. 230.980, Frisque, *JLMB* 2010, 1528, noot M. UYTENDAELE. Het Hof van Justitie van zijn kant acht zich wel bevoegd om een besluit van het Europees Parlement over het onderzoek van de geloofsbrieven van een Europees parlamentslid te controleren en nietig te verklaren, HvJ 30 april 2009, Italië/Parlement, C-393/07 en C-9/08.

¹⁰⁰² Artikel 48 werd evenwel niet opgenomen in de verklaring tot herziening van de Grondwet (*BS* 7 mei 2010).

¹⁰⁰³ GwH 28 maart 2002, nr. 63/2002, B.5-B.6.

De tweede vergelijking betreft evenwel twee categorieën van rechters: de titularissen van de adjunct-mandaten van ondervoorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, de arbeidsrechtbank en de rechtbank van koophandel, enerzijds, en de titularissen van een mandaat van korpschef van de rechtscolleges, anderzijds. De laatstgenoemden worden aangewezen bij een koninklijk besluit en kunnen dus wel een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State instellen.

Op dat punt kan het probleem niet langer worden ontweken. Na te hebben gewezen op het verschil in aanwijzing tussen beide categorieën van rechters, zoals dat uit artikel 151 van de Grondwet blijkt, besluit het Grondwettelijk Hof dat, aangezien de eerstgenoemde titularissen van adjunct-mandaten worden beschouwd als de nauwe medewerkers van de korpschefs en zij worden aangewezen voor een mandaat van drie jaar dat enkel wordt hernieuwd indien zij de beoordeling “goed” krijgen, “een beroep bij een jurisdictioneel orgaan buiten de rechterlijke macht tegen die aanwijzing niet mogelijk zou zijn zonder dat, tegelijk, de onafhankelijkheid van die macht in een aangelegenheid die zijn eigen organisatie en werking betreft, op het spel komt te staan en zonder dat de uitoefening van de voortaan aan de korpschefs toevertrouwde beleidsfuncties wordt belemmerd”.¹⁰⁰⁴

Omgekeerd, zo mag daaruit impliciet worden afgeleid, staat niets de toetsing door een jurisdictioneel orgaan binnen de rechterlijke macht, in voorkomend geval met toepassing van artikel 159 van de Grondwet, in de weg.

315. De zaken liggen wel enigszins anders dan bij bestuurshandelingen van de wetgevende macht omdat het Gerechtelijk Wetboek in een bijzondere procedure voorziet bij het Hof van Cassatie. Krachtens artikel 610, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek neemt dat Hof meer bepaald kennis van “vorderingen tot nietigverklaring van de handelingen waardoor rechters en ambtenaren van het openbaar ministerie, alsook tuchtrechtelijke overheden van openbare en ministeriële ambtenaren en van de balie, hun bevoegdheid mochten hebben overschreden”,¹⁰⁰⁵ zij het dat die vorderingen op grond van artikel 1088 van hetzelfde wetboek enkel door de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op voorschrift van de Minister van Justitie, kunnen worden ingediend.

In een tweede arrest, van 18 februari 2009, wordt het ontbreken van elk rechterlijk toezicht op “de beslissing van een procureur des Konings in verband met de aan een magistraat van het openbaar ministerie toevertrouwde opdrachten [...], zelfs wanneer een dergelijke beslissing een verhulde tuchtsanctie zou vormen” strijdig bevonden met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.¹⁰⁰⁶ Het Grondwettelijk Hof merkte op dat de beslissing van een procureur des Konings in verband met de opdrachten van een magistraat in de regel een maatregel van inwendige aard vormt, waartegen geen beroep kan worden ingesteld, maar uit de motieven van het verwijzingsarrest bleek dat de voor de Raad van State bestreden beslissing zou kunnen zijn

¹⁰⁰⁴ GwH 28 maart 2002, nr. 63/2002, B.5-B.6.

¹⁰⁰⁵ “Onverminderd artikel 14, § 1, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973”, dus onverminderd de bevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van akten en reglementen van organen van de rechterlijke macht met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel.

¹⁰⁰⁶ GwH 18 februari 2009, nr. 27/2009, B.6-B.7.

genomen vanwege het gedrag van de betrokkene en bijgevolg een verholde tuchtsanctie zou kunnen zijn.¹⁰⁰⁷

De vastgestelde discriminatie vindt volgens het Grondwettelijk Hof haar oorsprong noch in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, noch in de artikelen 608, 610 en 1088 van het Gerechtelijk Wetboek. Zij vloeit daarentegen voort uit het feit dat geen enkele bepaling van het Gerechtelijk Wetboek het mogelijk maakt een beroep in te stellen. Het staat aan de wetgever te beoordelen tot welk type van beroep de beslissing van een procureur des Konings moet leiden in verband met de opdrachten van een magistraat van het openbaar ministerie en die een verholde tuchtsanctie zou kunnen vormen, en dat beroep te organiseren binnen de rechterlijke orde.¹⁰⁰⁸

Eerder al was het Hof van Cassatie tot de slotsom gekomen dat het ontbreken van een rechtsmiddel tegen een beslissing waarbij de voorzitter van een rechtbank de dienstregeling van zijn rechtscollege vastlegt zijn oorsprong niet vindt in artikel 610 van het Gerechtelijk Wetboek, in samenhang gelezen met artikel 1088 van hetzelfde wetboek, maar wel in de onthouding van de wetgever om, met betrekking tot de handelingen bedoeld in artikel 610, in andere vorderingen tot nietigverklaring voor het Hof van Cassatie te voorzien dan deze bepaald in artikel 1088. Bijgevolg verklaarde het Hof de vordering tot nietigverklaring onontvankelijk, na te hebben geoordeeld dat er geen aanleiding was om een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen.¹⁰⁰⁹ Volgens het Hof van Cassatie betreft het een maatregel van inwendige orde. Het openbaar ministerie was bovendien van oordeel dat er in het stelsel van de rechterlijke tucht geen plaats is voor vermomde disciplinaire sancties.¹⁰¹⁰

Nog eerder, echter, was reeds openlijk de vraag gesteld of artikel 1088 van het Gerechtelijk Wetboek zelf niet buiten toepassing moet worden gelaten wegens strijdigheid met het recht op toegang tot de rechter en of de wetgever in ieder geval de beperking vervat in dat artikel niet moet opheffen.¹⁰¹¹

In een derde arrest, van 9 juli 2009, heeft het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk erkend dat een schrapping van de lijst van beëdigde vertalers, door een commissie binnen de rechtbank van eerste aanleg te Brussel, onrechtmatig zou kunnen blijken en dat de hoven en rechtbanken in dat geval bevoegd zijn om kennis te nemen van het geschil dat uit die schrapping is ontstaan.¹⁰¹²

¹⁰⁰⁷ GwH 18 februari 2009, nr. 27/2009, B.1. Over maatregelen van inwendige aard en tuchtmaatregelen ten aanzien van magistraten, zie S. VELU, "Mesures d'ordre intérieur et sanctions disciplinaires dans la magistrature judiciaire", in *Imperat lex. Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 333-362.

¹⁰⁰⁸ GwH 18 februari 2009, nr. 27/2009, B.7-B.9. Zie ook reeds GwH 26 april 1994, nr. 33/94, B.6.2; GwH 9 januari 2002, nr. 3/2002, B.5-B.9.

¹⁰⁰⁹ Cass. 31 mei 2001, C.00.0383.F, *Arr.Cass.* 2001, 1060, nr. 328, concl. DE RIEMAECKER.

¹⁰¹⁰ Zie het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2000-2001*, 169.

¹⁰¹¹ E. MARON, "Les notions d'acte administratif et d'autorité administrative: compétence ou incompétence du Conseil d'Etat pour connaître des recours en annulation dirigés contre les actes de nature administrative accomplis par des autorités relevant du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire?", in B. BLERO (ed.), *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 320 en 342-343.

¹⁰¹² GwH 9 juli 2009, nr. 106/2009, B.3.2.

In een vierde en voorlopig¹⁰¹³ laatste arrest, van 17 september 2009, heeft het Grondwettelijk Hof ontkennend geantwoord op de vraag of artikel 14, § 1, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt in zoverre het de kandidaten voor een ambt in de magistratuur een beroep bij de Raad van State ontzegt tegen de beslissingen die te hunnen aanzien zijn genomen door de Hoge Raad voor de Justitie, terwijl de andere kandidaten voor een openbaar ambt over een dergelijk beroep beschikken tegen de beslissingen die te hunnen aanzien zijn genomen door Selor. Het Hof was meer precies van oordeel dat de voormelde situaties niet vergelijkbaar zijn.¹⁰¹⁴

Ten slotte moet nog worden opgemerkt dat de Raad van State, hoewel hij zich in beginsel onbevoegd acht om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring van “administratieve akten” van organen van de rechterlijke macht, wel bij wijze van exceptie toezicht uitoefent op die akten, genomen in het kader van een procedure die uitmondt in een administratieve handeling van een administratieve overheid. In het arrest *Vannuvel* van 6 februari 1970 vernietigde de Raad van State bijvoorbeeld de benoeming, bij koninklijk besluit, van een griffieklerk bij een vrederechter, op grond van een onregelmatige voordracht door de vrederechter.¹⁰¹⁵

316. Met toepassing van artikel 151, § 1, van de Grondwet legt de minister van Justitie de richtlijnen van het strafrechtelijk beleid vast, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid. Hij dient daarover het advies in te winnen van het college van procureurs-generaal.¹⁰¹⁶ Hoewel het openbaar ministerie onafhankelijk is in de individuele opsporing en vervolging,¹⁰¹⁷ zijn de voormelde richtlijnen bindend voor alle leden van het openbaar ministerie.

De richtlijnen kunnen algemene criteria en modaliteiten bevatten om het opsporings- en vervolgingsbeleid uit te oefenen, maar zij mogen niet “leiden tot het buiten werking stellen van een wet of impliceren dat de minister van Justitie een individueel negatief injunctierecht zou uitoefenen”.¹⁰¹⁸ Het Grondwettelijk Hof heeft erop gewezen dat de minister van Justitie bij de uitoefening van de hem toegekende bevoegdheid het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie (artikelen 10 en 11 van de Grondwet) in acht moet nemen en dat het de

¹⁰¹³ Zie RvS 8 maart 2010, nr. 201.600, Haesbrouck, waarbij aan het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag wordt gesteld of artikel 14, § 1, eerste lid, 1° en 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, in die zin gelezen dat de Raad van State niet bevoegd is om kennis te nemen van een annulatieberoep ingesteld door een magistraat van de Raad van State tegen een beslissing waarbij een orgaan van de Raad van State hem een maatregel van orde oplegt die mogelijk een verkapte tuchtstraf vormt, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt doordat de betrokken magistraat over geen rechtsmiddel beschikt om zich tegen dergelijke beslissingen te verzetten, terwijl de magistraten van de rechterlijke orde en de burgers zich wel in rechte kunnen voorzien tegen dergelijke beslissingen (zaak met rolnr. 4896).

¹⁰¹⁴ GwH 17 september 2009, nr. 136/2009, B.3.3. Zie ook de nieuwe prejudiciële vraag gesteld door RvS 16 december 2010, nr. 209.778, Freteur (zaak met rolnr. 5072 voor het Grondwettelijk Hof).

¹⁰¹⁵ RvS 6 februari 1970, nr. 13.946, Vannuvel. Voor meer voorbeelden, zie M. DUMONT, “Le droit à la protection juridique”, noot onder GwH 26 april 1994, nr. 33/94, *RTDH* 1995, 498-499.

¹⁰¹⁶ Artikel 143ter van het Gerechtelijk Wetboek, zoals ingevoegd door artikel 3 van de wet van 4 maart 1997 tot instelling van het college van procureurs-generaal en tot instelling van het ambt van nationaal magistraat.

¹⁰¹⁷ Artikel 151, § 1, van de Grondwet.

¹⁰¹⁸ *Parl.St.* Kamer 1996-97, nr. 867/6, 4. De minister van Justitie heeft op grond van artikel 151, § 1, van de Grondwet wel een positief injunctierecht (het recht om de leden van het openbaar ministerie te bevelen een strafvervolgung in te stellen).

administratieve of de gewone rechtscolleges toekomt om daarop, binnen de grenzen van hun bevoegdheid, toe te zien.¹⁰¹⁹ Daaruit volgt derhalve dat de voormelde richtlijnen aan het rechterlijk wettigheidstoezicht op grond van artikel 159 van de Grondwet zijn onderworpen.

De procureurs-generaal bij de hoven van beroep staan in voor de tenuitvoerlegging van de richtlijnen binnen hun rechtsgebied, maar daar stoot het rechterlijk toezicht op een belangrijke grens. Hoewel het opsporen en vervolgen van misdrijven traditioneel wordt gezien als een uitvoerende taak, bij de uitoefening waarvan de leden van het openbaar ministerie onder het gezag van de minister van Justitie vallen,¹⁰²⁰ verhindert de grondwettelijk gewaarborgde onafhankelijkheid van het openbaar ministerie in de individuele opsporing- en vervolging (artikel 151, § 1, van de Grondwet) dat de beslissingen van de leden van het openbaar ministerie op dat vlak aan het (normale) rechterlijk wettigheidstoezicht op grond van artikel 159 van de Grondwet worden onderworpen.¹⁰²¹ Een miskennis van de bindende richtlijnen kan dus in beginsel de geldigheid van een strafvordering niet aantasten.¹⁰²²

317. Zoals dat voor elke overheid het geval is, mag ook het openbaar ministerie niet willekeurig optreden. Zoals de wetgevende en de uitvoerende macht (*infra* nr. 579), kan ook de rechterlijke macht overigens de aansprakelijkheid van de overheid in het geding brengen.¹⁰²³

Wat het verbod van willekeur betreft, luidt de (overheersende) rechtspraak van het Hof van Cassatie niettemin dat uit de individuele vervolging geen schending van het gelijkheidsbeginsel kan worden afgeleid:

“Overwegende dat de omstandigheid dat de procureur des Konings het in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet neergelegde gelijkheidsbeginsel zou hebben miskend door een bepaald persoon te vervolgen en niet een ander waarvan wordt beweerd dat hij zich in dezelfde toestand zou bevinden - wat de strafrechter, afgezien van de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie, bij ontstentenis van gegevens betreffende het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie niet eens zou kunnen beoordelen - de strafbaarheid van het door de beklagde gepleegde misdrijf niet wegneemt, noch het verval van de strafvordering tot gevolg heeft”.¹⁰²⁴

¹⁰¹⁹ GwH 14 juli 1997, nr. 52/97, 6.2.

¹⁰²⁰ A. ALEN, *Handboek*, 258.

¹⁰²¹ En evenmin op grond van een rechtsmiddel, aangezien de beslissing om al dan niet te vervolgen geen jurisdictionele beslissing betreft, Cass. 22 oktober 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 230, nr. 111, maar een louter feitelijke beslissing, R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 66. De wetgever van zijn kant kan het openbaar ministerie wel ertoe verplichten bepaalde categorieën van misdrijven te vervolgen zonder dat het de opportuniteit van die vervolging mag beoordelen, maar hij mag het openbaar ministerie niet verhinderen na te gaan of er een rechtvaardigingsgrond bestaat, in welk geval de feiten geen misdrijf uitmaken, zie GwH 16 november 2004, nr. 182/2004, B.5.5.1 en B.5.6.

¹⁰²² R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 83.

¹⁰²³ Cass. 19 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 364.

¹⁰²⁴ Cass. 4 juni 1996, P.95.1017.N, *Arr.Cass.* 1996, 546, nr. 212, *RW* 1996-97, 676, noot A. VANDEPLAS. In dezelfde zin Cass. 15 januari 2002, P.00.0806.N, *Arr.Cass.* 2002, 145, nr. 27. Zie eerder reeds Cass. 13 december 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 510, naar luid van de samenvatting: “Uit het enkele feit dat het openbaar ministerie voor elk geval afzonderlijk oordeelt of het wenselijk is vervolging in te stellen, valt geen schending van de grondwetsregel van de gelijkheid van de Belgen voor de wet af te leiden”.

Het Grondwettelijk Hof van zijn kant vermag zich enkel uit te spreken over de bestaanbaarheid van een verschil in behandeling met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet als dat verschil aan een norm met een wetgevend karakter kan worden toegeschreven. Noch artikel 26, § 1, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 noch enige andere grondwettelijke of wettelijke bepaling verleent het Hof de bevoegdheid om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de vraag of het gegeven dat het openbaar ministerie naar aanleiding van het verbaliseren van een verkeersovertreding nu eens opteert voor een dagvaarding voor de politierechtbank, dan weer voor een voorstel tot een minnelijke schikking, al dan niet bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.¹⁰²⁵

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voert daarentegen wel een zekere controle uit op het discriminerend karakter van het vervolgingsbeleid, zo blijkt uit het arrest Hamer, dat ook in een volgend hoofdstuk nog aan bod komt (*infra* nr. 537):

“En l'espèce, la Cour rappelle que la maison de la requérante avait été érigée illégalement sans permis dans une zone forestière. La protection de l'intérêt général exigeait donc que les autorités prissent les mesures nécessaires pour faire cesser une situation délictuelle qui durait. Le fait que les quatre autres propriétaires de maisons situées dans le même secteur n'avaient pas fait l'objet des mêmes poursuites que la requérante était dû au fait – comme l'indique le Gouvernement – que l'administration flamande compétente semblait ignorer à l'époque l'existence de ces constructions. D'ailleurs, les poursuites contre la requérante ont été déclenchées après un constat de travaux d'abattage d'arbres et d'aménagement de la construction. Enfin, des statistiques produites par le Gouvernement concernant les années 1998 à 2003 démontrent bien que les poursuites engagées contre la requérante n'étaient pas un acte isolé, fortuit ou arbitraire, mais faisaient partie d'une politique cohérente et systématique des autorités compétentes de lutte contre les infractions à la législation relative à la protection des zones forestières. En effet, il ressort de ces statistiques qu'en région flamande il y a eu pendant ces années 887 jugements de remise en état.”¹⁰²⁶

Ook uit een (voorlopig alleenstaand) arrest van het Hof van Cassatie, dat afwijkt van de hoger vermelde rechtspraak, blijkt dat de rechter, hoewel hij zich niet in de plaats van de vervolgingsmagistraat mag stellen, toch kan nagaan of de vervolging van de beklagde willekeurig is.¹⁰²⁷ Sedert de procureur de beslissingen van seponering dient te motiveren,¹⁰²⁸ ligt de weg breed open voor een, weze het marginale, toetsing van de individuele vervolgingsbeslissingen.¹⁰²⁹ Die toetsing moet de rechter tevens toelaten om onwettige ministeriële richtlijnen van strafrechtelijk beleid buiten toepassing te laten (*supra* nr. 316).

¹⁰²⁵ GwH 2 april 2009, nr. 68/2009, B.2. Zie ook reeds GwH 18 november 1998, nr. 114/98, B.8.

¹⁰²⁶ EHRM 27 november 2007, Hamer t. België, § 68.

¹⁰²⁷ Cass. 15 februari 2000, *T. Strafr.* 2000, 122, noot T. VANDER BEKEN.

¹⁰²⁸ Artikel 28*quater*, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering, ingevoegd door de wet van 12 maart 1998 (wet-Franchimont).

¹⁰²⁹ A. VAN OEVELEN, “Het opportuniteitsbeginsel inzake strafvervolging en de toetsing van de beslissing al of niet te vervolgen aan de algemene zorgvuldigheidsnorm”, noot onder Antwerpen 19 maart 2003, *RW* 2003-04, 1698.

§ 7. Besluit: hoe ver mag de rechter gaan in zijn toezicht op grond van artikel 159 van de Grondwet?

318. Op grond van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State is nu – hoe men artikel 159 van de Grondwet ook uitlegt (*supra* nr. 305) – in een rechterlijk wettigheidstoezicht voorzien op de akten en reglementen van wetgevende vergaderingen, rechtscolleges en de instellingen die ermee samenhangen met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel. Wellicht beoogde de wetgever enkel het rechterlijk wettigheidstoezicht door de Raad van State, maar de bepaling is zo geformuleerd dat elke rechter zich erop kan beroepen.

Het is echter afwachten of het Hof van Cassatie die bepaling niet overbodig zal achten en de toetsingsbevoegdheid van de gewone hoven en rechtbanken ten aanzien van de bestuurshandelingen, zowel individuele als reglementaire, van de organen van de wetgevende en rechterlijke macht rechtstreeks zal steunen op artikel 159 van de Grondwet, daarbij voorbijgaand aan de beperkende interpretatie van die bepaling door het Grondwettelijk Hof en de afdeling wetgeving van de Raad van State en zich steunend op de algemene draagwijdte van die grondwetsbepaling.

319. Gelet op de algemene draagwijdte van artikel 159 van de Grondwet, lijkt met Lust immers te moeten worden aangenomen dat de waarborg van die bepaling ook geldt ten aanzien van administratieve beslissingen van overheden die tot de wetgevende of rechterlijke macht behoren, zeker indien zij beogen rechtsgevolgen te hebben jegens derden,¹⁰³⁰ en dat elke rechter die beslissingen buiten toepassing moet laten indien ze strijdig zijn met het recht. Die waarborg, zo voegt zij eraan toe, geldt uiteraard enkel met betrekking tot zuiver administratieve handelingen van die overheden en niet met betrekking tot handelingen die nauw verbonden zijn met hun specifieke taken als wetgevende of rechterlijke macht.¹⁰³¹ Die laatste handelingen worden, wat de wetgevende macht betreft, ook “actes de haute tutelle” of “handelingen van hoog toezicht” genoemd.¹⁰³² Zij vertonen, vanwege hun politieke aard, een nauwe verwantschap met de “regeringdadens” van de uitvoerende macht (*infra* nr. 320).

De vraag is echter waar de grens ligt. Het beginsel van de scheiding der machten lijkt niet langer bruikbaar, tenminste als het steunt op de achterhaalde idee van een almachtige en soevereine wetgevende macht. Als het daarentegen wordt opgevat als een verbod om zich met de kern van de wetgevende opdracht in te laten, kan het nog steeds een nuttige rol vervullen. Hetzelfde argument gaat op, *mutatis mutandis*, voor de rechterlijke macht.

¹⁰³⁰ Zie ook HvJ 23 april 1986, Parti écologiste ‘Les Verts’, 294/83, punt 25.

¹⁰³¹ S. LUST, “De bestuursgeschillen. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen”, in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Gerechtigd recht*, Themis-Cahier 19, Brugge, die Keure, 2003-04, 96.

¹⁰³² J. VELU, *Droit public*, tome I, *Le statut des gouvernants*, Brussel, Bruylant, 1986, 711. Vgl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. voor Cass. 27 mei 1971, *Pas.* 1971, I, 895, waarin de goedkeuring van een verdrag “un acte de haute tutelle des Chambres législatives” wordt genoemd; Cass. 30 januari 1976, *Arr.Cass.* 1976, 632, concl. F. DUMON, waarin de bekrachtiging van een overeenkomst, bij wet houdende goedkeuring van de begroting, als een “akte van hoge administratieve voogdij” wordt gekwalificeerd.

Meer bruikbaar lijkt echter het beginsel van de rechtsbescherming, meer precies het beginsel van het ontbreken van leemten in de rechtsbescherming.¹⁰³³ Zodra subjectieve rechten in het geding zijn, moet elke aantasting van die subjectieve rechten aan een rechterlijke controle kunnen worden onderworpen (*supra* nr. 15). De hoger aangehaalde beslissingen in kort geding zijn goede toepassingen van deze theorie. Maar rechtsbescherming mag evenmin ontbreken wanneer, hoewel geen subjectieve rechten in het geding zijn, een (niet-wetgevende) handeling van een orgaan van de wetgevende of de rechterlijke macht beoogt rechtsgevolgen jegens derden teweeg te brengen (*supra* nr. 19). Van zodra, ter vergelijking, een handeling van het Europees Parlement het strikte kader van de interne organisatie van die instelling te buiten gaat en rechtsgevolgen heeft voor derden, kunnen die laatsten in rechte optreden.¹⁰³⁴

Een mening of een stem uitgebracht in de uitoefening van de functie van parlements lid kan gewis geen aanleiding geven tot een aansprakelijkheidsvordering, ook niet jegens de Staat, de gemeenschap of het gewest. Het Hof van Cassatie heeft in dat verband geoordeeld dat de parlementaire onverantwoordelijkheid een legitiem doel dient. Zij strekt tot “het beschermen van de vrije meningsuiting van een parlements lid in het parlement en de handhaving van de scheiding der machten tussen wetgever en rechter”.¹⁰³⁵

Voordrachten en benoemingen die een wetgevende vergadering verricht, vertonen daarentegen niet dezelfde politieke inslag die het ontzeggen van elke jurisdictionele bescherming zou kunnen verantwoorden. In elk geval vereist het Europees Hof voor de Rechten van de Mens “des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat” om dergelijke beslissingen aan het recht op toegang tot de rechter, dat in artikel 6 van het EVRM is vervat, te kunnen onttrekken.¹⁰³⁶

Kortom: ook de “besluiten en verordeningen” van organen van de wetgevende en de rechterlijke macht dienen in beginsel aan het rechterlijk wettigheidstoezicht, zowel rechtstreeks als incidenteel, te worden onderworpen. Dat neemt uiteraard niet weg dat die controle, gelet op de ruime (politieke) beoordelingsvrijheid waarin dergelijke beslissingen worden genomen, slechts op een marginale wijze kan worden uitgeoefend.

¹⁰³³ Vgl. D. RUIZ-JARABO COLOMER, conclusie van 16 oktober 2008 voor HvJ 12 februari 2009, Deko Marty Belgium, C-339/07, die het heeft over “het beginsel van het ontbreken van leemten” tussen twee verordeningen (punt 71).

¹⁰³⁴ Vgl. HvJ 23 april 1986, Parti écologiste ‘Les Verts’ t. Europees Parlement, 294/83, punt 25. Zie K. MUYLLE, “Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?”, in A. ALÉN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 164-165.

¹⁰³⁵ Cass. 1 juni 2006, RW 2006-07, 213, concl. M. DE SWAEF, noot A. VAN OEVELEN, *JLMB* 2006, 1524, noot Y. THIELS en I. WOUTERS, *JT* 2006, 461, noot S. VAN DROOGHENBROECK, *TBP* 2006, 435, noot K. MUYLLE, *CDPK* 2006, 905, noot E. MAES.

¹⁰³⁶ EHRM 28 april 2009, Savino t. Italië, § 76, m.b.t. benoemingen door een orgaan van de Italiaanse Kamer van volksvertegenwoordigers. Zie daarover K. MUYLLE, “L'autonomie parlementaire à l'abri des droits de l'homme? (Cour eur. d. h., Savino c. Italie) 28 avril 2009; Kart c. Turquie, Gde Ch., 3 décembre 2009; Grosaru c. Roumanie, 2 mars 2010”, *RTDH* 2010, 705-731.

Afdeling 5 – Regeringsdaden

320. Na het betoog om ook bestuurshandelingen van de wetgevende en de rechterlijke macht maximaal onder het toepassingsgebied van artikel 159 van de Grondwet te brengen (*supra* nr. 319), zal het weinig verwondering wekken dat in dit proefschrift het bestaansrecht van zogenaamde regeringsdaden, die volledig aan het rechterlijk wettigheidstoezicht zouden ontsnappen, van de hand wordt gewezen.

Regeringsdaden zijn besluiten en handelingen die uitgaan van de administratie, maar waartegen, wegens hun uitgesproken politieke inslag, geen beroep zou kunnen worden ingesteld, noch bij de Raad van State, noch bij de gewone hoven en rechtbanken, hoewel die besluiten en handelingen op het eerste gezicht wel onder hun bevoegdheid vallen. Het zou met name gaan om handelingen en besluiten van het bestuur in zijn relatie met het parlement en handelingen en besluiten in het kader van de buitenlandse betrekkingen.¹⁰³⁷ Regeringsdaden zouden derhalve niet alleen, zoals alle bestuurshandelingen, onttrokken zijn aan elk toezicht van de rechter op de opportuniteit (*infra* nr. 360), maar ook aan elk toezicht van de rechter op de wettigheid.¹⁰³⁸

De Raad van State lijkt het bestaan van regeringsdaden in sommige arresten te erkennen,¹⁰³⁹ maar in de rechtspraak van de gewone hoven en rechtbanken is daarvan nauwelijks een spoor terug te vinden.¹⁰⁴⁰ Zij lijken er integendeel van uit te gaan, inzonderheid inzake

¹⁰³⁷ S. EVERAERT, "Regeringsdaden naar Frans en Belgisch recht", *TBP* 2002, 618 en 622. Leroy vermeldt ook nog de handelingen en besluiten die verband houden met de staatsveiligheid of met een oorlog, M. LEROY, *Contentieux administratif*, Brussel, Bruylant, 2008, 256-257.

¹⁰³⁸ R. ERGEC, "Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux: actes de gouvernement ou réserve du pouvoir discrétionnaire?", *RDIDC* 1986, 73-74; S. EVERAERT, "Regeringsdaden naar Frans en Belgisch recht", *TBP* 2002, 619.

¹⁰³⁹ Al is dat niet helemaal zeker, zie M. LEROY, "Les actes de gouvernement: un spectre qui hante la jurisprudence du Conseil d'Etat", *APT* 1999, 186-187. Bv. RvS 30 september 1998, nr. 76.007, Beerten, waarin de Raad van State met betrekking tot een uitstel van bekendmaking van een door de wetgevende kamers goedgekeurde en door de Koning ondertekende wet besluit dat het "niet gaat om een regeringsdaad die aan het wettelijkheidstoezicht van de Raad van State onttrokken is". Zie ook RvS 24 oktober 2005, nr. 150.550, Remysen, waarin de Raad van State overweegt "dat, voor zover het Belgisch Publiek Recht het bestaan van zogenaamde regeringsdaden erkent, de definitie hiervan zeer beperkend moet worden opgevat en er geen enkele reden is waarom administratieve beslissingen genomen met betrekking tot de strafuitvoering tegen individuele personen beschouwd zouden moeten worden als regeringsdaden die aan elk rechterlijk toezicht ontsnappen". Vgl. evenwel RvS 18 mei 2010, nr. 203.980, Frisque, *JLMB* 2010, 1528, noot M. UYTENDAELE.

¹⁰⁴⁰ Zie bv. Cass. 14 januari 1976, *RW* 1975-76, 1745, concl. F. DUMON, waarin het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat de Koning, door de afkondiging, op authentieke wijze vaststelt dat de wet op regelmatige wijze is tot stand gekomen en dat het niet aan de rechterlijke macht staat te onderzoeken of bij de bespreking of de stemming van een wetsontwerp of wetsvoorstel de bepalingen van de reglementen van de wetgevende kamers al dan niet zijn in acht genomen. Vgl. RvS 4 november 1985, nr. 25.797, Vlaamse Gemeenschap, *APT* 1986, 159, uittreksel verslag W. VAN ASSCHE, *RW* 1986-87, 1092, noot L.P. SUETENS. Vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming worden de gevolgen in dat geval geminimaliseerd omdat niet zozeer de vaststelling dat de wet regelmatig is tot stand gekomen, maar wel de inhoud van de wet giefhoudend is voor de individuele rechtsonderhorige, A. ALEN en J. CLEMENT, "De hiërarchie der rechtsnormen", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2006, 23.

overheidsaansprakelijkheid, dat er geen categorie van bestuurshandelingen bestaat die wegens hun groot politiek belang aan iedere rechterlijke controle zou ontsnappen.¹⁰⁴¹

De rechtsfiguur van de regeringsdaden stamt uit het Franse administratief recht, maar vindt in het Belgische grondwettelijk systeem, dat er van oorsprong sterk op is gericht de uitvoerende macht binnen de grenzen van de wettigheid te houden, een weinig vruchtbare voedingsbodem. Het onttrekken van een categorie van bestuurshandelingen aan elk rechterlijk wettigheidstoezicht valt niet alleen moeilijk te rijmen met de uitgangspunten van de Belgische Grondwet, het staat ook haaks op het beginsel van de rechtsstaat, op grond waarvan ook de overheid aan de rechtsregels is onderworpen (*supra* nr. 11).¹⁰⁴²

Het lijkt daarom de beste keuze om de zogenaamde regeringsdaden bij de discretionaire bevoegdheden van het bestuur onder te brengen, waarvan de uitoefening slechts aan een marginaal rechterlijk toezicht is onderworpen.¹⁰⁴³

Afdeling 6 – Bijzondere machtenbesluiten

321. Een koninklijk besluit genomen krachtens een wet die de Koning ertoe machtigt wettelijke bepalingen te wijzigen, aan te vullen en eventueel op te heffen, is een handeling van de uitvoerende macht die is onderworpen aan de toetsing bedoeld in artikel 159 van de Grondwet en waartegen een beroep tot nietigverklaring bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan worden ingesteld. Een wet die de uitvoerende macht machtigt om, in welbepaalde omstandigheden, bepalingen van wetgevende aard te wijzigen, kent immers niet de hoedanigheid van wetgevende handelingen in de formele zin toe aan de handelingen van de uitvoerende macht die in het kader van een dergelijke machtiging zijn genomen. Een dergelijke machtigingswet houdt overigens geen voorafgaande en impliciete bekrachtiging in van de ter uitvoering van die wet uitgevaardigde handelingen.¹⁰⁴⁴

Een koninklijk besluit genomen ter uitvoering van een bijzondere machtenwet is dus onderworpen aan artikel 159 van de Grondwet, ook als het een wet wijzigt,¹⁰⁴⁵ zij het dat de

¹⁰⁴¹ C. HUBERLANT, "Les actes de gouvernement. L'état de la question en droit belge", *Ann.dr.* 1954, 53; S. EVERAERT, "Regeringsdaden naar Frans en Belgisch recht", *TBP* 2002, 624 en 628.

¹⁰⁴² En op gespannen voet met de artikelen 6 en 13 van het EVRM, die met name een recht op toegang tot de rechter waarborgen, zie daarover L. LOUCAIDES, "The Right of Access to a Court and the Doctrine of Political Acts", in *The European Convention on Human Rights. Collected Essays*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 225-242 en D. SPIELMANN, "Acte de gouvernement et droits fondamentaux", in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 751-767.

¹⁰⁴³ Ook het Hof van Justitie lijkt de regeringsdaden van de hand te wijzen, zie HvJ (Grote kamer) 15 december 2009, Commissie/Italië e.a., C-239/06 e.a., punten 48-50 en D. RUIZ-JARABO COLOMER, conclusie van 10 februari 2009 in de voormelde zaken, punt 133. Vgl. ook de rechtspraak van de Raad van State inzake individuele constructieve moties van wantrouwen, bv. RvS 28 mei 2008, nr. 183.513, Vanbergen, met verwijzing naar GwH 19 december 2007, nr. 156/2007. Zie ten slotte RvS 18 mei 2010, nr. 203.980, Frisque, inzake een vordering tot schorsing van het koninklijk besluit van 7 mei 2010 houdende bijeenroeping van de kiescolleges voor de verkiezing van de federale Wetgevende Kamers en bijeenroeping van de nieuwe federale Wetgevende Kamers.

¹⁰⁴⁴ GwH 9 november 2005, nr. 163/2005, B.3.

¹⁰⁴⁵ GwH 7 februari 1991, nr. 2/91, B.1.

hoven en rechtbanken en de Raad van State veelal enkel nagaan of het bijzondere machtenbesluit binnen de perken van de machtigingswet blijft.¹⁰⁴⁶ Bijzondere machtenbesluiten moeten eveneens overeenstemmen met de andere wetten, maar enkel voor zover de bijzondere machtenwet de Koning niet toestaat ervan af te wijken.¹⁰⁴⁷ Bij de toetsing van de bijzondere machtenbesluiten aan de bijzondere machtenwet is de interpretatiemarge voor de machtigingswet zeer ruim zodat een ongrondwettige machtiging slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden (duidelijk ongrondwettige tekst én expliciet ongrondwettige bedoeling)¹⁰⁴⁸ mogelijk is.¹⁰⁴⁹

322. Zodra het bijzondere machtenbesluit – en in het algemeen elk koninklijk besluit – bij wet is bekrachtigd,¹⁰⁵⁰ ontsnapt het aan de toepassing van artikel 159 van de Grondwet.¹⁰⁵¹ De rechtmatigheid van een bepaling met kracht van wet kan immers niet met een exceptie van onwettigheid worden betwist (*supra* nr. 281).

In de regel kan het Hof van Cassatie bij de beoordeling van de wettigheid van een rechterlijke beslissing zijn toezicht slechts uitoefenen uitgaande van de dag waarop die beslissing is genomen. Die regel vindt evenwel geen toepassing wanneer de appelrechters een koninklijk besluit onwettig hebben bevonden en de wetgever dat koninklijk besluit nadien met terugwerkende kracht heeft bekrachtigd.¹⁰⁵² Het Hof van Cassatie moet met andere woorden de bij wet bekrachtigde bepalingen van het koninklijk besluit in aanmerking nemen.¹⁰⁵³

¹⁰⁴⁶ A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 36, en de aldaar geciteerde rechtspraak. Cf. M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Brussel, Bruylant, 1987, 163, alsook W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. bij Cass. 3 mei 1974, RW 1974-75, 82. Hetzelfde geldt voor de zogenaamde “oneigenlijke besluitwetten” genomen krachtens buitengewone machtenwetten, die als handelingen van de uitvoerende macht aan de regel van artikel 159 van de Grondwet onderworpen blijven (*infra* nr. 326).

¹⁰⁴⁷ A. ALEN, *Handboek*, 196.

¹⁰⁴⁸ Volgens de zgn. Waleffe- of Cornil-doctrine (*supra* nr. 283), Cass. 20 april 1950 (Waleffe), *Pas.* 1950, I, 560, met concl. L. CORNIL. Deze leer is niet alleen van toepassing op bijzondere machtenbesluiten, maar geldt ook voor alle andere besluiten van de uitvoerende macht die steunen op een wetgevende norm en waarvan de ongrondwettigheid wordt aangevoerd, bv. RvS 17 mei 1995, nrs. 53.318, Pépin, *JLMB* 1996, 712, noot P. COENRAETS. Voor een toepassing, zie Cass. 3 januari 2003, C.00.0116.N, *Arr.Cass.* 2003, 9, nr. 4 en Cass. 6 november 2003, C.00.0144.N, *Arr.Cass.* 2003, 2050, nr. 559.

¹⁰⁴⁹ J. VANDE LANOTTE, “Zijn alle Koninklijke Besluiten gelijk voor de Grondwet?”, in *Liber Amicorum Robert Senelle*, Brugge, die Keure, 1986, 272. Zie ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Syllabusuitgave, deel II, Kluwer, Mechelen, 2008, 248-249.

¹⁰⁵⁰ Door de bekrachtiging heeft het besluit wetgevende kracht op de datum van zijn inwerkingtreding (*infra* nr. 429).

¹⁰⁵¹ RvS 10 oktober 1991, nrs. 37.835 en 37.836, Beckers en Maes; Cass. 28 februari 2005, S.04.0149.N, *Arr.Cass.* 2005, nr. 125. Zie ook RvS, afd. wetgeving, advies van 23 januari 1997 over een voorontwerp van wet “tot bekrachtiging van de wet van 26 juli 1996 strekkende tot realisatie van de budgettaire voorwaarden tot deelname van België aan de Europese Economische en Monetaire Unie, en de wet van 26 juli 1996 tot modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels”, *Parl.St.* Kamer 1996-97, nr. 925/1, 27.

¹⁰⁵² Cass. 8 september 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 31, nr. 14; Cass. 1 december 2008, S.07.0116.N, *Arr.Cass.* 2008, 2779, nr. 684, concl. R. MORTIER. Zie daarover ook het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2008*, 114-115.

¹⁰⁵³ P. LEFRANC, “De rechter bestuurt niet”, in F. EVERS en P. LEFRANC (red.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, die Keure, 2009, 112.

323. Vanaf de bekrachtiging ervan, meer precies vanaf de bekendmaking van de bekrachtigingswet,¹⁰⁵⁴ valt een besluit onder de controlebevoegdheid van het Grondwettelijk Hof:

“3.B.1.b. Door de bekrachtiging van een bijzondere-machtenbesluit dient de wetgever te worden geacht zich de door de uitvoerende macht in dat besluit geregelde aangelegenheden te hebben toegeëigend zodat een bevoegdheidsoverschrijding in het bijzondere-machtenbesluit tevens aan de wetgever zal te wijten zijn.

[...]

3.B.2.b. De bekrachtiging door de wetgever van een bijzondere-machtenbesluit heeft tot gevolg dat het besluit aan het rechterlijk wettigheidstoezicht wordt onttrokken en dat het niet langer een voor annulatieberoep bij de Raad van State vatbare handeling is.

Door de bekrachtiging wordt het bijzondere-machtenbesluit beschouwd als gelijkgesteld met een wet en komt de inhoud ervan in aanmerking voor beoordeling door het Hof krachtens artikel 1, § 1°, van de wet van 28 juni 1983, die is uitgevaardigd ter uitvoering van artikel 107ter, § 2, van de Grondwet.”¹⁰⁵⁵

Het Grondwettelijk Hof moet met andere woorden bij zijn toetsing van de wetgevende norm ook de inhoud van het bekrachtigde besluit betrekken.¹⁰⁵⁶ Er moet immers worden aangenomen dat de wetgever zich de betwiste bepaling eigen heeft gemaakt.¹⁰⁵⁷ Bijgevolg dient het Hof de middelen te onderzoeken volgens welke de wet, die zich de bepalingen van het koninklijk besluit eigen heeft gemaakt, een van de grondwettelijke bepalingen zou schenden waarvan het Hof de inachtneming dient te verzekeren. Maar het Hof dient niet de formele onregelmatigheden te onderzoeken waardoor het koninklijk besluit zou zijn aangetast vóór de bekrachtiging ervan, zelfs indien zij als schendingen van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet worden voorgesteld (*infra* nr. 467).¹⁰⁵⁸

324. Ook een bepaling van een niet-bekrachtigd koninklijk besluit kan onder de controlebevoegdheid van het Grondwettelijk Hof vallen, meer bepaald wanneer de wetgever, door die bepaling achteraf te wijzigen, moet worden geacht zich de normatieve inhoud ervan te hebben toegeëigend. In dergelijk geval wordt de bepaling beschouwd als een “wet” in de zin van artikel 26, § 1, 3°, van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof.¹⁰⁵⁹ De bepaling blijft echter onderworpen aan de toetsing bedoeld in artikel 159 van de Grondwet (en aan de annulatiebevoegdheid van de Raad van State) wanneer de wijziging zich ertoe beperkt “die bepaling in overeenstemming te brengen met andere wetten, zodat zij haar verordenend karakter niet heeft verloren”.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁴ De termijn voor het beroep tot vernietiging tegen het bij wet bekrachtigde bijzondere machtenbesluit neemt een aanvang vanaf de bekendmaking van de bekrachtigingswet, bv. GwH 2 februari 1989, nr. 2/89, 1.B.5.

¹⁰⁵⁵ GwH 8 juni 1988, nr. 58, 3.B.1.b en 3.B.2.b. De wet van 28 juni 1983 is de voorloper van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof; het vroegere artikel 107ter, § 2, van de Grondwet is nu artikel 142.

¹⁰⁵⁶ GWH 24 juni 1998, nr. 76/98, B.3.2.

¹⁰⁵⁷ GWH 20 januari 1999, nr. 6/99, B.3.

¹⁰⁵⁸ GWH 9 juni 1999, nr. 61/99, B.3.2.

¹⁰⁵⁹ GwH 26 januari 2005, nr. 22/2005, B.2.5.

¹⁰⁶⁰ GwH 5 december 2002, nr. 178/2002, B.4.

Afdeling 7 – Besluitwetten

325. De zogenaamde besluitwetten, genomen door de Koning met zijn in raad verenigde ministers tijdens de Eerste Wereldoorlog en door de in raad verenigde ministers tijdens de Tweede Wereldoorlog, zijn achteraf door het Hof van Cassatie als rechtsgeldige wetgevende akten aanvaard.¹⁰⁶¹ Zij moeten derhalve als eigenlijke wetten worden aanvaard en kunnen alleen bij of krachtens een wet worden gewijzigd.¹⁰⁶²

Wat de tijdens de Tweede Wereldoorlog genomen besluitwetten betreft, stelde het Hof van Cassatie meer bepaald vast dat, vermits de wetgevende kamers tijdens de bezetting van het land door de vijand niet konden samenkomen en de Koning in de onmogelijkheid verkeerde om te regeren, de in raad verenigde ministers de macht hadden om de noodzakelijke wetsbepalingen aan te nemen. Het Hof oordeelde dat “die beoordeling der in raad verenigde ministers buiten de toezichtsbevoegdheid van hoven en rechtbanken valt”.¹⁰⁶³

326. Besluitwetten vallen derhalve buiten het toepassingsgebied van artikel 159 van de Grondwet, maar zij ressorteren wel onder de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof:

“Hoewel de besluitwetten niet uitdrukkelijk voorkomen onder de normen die bij artikel 142 van de Grondwet en bij de artikelen 1 en 26 van de bijzondere wet op het Arbitragehof ter toetsing aan het Hof worden voorgelegd, hebben de Grondwetgever en de bijzondere wetgever ze impliciet beoogd, aangezien aan die besluitwetten exact dezelfde gevolgen worden toegekend als aan de eigenlijke wetten, temeer daar hun uitzonderlijk proces van totstandkoming niet dezelfde waarborgen heeft kunnen omvatten als dat van de wetten.”¹⁰⁶⁴

Hetzelfde gaat echter niet op voor de “besluitwetten”, genomen krachtens de buitengewone machtenwetten van 7 september 1939, 14 december 1944 en 20 maart 1945. Die wetten verschillen niet wezenlijk van de bijzondere machtenwetten (*supra* nr. 321), behalve dat de aan de Koning toegekende machten wegens de oorlogsomstandigheden nog ruimer waren. Het gaat in werkelijkheid dus om “oneigenlijke besluitwetten”,¹⁰⁶⁵ die als handelingen van de uitvoerende macht aan de regel van artikel 159 van de Grondwet onderworpen blijven, met dien verstande dat zij slechts aan de zeer algemene bewoordingen van de wet die de buitengewone machten heeft verleend, worden getoetst.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶¹ Cass. 11 februari 1919, *Pas.* 1919, I, 9, concl. TERLINDEN; Cass. 11 december 1944, *Pas.* 1945, I, 65.

¹⁰⁶² A. ALEN, *Handboek*, 79.

¹⁰⁶³ Cass. 23 februari 1955, *Arr.Cass.* 1955, 535.

¹⁰⁶⁴ GwH 10 november 1999, nr. 115/99, B.2 en GwH 11 oktober 2000, nr. 101/2000, B.3, telkens m.b.t. de besluitwet van 14 september 1918 betreffende o.m. de wijze van stemmen in het Militair Gerechtshof en de krijgsraden. Zie ook C. BEHRENDT, “Excursion à l’orée de la chasse gardée du juge constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des arrêtés-lois de temps de guerre, des arrêtés lois de pouvoirs extraordinaires et des décrets du Congrès national”, *Rev.dr.Ulg* 2007, 529-550.

¹⁰⁶⁵ A. ALEN, *Handboek*, 194. Zie ook A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 25.

¹⁰⁶⁶ K. RIMANQUE, *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 126.

Afdeling 8 – Stilzitten van de overheid / leemte in de regelgeving

327. In geval van onwettig stilzitten van het bestuur, is er in principe niets om buiten toepassing te laten.¹⁰⁶⁷ Toch hoeft dat een effectieve rechtsbescherming niet in de weg te staan. In de eerste plaats verbindt de wetgever in sommige gevallen positieve gevolgen aan het niet (tijdig) optreden van de overheid, maar dat is eerder een zeldzaamheid.¹⁰⁶⁸ In de meeste gevallen wordt het stilzitten van de overheid gelijkgesteld met een weigeringsbeslissing. Wanneer geen beslissingstermijn is bepaald of enkel een termijn van orde, geldt de algemene norm van artikel 14, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Op grond van die bepaling kan de overheid worden aangemaand te beslissen en wanneer zij dan binnen vier maanden geen beslissing heeft getroffen, dan “wordt het stilzwijgen van de overheid geacht een afwijzende beslissing te zijn waartegen beroep (tot nietigverklaring) kan worden ingesteld”.¹⁰⁶⁹ In geval van een dergelijke fictieve weigeringsbeslissing kan de gewone rechter, krachtens artikel 159 van de Grondwet, een vergelijkbare controle uitoefenen.¹⁰⁷⁰

328. De wetgever dient er wel over te waken dat hij de effectieve rechtsbescherming niet onmogelijk maakt. In enkele arresten heeft het Grondwettelijk Hof uitspraak gedaan over een bepaling inzake ruimtelijke ordening die, bij stilzitten van het bestuur, aan de aanvrager van een vergunning de toelating verleent om over te gaan tot het uitvoeren van de werken.¹⁰⁷¹ Het gaat niet om de toekenning van een stilzwijgende vergunning door de administratie, maar wel om de toelating, door het rechtstreekse effect van de wetgevende bepaling, om over te gaan tot de uitvoering van de werken. Het stilzitten van de administratie heeft in dit geval dus niet de betekenis van een stilzwijgende administratieve handeling tot weigering of aanvaarding van de aanvraag van de bestuurde.

¹⁰⁶⁷ Zie ook Cass. 22 november 2006, P.06.1173.F: “Ofschoon het toezicht, mits opwerpen van een exceptie, dat door artikel 159 van de Grondwet is ingesteld, het mogelijk maakt om een akte niet toe te passen, laat dit geen bestraffing toe wegens het niet bestaan ervan” (“bestrafing” als vertaling van “censure”).

¹⁰⁶⁸ Voor enkele voorbeelden, zie I. OPDEBEEK, “Verantwoord, tijdig besturen”, in *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, 394-396.

¹⁰⁶⁹ M. BOES, “Termijnen in het bestuursrecht”, in M. BOES (ed.), *Administratief Recht*, Themis-Cahier 26, Brugge, die Keure, 2004, 94. Zie daarover I. OPDEBEEK, “Commentaar bij art. 14 § 3 R.v.St.-Wet”, in *Commentaar Publiek Procesrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 20 p. Artikel 14, § 3, geldt niet ook wanneer de overheid verzuimt verordenend op te treden, RvS 6 november 1985, nr. 25.814, Boitquin.

¹⁰⁷⁰ GwH 7 juni 2001, nr. 78/2001, B.7; GwH 26 november 2003, nr. 156/2003, B.3; GwH 10 mei 2006, nr. 74/2006, B.7; GwH 21 maart 2007, nr. 49/2007, B.7.

¹⁰⁷¹ Het betrof achtereenvolgens artikel 137, tweede lid, van de ordonnantie van de Brusselse Hoofdstedelijke Raad van 29 augustus 1991 houdende organisatie van de planning en de stedenbouw, artikel 52, § 2, van het Waalse Wetboek van Ruimtelijke Ordening, Stedenbouw en Patrimonium (in de versie die voorafgaat aan het decreet van 27 november 1997) en artikel 53, § 2, van het decreet van het Vlaamse Gewest betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996 (in de versie die voorafgaat aan het decreet van 21 november 2003). Al die bepalingen namen de inhoud over van artikel 55, § 2, van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, gewijzigd bij artikel 12 van de wet van 22 december 1970. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 29 maart 1962 (*Parl.St.* Senaat 1969-70, nr. 275, 67), alsmede uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 22 december 1970 (*Parl.St.* Senaat 1969-70, nr. 525, 69-70) blijkt dat de wetgever met de invoering van een dergelijke procedure tot doel had de bestuurde niet te bestraffen voor de passiviteit, of zelfs de zorgeloosheid of slechte wil, van het bestuur.

Het ontbreken van een administratieve handeling in het betrokken wetgevend stelsel maakt het optreden van de Raad van State onmogelijk, zowel op grond van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State als op grond van artikel 14, § 3, van dezelfde wetten. Het Grondwettelijk Hof stelt evenwel vast dat, krachtens de in het geding zijnde bepaling, de uitvoering van de werken door de aanvrager van de vergunning, door de gewone rechter kan worden gecontroleerd inzake de overeenstemming van de werken met de “aanwijzingen van het dossier dat hij heeft ingediend, [met] de wetten en reglementen, met name [met] de voorschriften van de goedgekeurde plannen, alsmede [met] de bepalingen van de [eventuele] verkavelingsvergunning”. Het verschil in behandeling tussen de rechtzoekenden naargelang beroepen voor de gewone rechtscolleges of voor de Raad van State kunnen worden ingesteld, is op zich niet discriminerend, aldus het Grondwettelijk Hof. Het wordt slechts discriminerend wanneer de waarborgen geboden door het ene rechtsmiddel aanzienlijk minder zouden zijn dan die welke door het andere rechtsmiddel worden geboden.

Het Grondwettelijk Hof gaat vervolgens na of de maatregel geen onevenredige inbreuk maakt op de rechten van derden, niettegenstaande de mogelijkheid die voor hen bestaat om de zaak bij de gewone rechter aanhangig te maken:

“Inzake stedenbouw is het doorgaans van essentieel belang, zowel voor de aanvrager van de vergunning als voor de betrokken derden, dat hun niet de dienst zou worden ontzegd die een gespecialiseerde overheid kan bieden door hun situatie *in concreto* te beoordelen en dat door de rechter kan worden onderzocht of de administratie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door van mening te zijn dat de aanvraag al dan niet in overeenstemming is met de goede ruimtelijke ordening of door een afwijking van de van kracht zijnde planologische bepalingen toe te kennen.

Die controle kan door de Raad van State worden uitgeoefend wanneer een administratieve beslissing is genomen of, in geval van stilzwijgen van de administratie, wordt geacht te zijn genomen. In geval van een dergelijke administratieve beslissing zou de gewone rechter, krachtens artikel 159 van de Grondwet, een vergelijkbare controle kunnen uitoefenen.

In de situatie die door de in het geding zijnde bepaling wordt gecreëerd, beschikt de gewone rechter evenwel niet over een administratieve beslissing waarop hij controle zou kunnen uitoefenen. In dergelijke omstandigheden de gewone rechter ermee belasten zijn beoordeling in de plaats te stellen van de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de administratie zou er overigens op neerkomen hem een bevoegdheid toe te kennen die onverenigbaar is met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen de administratie en de rechtscolleges.”

Het Hof leidt daaruit af dat op onevenredige wijze afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de belanghebbende derden, waardoor die categorie van personen gediscrimineerd wordt ten opzichte van personen die de waarborgen van een jurisdictionele toetsing genieten.¹⁰⁷²

329. Daarnaast is inzake onwettig stilzitten van het bestuur de link tussen artikel 159 van de Grondwet en de overheidsaansprakelijkheid van belang (*infra* nrs. 579-609). Wanneer de overheid verzuimt om binnen de door de regelgever bepaalde termijn te beslissen, begaat zij

¹⁰⁷² GwH 7 juni 2001, nr. 78/2001, B.3.2-B.8; GwH 26 november 2003, nr. 156/2003, B.3-B.4; GwH 10 mei 2006, nr. 74/2006, B.3.2-B.8; GwH 21 maart 2007, nr. 49/2007, B.8-B.9.

een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, ook ingeval de regelgever aan dat verzuim geen bijzondere gevolgen heeft verbonden. Een bijkomende toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel is derhalve niet nodig om tot het bestaan van een fout te besluiten.¹⁰⁷³

Een voorbeeld kan dat verduidelijken. De wet van 26 juni 2002 betreffende de sluiting van de ondernemingen heeft in de Loonbeschermingswet van 12 april 1965 twee bepalingen ingevoegd die de werknemer het recht verlenen op de betaling, door de werkgever, van het hem verschuldigde brutoloon (artikel 3*bis*, ingevoegd bij artikel 81 van de wet van 26 juni 2002) en op de betaling van intresten, berekend op het brutoloon (artikel 10, ingevoegd bij artikel 82 van de wet van 26 juni 2002). Krachtens artikel 90 van de wet van 26 juni 2002 bepaalt de Koning de datum waarop die wet in werking treedt. Pas met een koninklijk besluit van 3 juli 2005 heeft de Koning die datum bepaald op 1 juli 2005 (artikel 1). Dat lange talmen bracht het Arbeidshof te Antwerpen in een arrest van 25 april 2007 ertoe de Belgische Staat, bij gebrek aan redelijke verantwoording, tot een schadevergoeding aan de werknemer te veroordelen.¹⁰⁷⁴

Die uitspraak ligt volkomen in de lijn van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, volgens welke, zelfs in de gevallen waarin geen wetsbepaling aan de uitvoerende macht voorschrijft om een verordening uit te vaardigen, het verzuim van de uitvoerende macht om zijn verordenende bevoegdheid uit te oefenen gedurende een periode waarvan de duur niet kan worden gerechtvaardigd, een fout kan zijn in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek.¹⁰⁷⁵

330. Hetzelfde voorbeeld is nog in andere opzichten illustratief. Het voormelde koninklijk besluit beperkt zich immers niet tot een loutere vaststelling van de datum van inwerkingtreding (artikel 1), het verklaart artikel 1 ook van toepassing op het loon waarvan het recht op betaling ontstaat vanaf 1 juli 2005 (artikel 2). Die laatste beperking heeft sommige rechters aangezet tot een toepassing van artikel 159 van de Grondwet omdat artikel 90 van de wet van 26 juni 2002 de Koning enkel de bevoegdheid zou verlenen de datum van inwerkingtreding te bepalen en niet om de toepassing van de nieuwe regel te beperken tot het loon waarvan het recht op betaling is ontstaan vanaf 1 juli 2005.¹⁰⁷⁶ Nog andere rechters lieten het volledige koninklijk besluit buiten toepassing, maar dan om een andere reden, meer bepaald de niet-raadpleging van de afdeling

¹⁰⁷³ I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, 81, daarin bijgetreden door M. BOES, "Termijnen in het bestuursrecht", in M. Boes (ed.), *Administratief Recht*, Themis-Cahier 26, Brugge, die Keure, 2004, 94.

¹⁰⁷⁴ Arbh. Antwerpen 25 april 2007, *JTT* 2007, 369.

¹⁰⁷⁵ Cass. 27 maart 2003, C.02.0293.F, C.02.0307.F en C.02.0308.F, *Arr.Cass.* 2003, 803, nr. 211. Het Hof van Cassatie besliste niettemin dat het hof van beroep uit een geheel van feitelijke vaststellingen wettig heeft kunnen afleiden dat de uitvoerende macht in dit geval niet de fout had begaan na te laten zijn verordenende bevoegdheid tijdig uit te oefenen (*Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003*, 49). Zie reeds Cass. 23 april 1971, *Arr.Cass.* 1971, 786, *RW* 1970-71, 1793, concl. F. DUMON, *JT* 1972, 682, noot Ph. MAYSTADT, *RCJB* 1975, 5, noot F. DELPÉRIÉ.

¹⁰⁷⁶ Arbh. Brussel 16 januari 2006, *JTT* 2006, 214; Arbh. Brussel 21 april 2006, *JTT* 2006, 280; Arbh. Brussel 7 november 2006, *JTT* 2007, 125; Arbh. Luik 11 januari 2007, *JTT* 2007, 249; Arbh. Brussel 23 november 2007, *JTT* 2008, 144.

wetgeving van de Raad van State (*infra* nr. 352).¹⁰⁷⁷ De rechtsonzekerheid die al die rechterlijke uitspraken deden ontstaan, gaf op haar beurt weer aanleiding tot een validatie van het koninklijk besluit door de wetgever¹⁰⁷⁸ en een toetsing daarvan door het Grondwettelijk Hof (*infra* nrs. 426-481).¹⁰⁷⁹

Inmiddels had ook het Hof van Cassatie drie arresten gewezen met betrekking tot het voormelde koninklijk besluit. In een arrest van 11 februari 2008 oordeelde de Nederlandstalige afdeling van de derde kamer van het Hof dat de appelrechters, die oordelen dat het koninklijk besluit van 3 juli 2005 onwettig is in zoverre dit bepaalt dat het slechts van toepassing is op lonen waarvan het recht op betaling ontstaat na 1 juli 2005 en op grond hiervan de werkgever voor de periode vanaf 1 juli 2005 veroordelen tot betaling van interest op het brutobedrag van de opzeggingsvergoeding die voor die datum opeisbaar was geworden, hun beslissing naar recht verantwoorden.¹⁰⁸⁰ Uit dat arrest kan echter niet worden afgeleid dat het Hof van Cassatie het koninklijk besluit *in globo* onwettig zou hebben bevonden. Zoals verder zal worden uiteengezet (*infra* nr. 389) maakt het Hof immers, behalve in strafzaken, geen ambtshalve toepassing van artikel 159 van de Grondwet en vermocht het derhalve niet de gevolgen van de niet-raadpleging van de afdeling wetgeving van de Raad van State te onderzoeken.

In een arrest van 18 maart 2008 oordeelde de Franstalige afdeling van de derde kamer van het Hof van Cassatie vervolgens dat de Koning zijn bevoegdheid niet heeft overschreden door het koninklijk besluit van 3 juli 2005 alleen van toepassing te laten zijn op loon waarvan het recht op betaling is ontstaan vanaf 1 juli 2005, nu deze regel slechts de toepassing is van de regel van de niet-terugwerkende kracht van de wet, vervat in artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek.¹⁰⁸¹ Het arrest lijkt moeilijk te rijmen met het vorige arrest, maar evenmin als uit dat vorige arrest kan uit het tweede arrest een algemeen gevolg worden getrokken inzake de wettigheid van het betrokken besluit.

Het derde arrest, van 1 december 2008, kwam er na de hoger vermelde bekrachtigingswet van het koninklijk besluit. In het bestreden arrest had het Arbeidshof enerzijds geoordeeld dat de werkgever alleen interest verschuldigd was op het nettobedrag van het nog verschuldigde loon, omdat het recht op de betaling van dit loon vóór 1 juli 2005 was ontstaan. Anderzijds had het Arbeidshof de Belgische Staat veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan de werknemer, omdat de overheid een fout had begaan door pas meer dan 3 jaar na het uitvaardigen van de wet van 26 juni 2002 de inwerkingtreding van die wet te regelen. Volgens het Arbeidshof had de Staat ervoor moeten zorgen dat artikel 82 van de wet van 26 juni 2002 reeds op 30 mei 2005 in werking was getreden. Het Arbeidshof overwoog dat zonder deze fout

¹⁰⁷⁷ Arbh. Antwerpen 25 april 2007, *JTT* 2007, 369; Arbrb. Brussel 7 januari 2008, *Soc.Kron.* 2008, 298, noot J. JACQMAIN.

¹⁰⁷⁸ De wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen (I) heeft het koninklijk besluit van 3 juli 2005 bekrachtigd (artikel 69). Die bekrachtiging heeft uitwerking met ingang van 1 juli 2005 (artikel 70).

¹⁰⁷⁹ GwH 4 februari 2010, nr. 6/2010; GwH 12 mei 2010, nr. 55/2010.

¹⁰⁸⁰ Cass. 11 februari 2008, S.07.0053.N, *JTT* 2008, 250. Zie ook *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2008*, 114.

¹⁰⁸¹ Cass. 17 maart 2008, S.07.0015.F, *Arr.Cass.* 2008, 760, nr. 186. Zie ook *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2008*, 114.

van de Staat, de werknemer vanaf 30 mei 2005 van zijn werkgever interest had kunnen vorderen op het brutobedrag van alle nog openstaande loonachterstallen, ook als het recht op betaling ervan vóór de inwerkingtreding van artikel 82 van de wet van 26 juni 2002 is ontstaan. Op grond daarvan veroordeelde het Arbeidshof de Staat tot het betalen van een schadevergoeding gelijk aan het bedrag van de interest op de brutobedragen, vanaf 30 mei 2005, onder aftrek van het bedrag van de door de werkgever verschuldigde interesten op de nettobedragen.¹⁰⁸²

Zoals hoger reeds is opgemerkt (*supra* nr. 322), maakt het Hof van Cassatie in geval van bekrachtiging van een besluit een uitzondering op de regel dat het bij de beoordeling van de wettigheid van een rechterlijke beslissing zijn toezicht slechts kan uitoefenen uitgaande van de dag waarop die beslissing is genomen. De bekrachtiging van het koninklijk besluit van 3 juli 2005 met uitwerking op 1 juli 2005 heeft tot gevolg dat de bepalingen van dit koninklijk besluit kracht van wet hebben vanaf 1 juli 2005 en door het Hof van Cassatie dienen te worden toegepast, ook al heeft de appelrechter het vóór de bekrachtiging onwettig kunnen bevinden. Gelet op de bekrachtiging met terugwerkende kracht van het koninklijk besluit van 3 juli 2005, oordeelt het Hof dat het Arbeidshof niet wettig de door de Staat verschuldigde schadevergoeding heeft berekend zonder de bepalingen van dit besluit toe te passen.¹⁰⁸³

331. Blijft de vaststelling dat, om de aansprakelijkheid van de overheid in geval van stilzitten van het bestuur vast te stellen, artikel 159 van de Grondwet doorgaans buiten beeld blijft. Onwettigheid en fout kunnen ook zonder tussenkomst van die bepaling worden vastgesteld, nu er strikt genomen niets buiten toepassing moet worden gelaten. Dat neemt niet weg dat de vaststelling van een onwettig stilzitten ook een positief effect kan hebben, dat verder gaat dan het toekennen van een schadevergoeding en dat als het ware neerkomt op het buiten toepassing laten van een leemte. Dat potentiële effect heeft alles te maken met de beoordelingsvrijheid waarover de overheid in het concrete geval beschikt.

Zowel bij foutief handelen als bij foutief verzuim kan de rechter een bevel geven aan het bestuur om een einde te maken aan de schadeverwekkende onwettige toestand.¹⁰⁸⁴ Aldus kan de rechter de overheid bijvoorbeeld veroordelen tot het opstellen van een bepaald document¹⁰⁸⁵ of het nemen van een besluit, zo nodig onder verbeurte van dwangsom,¹⁰⁸⁶ zij het dat hij de beleidsvrijheid van het bestuur moet respecteren (*infra* nr. 413). Wanneer de overheid over een discretionaire bevoegdheid beschikt om al dan niet op te treden, kan de rechter geen bevel opleggen. Wanneer de overheid verplicht is een beslissing te nemen maar deze min of meer vrij

¹⁰⁸² Arbh. Antwerpen 25 april 2007, *JTT* 2007, 369.

¹⁰⁸³ Cass. 1 december 2008, S.07.0116.N, *Arr.Cass.* 2008, 2779, nr. 684, concl. R. MORTIER. Zie ook *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2008*, 113-115.

¹⁰⁸⁴ Cass. 26 juni 1980, *Pas.* 1980, I, 1341, concl. J. VELU, *RW* 1980-81, 1661, commentaar F. DE VISSCHER, *JT* 1981, 682-684, noot D. DÉOM, *APT* 1980-81, 127-131, noot F. DELPÉRÉE, *RCJB* 1983, 173-199, commentaar H. BOCKEN, *Liber Amicorum J. Ronse*, Gent, Story-Scientia, 1986, 493-511. Zie ook I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, 231-244.

¹⁰⁸⁵ Bergen 12 juni 1985, *JLMB* 1987, 16.

¹⁰⁸⁶ Brussel 17 april 1997, *JT* 1997, 543.

kan invullen, dan kan de rechter enkel bevelen een beslissing te nemen, maar niet deze of gene beslissing (zie ook *infra* nrs. 413-423).¹⁰⁸⁷

Die principes gelden niet alleen voor individuele beslissingen, maar ook voor bepalingen met algemene draagwijdte. “Een ontbrekende bepaling kan nu eenmaal niet buiten toepassing gelaten worden”, luidt het in een conclusie voor een recent arrest van het Hof van Cassatie,¹⁰⁸⁸ maar die stelling is dus in haar algemeenheid te weinig genuanceerd. Zoals verder zal blijken kan een “intrinsieke leemte”, een leemte dus die zich in een wet of een reglement bevindt, bijvoorbeeld een discriminerende vrijstelling in een gemeentelijke belastingverordening, onder bepaalde voorwaarden toch aanleiding geven tot het buiten toepassing laten van die leemte. De rechter dient dan met toepassing van artikel 159 van de Grondwet zelf die leemte op te vullen. De voorwaarden die daarvoor kunnen worden gesteld zijn dat geen hernieuwde maatschappelijke afweging van belangen door de regelgever is vereist en dat het opvullen van de leemte kan geschieden zonder dat andere bepalingen moeten worden aangepast (*infra* nr. 421). In het andere geval kan de rechter enkel vaststellen dat het stilzitten onwettig is en dus een fout uitmaakt, die aanleiding kan geven tot schadevergoeding (*infra* nr. 579).

Afdeling 9 – Belgische akten

332. Enkel de bestuurshandelingen van een *Belgische* overheid kunnen buiten toepassing worden gelaten. Bij uitspraken over de voorlopige hechtenis bijvoorbeeld, ontsnapt de regelmatigheid van de in het buitenland gevoerde uitleveringsprocedure aan de beoordelingsmacht van de Belgische onderzoeksgerechten.¹⁰⁸⁹

Afdeling 10 – Verdragen

333. Artikel 159 van de Grondwet is niet toepasselijk op verdragen.¹⁰⁹⁰ Enkel het Grondwettelijk Hof kan, via een toetsing van de instemmingswet, nagaan of de inhoud van een verdrag in overeenstemming is met de Grondwet. Het Hof gaat immers uit van de stelling dat de wetgever ook niet onrechtstreeks, door de instemming met een internationaal verdrag, interne wettelijke normen kan aannemen die in strijd zouden zijn met één van de grondwetsbepalingen waaraan het Grondwettelijk Hof wetgevende normen kan toetsen. Die toetsing gebeurt evenwel met de nodige terughoudendheid aangezien een verdragsnorm ook buiten de interne rechtsorde gevolgen teweegbrengt (*supra* nr. 296).

¹⁰⁸⁷ Over de begrippen 'gebonden' bevoegdheid, 'discretionaire' bevoegdheid, beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid, zie D. D'HOOGHE, “Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid”, *RW* 1993-94, 1091.

¹⁰⁸⁸ R. MORTIER, concl. voor Cass. 3 november 2008, S.07.0013.N, *Arr.Cass.* 2008, 2478, nr. 604.

¹⁰⁸⁹ O.a. Cass. 27 november 1967, *Arr.Cass.* 1968, 434; Cass. 2 december 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 434, nr. 205; Cass. 17 maart 1993, *Arr.Cass.* 1993, 302, nr. 150, *R.Cass.* 1993, 148, noot P. DE RUYCK.

¹⁰⁹⁰ Cass. 18 december 2001, P.99.1548.N, *Arr.Cass.* 2001, 2220, nr. 709. Het kan ook zijn dat het Hof van Cassatie hiermee bedoelt dat artikel 159 van de Grondwet geen betrekking heeft op de toetsing van bestuurshandelingen aan verdragen. In dat geval kan het arrest niet worden bijgetreden (*infra* nr. 334).

HOOFDSTUK VI – Wanneer worden de besluiten en verordeningen gesanctioneerd?

“De hoven en rechtbanken passen de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zoverre zij met de wetten overeenstemmen” (artikel 159 van de Grondwet)

Afdeling 1 – “Wetten”

§ 1. Wetten en rechtsnormen van gelijke of hogere rang

334. De naleving van de “wetten” is in artikel 159 van de Grondwet in de meest ruime zin bedoeld. De besluiten en reglementen moeten niet enkel met de formele wetten overeenstemmen maar ook met de rechtsnormen van gelijke of hogere rang.¹⁰⁹¹ de internationale normen (met directe werking, *infra* nr. 345),¹⁰⁹² de grondwetsbepalingen, de wetgevende normen (wetten, decreten en ordonnanties), de algemene rechtsbeginselen.¹⁰⁹³

§ 2. Wetten in materiële zin

335. Hoewel artikel 159 van de Grondwet in oorsprong ertoe strekte de verhouding tussen de administratieve overheidsakten en de formele wetten (met inbegrip van de gelijkwaardige en hogere rechtsnormen) vast te stellen,¹⁰⁹⁴ wordt thans algemeen aanvaard dat onder “wetten” ook de hogere administratieve akten met algemene draagwijdte zijn begrepen.¹⁰⁹⁵ Het begrip “wetten” als wetten in materiële zin dus, zijnde regelingen met een abstract, algemeen en onpersoonlijk karakter die voor de duur van hun gelding op een onbepaald aantal gevallen toepasselijk zijn (*supra* nr. 263). De rechtsstaat is inderdaad meer dan een wettenstaat en het

¹⁰⁹¹ Om de tekst aan deze algemene draagwijdte aan te passen werd artikel 159 van de Grondwet opgenomen in de verklaring tot herziening van de Grondwet van 12 april 1995 (*BS* 12 april 1995), A. ALEN, *Handboek*, 698. In de latere herzieningsverklaringen (*BS* 5 mei 1999, 10 april 2003, 2 mei 2007 en 7 mei 2010) is artikel 159 van de Grondwet niet opnieuw opgenomen.

¹⁰⁹² Bv. RvS 4 juli 2003, nr. 121.320, Buis, waarin de woonplaatsverplichting in het organiek reglement van de brandweer van Leuven wegens strijdigheid met artikel 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM buiten toepassing wordt gelaten.

¹⁰⁹³ Cass. 22 oktober 1970, *Pas.* 1971, I, 144, concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *RCJB* 1972, 283, noot A. VANWELKENHUYZEN; Cass. 8 april 2003, P.02.1165.N, *Arr.Cass.* 2003, 815, nr. 233, *NjW* 2003, 778, noot, waarin het Hof overweegt dat “de rechter geen toepassing mag maken van algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen waarbij een algemeen rechtsbeginsel, waaronder het algemeen rechtsbeginsel van behoorlijk bestuur wordt miskend”.

¹⁰⁹⁴ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 1 en 47.

¹⁰⁹⁵ Zie o.a. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. voor Cass. 17 mei 1963, *JT* 1963, 589, alsook C. HUBERLANT, “Le contrôle des actes administratifs par les Cours et Tribunaux en Belgique”, in *Rapports belges au IX^e Congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1975, 482; C. CAMBIER, *Droit administratif*, Brussel, Larcier, 1968, 599. Voor een duidelijke toepassing, zie bv. Arbh. Antwerpen 15 september 1994, *Limb.Rechtsl.* 1995, 181, evenals Cass. 19 oktober 1989, *RW* 1989-90, 1185.

bestuur kan zich niet beperken tot het naleven van alleen de wet in formele zin. Het wettigheidsbeginsel komt in die betekenis dus eigenlijk neer op een rechtmatigheidsbeginsel.¹⁰⁹⁶

De materiële invulling van het wetsbegrip in artikel 159 van de Grondwet heeft bijvoorbeeld zowel het Hof van Cassatie als de Raad van State ertoe aangezet een ministeriële omzendbrief die in strijd is met een koninklijk besluit buiten toepassing te (doen) laten.¹⁰⁹⁷

336. De ruimere draagwijdte van artikel 159 van de Grondwet werd reeds vastgesteld door de toenmalige advocaat-generaal Dumon, in zijn rede op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1977:

“Maar deze bepaling is slechts de toepassing op *een bijzonder geval* van een meer algemeen beginsel: de niet-naleving van de wet door de executieve overheden, waar onze Grondwetgevers bijzonder bezorgd om waren, wegens de historische precedentes en de ondervinding opgedaan door de praktijken die door instellingen van andere landen werden gedoogd. Onze Grondwetgevers hebben dan ook in onze fundamentele wet doelbewust een bepaling ingevoerd waarbij de hoven en rechtbanken *uitdrukkelijk* en *plechtig* worden verzocht toepassing van de met de wetten strijdige algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen te weigeren.

Dat het in artikel 107 van de Grondwet slechts gaat om een bijzondere toepassing van een meer algemeen beginsel, nl. dat geen toepassing mag worden gemaakt van een beslissing, o.m. een norm, die een bepaling van hogere hiërarchische rang schendt of die de uit te oefenen machten en bevoegdheden te buiten gaat, blijkt trouwens uit de jurisprudentie en de doctrine die zulks zonet uitdrukkelijk, dan toch impliciet doch zeker leert. Aldus weigeren de hoven en rechtbanken toepassing – en de rechtsleer betwist niet dat dit hun plicht is – van: a) een besluit, een verordening, een administratieve beslissing die met de *Grondwet* niet overeenstemmen; b) een koninklijk besluit, genomen op grondslag van een wet waardoor bijzondere of uitzonderlijke machten worden toegekend en dat buiten het aldus toegekende domein is getreden; c) een besluit, een verordening, een administratieve beslissing, die een decreet van een Cultuurraad schenden; d) een ministerieel besluit of een andere verordening die met een koninklijk besluit niet overeenstemmen; e) een individueel koninklijk besluit dat een reglementair koninklijk besluit niet in acht neemt;¹⁰⁹⁸ f) een koninklijk of ministerieel besluit, een provincie- of gemeenteverordening, een administratieve beslissing die een algemeen rechtsbeginsel schenden; g) een wet, een besluit, een verordening, een beslissing die in strijd zijn met het internationaal of Europees recht.”¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹⁶ P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 9.

¹⁰⁹⁷ Cass. 4 september 1995, C.94.0417.F, *Arr.Cass.* 1995, 729, nr. 360, *Pas.* 1995, I, 752, nr. 360, concl. J.-F. LECLERCQ, *RCJB* 1998, 5, noot R. ERGEC; RvS 6 juli 1992, nr. 39.984, Cenkof. Zie ook RvS 15 mei 2001, nr. 95.365, Busin, waarin een reglement van een raad voor maatschappelijk welzijn dat de grenzen van een koninklijk besluit heeft overschreden buiten toepassing wordt gelaten.

¹⁰⁹⁸ Waarbij hij in voetnoot opmerkt dat men in dit opzicht meestal het beginsel “patere legem quam ipse fecisti” (*infra* nr. 337) aanvoert, maar dat ook dat beginsel slechts een bijzondere toepassing is van het meer algemene beginsel waarover hij het heeft.

¹⁰⁹⁹ F. DUMON, “Ontwerpen voor hervormingen en jurisdictionele functie”, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1977, *Arr.Cass.* 1977, 110-111 (cursivering overgenomen uit de geciteerde tekst).

§ 3. *Patere legem quam ipse fecisti*

337. Een “verruimde” toepassing van artikel 159 van de Grondwet legitimeert ook de hiërarchie tussen administratieve akten die van dezelfde administratieve overheid uitgaan. De overheid moet bij het nemen van een individuele beslissing de door haar uitgevaardigde normen eerbiedigen. Daar bestaan nog andere legitimatiegronden voor, zoals het adagium *patere legem quam ipse fecisti*.

Het adagium is als toepassing van het gelijkheidsbeginsel¹¹⁰⁰ en van het rechtszekerheidsbeginsel¹¹⁰¹ stevig verankerd in de rechtspraak van de Raad van State,¹¹⁰² maar wordt door het Hof van Cassatie niet als algemeen rechtsbeginsel erkend,¹¹⁰³ allicht omdat het niet meer is dan een herhaling van het wettigheidsbeginsel.¹¹⁰⁴ Het betreft slechts de naleving door een overheidsorgaan van de reglementen die het zelf heeft uitgevaardigd.¹¹⁰⁵

§ 4. Beleidslijnen en gedragslijnen

338. De materiële invulling van het wetsbegrip in artikel 159 van de Grondwet heeft als gevolg dat bestuurshandelingen met algemene draagwijdte voor de rechter zowel toetsingsnorm als getoetste norm kunnen zijn. Een koninklijk besluit bijvoorbeeld kan aan de ene kant als toetsingsnorm fungeren voor een ministeriële omzendbrief (*supra* nr. 335), maar kan aan de andere kant zelf worden getoetst aan hogere rechtsnormen.

Ook de ministeriële omzendbrief kan op zijn beurt toetsingsnorm zijn voor individuele bestuurshandelingen. Vereist is wel dat de omzendbrief een verordenend karakter heeft (*supra* nr. 264). De miskennis van bepalingen van een omzendbrief die geen verordenend karakter heeft, kan voor de Raad van State niet dienstig als vernietigingsgrond worden aangevoerd.¹¹⁰⁶ Het lijkt voor de hand te liggen dat ook de exceptie van onwettigheid niet op een dergelijke miskennis kan worden gesteund.

¹¹⁰⁰ A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, deel II, Mechelen, Kluwer, 2004, 579; RvS 21 januari 1982, nr. 21.926, Muls. Zie ook *infra* nr. 463.

¹¹⁰¹ P. VAN ORSHOVEN, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur”, in M. STORME en S. VAN CROMBRUGGE (eds.), *Actuele problemen van fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 4.

¹¹⁰² O.a. RvS 26 augustus 1949, nr. 115, François; RvS 27 september 1988, nr. 30.876, De Leener en Ballon; RvS nr. 31.153, 21 oktober 1988, Gillet. Zie ook J. JAUMOTTE, “Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative”, in *Le Conseil d’Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 614-616 en 643-644; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Brussel, Bruylant, 2008, 470-471.

¹¹⁰³ Cass. 25 februari 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 690.

¹¹⁰⁴ J. THEUNIS, “Het gelijkheidsbeginsel”, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 205.

¹¹⁰⁵ RvS 16 oktober 2003, nr. 124.312, Belgische Staat. Zie ook Gerecht voor ambtenarenzaken 14 december 2010, Bleser, T-25/07, punt 145: “le principe patere legem quam ipse fecisti n’impose le respect que de règles de portée générale”.

¹¹⁰⁶ Bv. RvS 29 mei 2007, nr. 171.615, De Witte, *TBP* 2009, 104, noot J.N.

339. Dat laatste punt neemt echter niet weg dat een exceptie van onwettigheid toch kan slagen, niet wegens schending van de omzendbrief – die bij gebrek aan verordenend karakter immers geen rechtsnorm is, laat staan een hogere rechtsnorm – maar wegens schending van een beginsel van behoorlijk bestuur. Het gelijkheidsbeginsel houdt met name in dat, wanneer de overheid voor zichzelf een beleidslijn bepaalt waardoor zij zich bij de uitoefening in concrete gevallen zal laten leiden, zij niet willekeurig die beleidslijn nu eens wel kan volgen en dan weer niet.¹¹⁰⁷ Wanneer de overheid in een gegeven geval van de uitgestippelde beleidslijn afwijkt, moet ze zich daarvoor op een in redelijkheid aanvaardbaar motief kunnen beroepen.¹¹⁰⁸

Het vereiste dat het bestuur op gelijke wijze handelt, betekent dus vooral dat het een redelijk en consistent beleid voert.¹¹⁰⁹ In dat opzicht staat het gelijkheidsbeginsel overigens in nauw verband met andere algemene beginselen, zoals die van de zorgvuldigheid, rechtszekerheid en redelijkheid.

340. De naleving van de voormelde beginselen van behoorlijk bestuur geldt niet alleen wanneer de overheid formeel een beleidslijn heeft bepaald. Ook wanneer de overheid bij de toepassing van een norm – dus niet bij de uitoefening van een normerende bevoegdheid – over een beoordelingsbevoegdheid beschikt, dan moet de rechter voor elk verschil in behandeling kunnen nagaan of daarvoor een deugdelijke of aanvaardbare reden bestaat.

Ter illustratie (en vergelijking) kan worden verwezen naar het annulatiecontentieux van de Raad van State, met name inzake het vergunningenbeleid. Een vergunningverlenende overheid moet aanvragers die in gelijke omstandigheden verkeren gelijk behandelen en, indien zij het aantal verleende vergunningen wil beperken, moet kunnen worden nagegaan op grond waarvan zij de voorkeur geeft aan de ene boven de andere aanvrager.¹¹¹⁰

De beoordeling, bijvoorbeeld, van de “verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving” valt onder de bevoegdheid van de vergunnende overheid, “welke bevoegdheid die overheid geval per geval moet uitoefenen”. Bij die individuele beoordeling moet de overheid de in artikel 10 van de Grondwet neergelegde gelijkheidsregel in acht nemen, “derwijze dat ze, wat de vergunningaanvragers betreft, zonder gegronde reden niet aan de ene toestaat wat ze aan de andere weigert, en dat ze (...) zonder gegronde reden niet op één plaats ‘verenigbaar met de onmiddellijke omgeving’ acht wat ze op een andere plaats daar onverenigbaar mee acht”.¹¹¹¹

Het toetsen aan het gelijkheidsbeginsel van een beslissing die de gemeenteoverheid bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid inzake de ruimtelijke ordening van haar grondgebied neemt, kan slechts zinvol gebeuren met betrekking tot beslissingen die dezelfde overheid heeft genomen ten aanzien van andere vergunningaanvragers dan de verzoekende

¹¹⁰⁷ RvS 4 december 1996, nr. 63.425, Cremers.

¹¹⁰⁸ RvS 20 juni 1984, nr. 24.467, Beheyts.

¹¹⁰⁹ J.H. GERARDS, “Het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht”, in R.J.N. SCHLÖSSELS e.a., *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, 59.

¹¹¹⁰ RvS 19 januari 1993, nr. 41.631, bvba Azimuth Lines.

¹¹¹¹ RvS 29 augustus 1991, nr. 37.543, Van Gerven.

partij. Daarover anders oordelen zou bovendien neerkomen op een miskenning van het grondwettelijk beginsel van de gemeentelijke autonomie. Het gaat bijgevolg niet op dergelijke beslissingen te vergelijken met beslissingen die werden genomen, hetzij door andere gemeenten, hetzij door de bestendige deputatie met betrekking tot andere gemeenten van de provincie. Van discriminatie is slechts sprake “indien een afwijking van een constante gedragslijn tot gevolg zou hebben dat aan verzoekende partijen wordt geweigerd wat aan een andere verkavelaar werd toegestaan”. De omstandigheid dat ten aanzien van eenzelfde persoon achtereenvolgens tegengestelde beslissingen werden genomen, houdt geen schending in van het gelijkheidsbeginsel.¹¹¹²

341. Hetgeen hoger is uiteengezet geldt enkel wanneer de beleids- of gedragslijn zelf in overeenstemming is met de wet. Wanneer dat niet het geval is, komt een afwijking van die beleidslijn neer op de naleving van het wettigheidsbeginsel. Men kan zich dan niet op het gelijkheidsbeginsel beroepen: het beginsel van de gelijke toepassing van de wet heeft immers betrekking op de correcte toepassing van de wet en niet op de overtreding ervan.¹¹¹³ “Er is geen gelijkheid in de onwettigheid”¹¹¹⁴ vormt de meest kernachtige uitdrukking van die rechtspraak.¹¹¹⁵ De overheid is met andere woorden niet verplicht te volharden in haar dwaling. Het overschakelen naar een juiste interpretatie van de wetgeving kan niet als een schending van artikel 10 van de Grondwet worden beschouwd, noch als het opgeven van een gedragslijn.¹¹¹⁶

In dezelfde zin heeft ook het Gerecht van de Europese Unie reeds geoordeeld dat de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel “te verenigen moet zijn met de eerbiediging van het legaliteitsbeginsel, dat meebrengt dat niemand zich ten eigen voordele kan beroepen op een onwettigheid waarvan anderen hebben kunnen profiteren”.¹¹¹⁷

342. Zoals reeds is vermeld (*supra* nr. 339), kan hetzelfde resultaat ook via andere algemene beginselen worden bereikt, zoals dat van de zorgvuldigheid, de rechtszekerheid en de redelijkheid. Ergec heeft er bijvoorbeeld op gewezen dat omzendbrieven “même dépourvues de toute valeur contraignante à l’égard des administrés, sont, dans certaines circonstances, susceptibles de produire des effets de droit en dehors de la sphère de l’administration, et cela en vertu des principes généraux du droit: elles peuvent lier l’administration parce qu’elles expriment dans son chef un engagement par volonté unilatérale; elles peuvent servir de cause de justification d’une infraction en engendrant dans le chef de celui qui est poursuivi une erreur invincible de droit; enfin et surtout, elles peuvent créer dans le chef de l’administré des

¹¹¹² RvS 25 oktober 1990, nr. 35.732, nv Extensa e.a. Over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel inzake ruimtelijke ordening, zie meer in het bijzonder P. POPELIER, “Het gelijkheidsbeginsel in de ruimtelijke ordening en stedenbouw”, *TROS* 1996, 221-231 en D. VANHEULE, “Het gelijkheidsbeginsel”, in B. HUBEAU en P. POPELIER (eds.), *Behoorlijk ruimtelijk ordenen. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de ruimtelijke ordening en stedenbouw*, Brugge, die Keure, 2002, 177-192.

¹¹¹³ RvS 30 mei 1991, nr. 37.132, cv Nieuwe Hoptelersbelangengroep.

¹¹¹⁴ RvS 8 maart 1988, nr. 29.514, Schoutteet; RvS 3 mei 2002, nr. 106.329, nv Syed Petroleum.

¹¹¹⁵ Zie J. THEUNIS, “Het gelijkheidsbeginsel”, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 206.

¹¹¹⁶ RvS 11 januari 1999, nr. 78.052, Simonet.

¹¹¹⁷ Ger. EU 8 juli 2004, Telepharmacy Solutions, T-289/02, punt 59; Ger. EU 14 oktober 2009, Bank Melli Iran, T-390/08, punt 59, telkens met verwijzingen naar vroegere rechtspraak.

expectatives légitimes qui doivent être honorées par l'administration".¹¹¹⁸ Zoals in een vorig hoofdstuk reeds werd uiteengezet (*supra* nrs. 127-131), kan het vertrouwensbeginsel in de regel niet *contra legem* worden toegepast.

343. Tot slot van deze paragraaf kan nog worden aangestipt dat "beleidslijnen" een zekere verwantschap vertonen met de "aanbevelingen", bedoeld in artikel 288 van het VWEU (het vroegere artikel 249 EG). Dat zijn handelingen van de instellingen van de Europese Unie die ten opzichte van hun adressaten geen bindende gevolgen beogen en die doorgaans worden uitgebracht wanneer het Verdrag hun niet de bevoegdheid geeft om verbindende handelingen te verrichten, of wanneer naar hun inzien geen aanleiding voor dwingender voorschriften bestaat.¹¹¹⁹

Desalniettemin blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie "dat aanbevelingen niet kunnen worden geacht geen rechtsgevolgen te hebben, al hebben zij geen bindende kracht en kunnen zij geen rechten in het leven roepen waarop particulieren zich voor een nationale rechter kunnen beroepen. De nationale rechterlijke instanties zijn immers gehouden de aanbevelingen bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen in aanmerking te nemen, met name wanneer deze duidelijkheid verschaffen over de uitlegging van nationale bepalingen die ter uitvoering ervan zijn vastgesteld, of wanneer zij bedoeld zijn om dwingende bepalingen van de Europese Unie aan te vullen".¹¹²⁰

In de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens worden "beleidslijnen" in verband gebracht met het vereiste van voorzienbaarheid waaraan een inmenging in een grondrecht moet voldoen (*supra* nr. 53). In een recent arrest oordeelde het Hof met name, inzake de voorzienbaarheid van een inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven, "that administrative orders and instructions concerning the scheme for screening prisoners' letters established a practice which had to be followed save in exceptional circumstances and that, as a consequence, although they did not themselves have the force of law, to the extent to which those concerned were made sufficiently aware of their contents they could be taken into account in assessing whether the criterion of foreseeability was satisfied in the application of the Prison Rules".¹¹²¹

¹¹¹⁸ R. ERGEC, "Le principe de légalité à l'épreuve des principes de bonne administration", noot onder Cass. 4 september 1995, *RCJB* 1998, 20.

¹¹¹⁹ HvJ 13 december 1989, Grimaldi, C-322/88, punten 13 en 16. Zie ook HvJ 18 mei 2006, Archer Daniels Midland, C-397/03 P, punt 91, waarin eraan wordt herinnerd "dat gedragsregels die externe gevolgen beogen, zoals de richtsnoeren, die marktdeelnemers betreffen, weliswaar niet kunnen worden aangemerkt als een rechtsregel die de administratie hoe dan ook dient na te leven, maar wel een gedragsregel vormen voor de te volgen praktijk, waarvan de administratie in een concreet geval niet mag afwijken zonder opgaaf van redenen die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling".

¹¹²⁰ HvJ 18 maart 2010, Rosalba Alassini e.a., C-317/08 e.a., punt 40, met verwijzing naar het in vorige voetnoot vermelde arrest Grimaldi.

¹¹²¹ EHRM 18 mei 2010, Kennedy t. Verenigd Koninkrijk, § 156.

§ 5. Internationale normen: directe werking vereist?

344. Wat de toetsing aan internationale normen betreft, maakt het Grondwettelijk Hof geen onderscheid naargelang zij al dan niet directe werking hebben in de nationale rechtsorde. Het Hof moet immers, wanneer het wordt ondervraagd over een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met een internationaal verdrag, “niet nagaan of dat verdrag een rechtstreekse werking in de interne rechtsorde heeft, maar het moet oordelen of de wetgever niet op discriminerende wijze de internationale verbintenissen van België heeft miskend”.¹¹²² Het Grondwettelijk Hof betreft zelfs niet-juridisch bindende documenten in zijn beoordeling, bijvoorbeeld het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (*supra* nr. 63).

345. De rechtspraak van het Hof van Cassatie en van de Raad van State is op dat punt evenwel in de andere zin gevestigd.¹¹²³ Voor de toetsing van een interne rechtsnorm aan een verdragsbepaling stellen beide rechtscolleges als voorwaarde dat die verdragsbepaling directe werking heeft in de interne rechtsorde. De grondslag daarvoor ligt in doctrine van het arrest *Le Ski* (*supra* nr. 286).

Voor het Hof van Cassatie houdt het vereiste van directe werking in dat de rechtsonderhorige een subjectief recht aan die verdragsbepaling kan ontleen, dit is het recht om van een ander rechtssubject het stellen van een bepaalde handeling of het zich daarvan onthouden te eisen op grond van een norm van het objectief recht die laatstgenoemd rechtssubject daartoe rechtstreeks verplicht en waarbij het rechtssubject dat de uitvoering van die verplichting eist een voldoende eigen belang heeft bij die uitvoering.¹¹²⁴ De verdragsverplichting moet volledig en nauwkeurig zijn en de verdragsluitende partijen moeten de bedoeling hebben gehad subjectieve rechten en verplichtingen in hoofde van individuele personen te vestigen.¹¹²⁵

De Raad van State heeft het vereiste van directe werking overgenomen, bijvoorbeeld met betrekking tot een aangevoerde strijdigheid van een bestuurshandeling met het Europees Verdrag ter bescherming van het bouwkundig erfgoed van Europa, opgemaakt te Granada op 3 oktober 1985:

¹¹²² GwH 22 juli 2003, nr. 106/2003, B.4.2. Zie daarover ook P. VANDEN HEEDE en G. GOEDERTIER, “De doorwerking van het internationaal recht in de rechtspraak van het Arbitragehof”, in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 251-254.

¹¹²³ Zie wat het Hof van Cassatie betreft P. MARTENS en B. RENAULD, “L’interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée”, in A. ARTS e.a. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, 11: “Bien que, dans certains cas, on puisse se demander s’il est nécessaire que la norme de droit international ait un effet direct pour être utilisée comme norme de contrôle, de manière générale, les cours et tribunaux de l’ordre judiciaire ne reconnaissent la priorité aux normes internationales et supranationales que si elles ont un effet direct dans l’ordre interne belge: la norme doit être suffisamment précise et complète pour être source de droits subjectifs.”

Zie wat de Raad van State betreft, *ibid.*, 17: “A l’instar de la Cour de cassation, le Conseil d’Etat juge que les normes de droit international ayant effet direct priment les normes de droit interne qui leur sont contraires, et que celles-ci doivent des lors être écartées.”

¹¹²⁴ A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 847.

¹¹²⁵ Cass. 21 april 1983, RW 193-84, 2315; Cass. 10 mei 1985, Arr. Cass. 1984-85, 1230, concl. TILLEKAERTS.

“dat, ingevolge de voorrang in de interne rechtsorde van internationale bepalingen met directe werking, de Raad van State een nationale wettelijke bepaling die strijdig is met dergelijke internationale bepalingen buiten toepassing moet laten; dat bijgevolg dient onderzocht te worden of de door verzoeker ingeroepen artikelen al dan niet directe werking hebben in de interne rechtsorde; dat een regel van internationaal of supranationaal recht directe werking bezit indien hij, zonder enige substantiële interne uitvoeringsmaatregel, kan toegepast worden in de rechtsorde waar deze regel van kracht is; dat een regel van internationaal of supranationaal recht daarentegen geen directe werking bezit, wanneer hij aan de Staat de verplichting oplegt te handelen, of niet te handelen, volgens de principes die vervat zijn in de regel; dat de verdragsbepalingen die geen directe werking hebben geen normerend karakter bezitten ten opzichte van de individuen, geen subjectieve rechten in hunnen hoofde scheppen, maar alleen verplichtingen opleggen aan de verdragsluitende partijen; dat met andere woorden de individuele burger er geen rechten kan aan ontleen en erdoor aan geen verplichtingen onderworpen wordt”¹¹²⁶.

Voor de Raad van State, in het kader van het objectief contentieux, is de voorwaarde dat een verdragsbepaling directe werking heeft echter weinig zinvol, aangezien voor het instellen van een annulatieberoep slechts een belang is vereist en geen subjectief recht.¹¹²⁷ De rechtspraak van de Raad van State wordt om die reden sterk bekritiseerd in de rechtsleer.¹¹²⁸

Martens en Renauld vragen zich terecht af of de Raad van State niet, zoals het Grondwettelijk Hof, het vereiste van directe werking in het objectief contentieux moet laten vallen: “Le Conseil contrôle la légalité des actes des autorités, qui doivent en toute hypothèse se conformer aux engagements internationaux de la Belgique. Au contentieux objectif, l’effet direct ne serait donc pas une condition pour exercer un contrôle de la conformité d’une loi à une disposition de droit international.”¹¹²⁹

346. De vraag is of de logica niet dwingt om nog een stap verder te gaan. Indien het wettigheidstoezicht van de Raad van State (op grond van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State) en het wettigheidstoezicht van de gewone hoven en rechtbanken

¹¹²⁶ RvS 5 juli 2001, nr. 97.477, Ramaekers. Recent bevestigd in RvS 27 januari 2009, nr. 189.802, nv Beaulieu. Merk evenwel op dat de Raad van State, in tegenstelling tot het Hof van Cassatie, niet steunt op de bedoeling van de verdragsluitende partijen.

¹¹²⁷ De rechtspraak van de Raad van State is op dit punt echter onvast, zie P. MARTENS en B. RENAULD, “L’interprétation et la qualification de la norme de controle et de la norme contrôlée”, in A. ARTS e.a. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, 19 en D. VAN EECKHOUTTE en G. VAN CALSTER, “Doorwerking van internationaal milieurecht in de Belgische rechtsorde”, in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 497.

¹¹²⁸ Zie o.a. D. VAN EECKHOUTTE en G. VAN CALSTER, “Doorwerking van internationaal milieurecht in de Belgische rechtsorde”, in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 497.

¹¹²⁹ P. MARTENS en B. RENAULD, “L’interprétation et la qualification de la norme de controle et de la norme contrôlée”, in A. ARTS e.a. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, 19, met verwijzing naar E. CLAES en A. VANDAELE, “L’effet direct des traités internationaux. Une analyse de droit positif et en théorie du droit axéed sur les droits de l’homme”, *RBDI* 2001, 428.

(op grond van artikel 159 van de Grondwet) dezelfde draagwijdte hebben (*infra* nr. 360), is de directe werking van een verdragsbepaling dan niet in beide gevallen even irrelevant?

Wanneer bijvoorbeeld een beklagde zich voor de strafrechter beroept op het voormelde Europees Verdrag ter bescherming van het bouwkundig erfgoed van Europa om een toepasselijke bestuurshandeling buiten toepassing te doen laten, verschilt die incidentele toetsing in wezen niet van de rechtstreekse toetsing in het objectieve contentieux.¹¹³⁰ Toch houdt het Hof van Cassatie ook in dat geval vast aan het vereiste van directe werking:

“Overwegende dat artikel 6 van het Europees verdrag ter bescherming van het bouwkundig erfgoed van Europa, opgemaakt te Granada op 3 oktober 1985 en goedgekeurd bij wet van 8 juni 1992 de verdragspartijen ertoe verplicht:

1° ervoor te zorgen dat de overheid, overeenkomstig haar bevoegdheid op nationaal, regionaal of plaatselijk niveau en voor zover de geldende begrotingen zulks toestaan, financiële steun beschikbaar stelt voor het onderhoud en de restauratie van het op haar grondgebied gelegen architectonische erfgoed;

2° zo nodig belastingmaatregelen te nemen ten einde het behoud van dit erfgoed te bevorderen;

3° het particuliere initiatief voor onderhoud en restauratie te stimuleren;

Overwegende dat deze verplichtingen onder meer nadere uitvoering via interne wetgeving door de verdragspartijen vereisen en de bedoelde verdragsbepaling hen een zekere beleidsvrijheid overlaat;

Overwegende dat bijgevolg de verplichtingen van artikel 6 van het vermelde verdrag geen rechtstreekse werking hebben in het interne recht;

Dat het onderdeel faalt naar recht”.¹¹³¹

347. Het vereiste van een subjectief recht is zinvol om de toegang tot de gewone rechter te beperken, zoals een belang kan worden vereist om de toegang tot de annulatierechter te beperken, maar zodra het beroep op ontvankelijke wijze is ingesteld en incidenteel een exceptie van onwettigheid wordt opgeworpen ten aanzien van een norm die aan de afdwingbaarheid van een subjectief recht in de weg staat, dient de rechter na te gaan of die norm in strijd is met een internationale verbintenis van België.¹¹³² Om in het kader van een exceptie van onwettigheid als

¹¹³⁰ Het wettigheidstoezicht door de gewone rechter met toepassing van artikel 159 van de Grondwet betreft in wezen een objectief geschil binnen een subjectief geschil – “l’accessoire de l’appréciation objective suivant en quelque sorte le principal du contentieux subjectif” (P. VANDERNOOT, “Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d’arbitrage”, *Rev.dr.ULB* 2002, n° spéc., 4) – en vertoont het in dat opzicht veel gelijkenis met een prejudicieel geschil: in beginsel is de rechter over de vordering ook de rechter over de exceptie, maar soms is dat niet het geval en dient hij een prejudiciële vraag te stellen aan een ander rechtscollege, bijvoorbeeld aan het Grondwettelijk Hof of het Hof van Justitie. Ook in dat geval is er sprake van een objectief geschil binnen het subjectief geschil voor de verwijzende rechter. In het geval van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie gaat het bijvoorbeeld niet om een zelfstandige procedure, “maar om een incident in het kader van een bij een nationale rechter aanhangig geding”, V. TRSTENJAK, conclusie van 6 juli 2010 voor HvJ (Grote kamer) 9 november 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, punt 80.

¹¹³¹ Cass. 18 december 2001, P.99.1548.N, *Arr.Cass.* 2001, 2220, nr. 709.

¹¹³² In dezelfde zin D. VAN EECKHOUTTE en G. VAN CALSTER, “Doorwerking van internationaal milieurecht in de Belgische rechtsorde”, in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 499, die zich afvragen “wat de rechter er van zou moeten weerhouden om in bepaalde omstandigheden na te gaan of het bestuur (of de wetgever) binnen de appreciatiemarge is gebleven die hem

referentienorm te kunnen figureren, moeten de internationale verplichtingen geen bron van subjectieve rechten zijn, maar volstaat het dat zij voldoende duidelijk en volledig zijn opdat de rechter kan vaststellen welk (deel van het) overheidsoptreden niet verenigbaar is met die verplichtingen.

De theorie van het Grondwettelijk Hof (*supra* nr. 344)¹¹³³ gaat met andere woorden op voor élk wettigheidstoezicht op een overheidshandeling. Wanneer een overheid een internationale verbintenis miskent, is haar handeling onwettig, ongeacht of die verbintenis voortvloeit uit een verdragsbepaling met directe werking of niet. Die onwettigheid moet derhalve tot de niet-toepassing (of vernietiging) van de overheidshandeling door de rechter leiden.

348. Op de bijzondere positie van het supranationale recht van de Europese Unie en meer bepaald de principiële voorrang van het Unierecht op het nationale recht werd in een vorig hoofdstuk reeds ingegaan (*supra* nrs. 289-291).

Afdeling 2 – Controle van de wettigheid, niet van de opportuniteit

349. De rechterlijke controle betreft niet enkel de externe wettigheid¹¹³⁴ maar strekt zich ook uit tot de interne wettigheid van de bestuurshandeling.¹¹³⁵ Zij is bovendien niet beperkt tot manifeste onregelmatigheden (*supra* nr. 201).¹¹³⁶ Controle van de opportuniteit is in beginsel uit den boze, al moet van meet af aan met Lewalle worden toegegeven: “Prétendre enfermer le juge dans un contrôle de la stricte légalité est largement illusoire”.¹¹³⁷

§ 1. Controle van de externe wettigheid

350. Met externe wettigheid zijn de aspecten bedoeld die niet de inhoud van de beslissing maar de auteur en de vorm betreffen.¹¹³⁸ Is de auteur van het reglement of besluit bevoegd om dat

door een internationale bepaling wordt gelaten, ook als deze bepaling niet het karakter heeft van een direct werkende bepaling”.

¹¹³³ En van het Hof van Justitie: “Indien het [Verdrag inzake biologische diversiteit], zoals de Raad beweert, bepalingen bevat die rechtstreekse werking missen, in die zin dat zij geen rechten scheppen die door particulieren rechtstreeks in rechte kunnen worden ingeroepen, dan verhindert dat de rechter niet te controleren of de Gemeenschap als partij bij die overeenkomst haar daaruit voortvloeiende verplichtingen naleeft”, HvJ (Grote kamer) 9 oktober 2001, Nederland/Parlement en Raad, C-377/98, punt 54.

¹¹³⁴ Aanvankelijk was zij wel daartoe beperkt, zie R. WARLOMONT, “Le contrôle juridictionnel de la légalité des arrêtés et règlements en France et en Belgique”, *Revue de l'Administration et du droit administratif de la Belgique* 1949, 173: “Ce contrôle est du reste ‘formel’, en ce sens qu’il leur est inderdité de se prononcer sur la finalité, poursuivie par le pouvoir réglementaire”; C. HUBERLANT, “Le contrôle des actes administratifs par les Cours et Tribunaux en Belgique”, in *Rapports belges au IX^e Congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1975, 482-487.

¹¹³⁵ Cass. 14 juni 1948, *Pas.* 1948, I, 375, met concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT, *TBP* 1948, 179, noot F.E. DE VISSCHERE; Cass. 27 september 1990, *RW* 1990-91, 852; Cass. 10 november 1992, *RW* 1992-93, 989. Zie ook GwH 17 juni 1993, nr. 47/93, B.7.

¹¹³⁶ Cass. 4 december 2006, S.06.0066.F, *P&B* 2007, 87. Volgens het jaarverslag van het Hof van Cassatie vormt dat arrest “een aanvulling voor de leer van het Hof betreffende de bijdrage die artikel 159 van de Grondwet aan de rechtsprekende bescherming van de burger levert” (*Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2006*, 133).

¹¹³⁷ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 530.

¹¹³⁸ M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1989, 580.

reglement of besluit te nemen en heeft hij de voorgeschreven vormvereisten nageleefd: is het besluit door de Koning ondertekend en door een minister medeondertekend,¹¹³⁹ is het formeel gemotiveerd,¹¹⁴⁰ is het desgevallend voorgelegd aan de ministerraad¹¹⁴¹ en aan de afdeling wetgeving van de Raad van State,¹¹⁴² zijn de voorgeschreven samenwerkingsvormen nageleefd, enzovoort?

De bevoegdheidsvraag verwijst naar de eerste betekenis van het wettigheidsbeginsel (*supra* nr. 14). Het gaat om de bevoegdheid *ratione materiae*, *ratione temporis* en *ratione loci*.¹¹⁴³

De vormvraag verwijst in het algemeen naar de regelmatigheid van de besluitvorming. Meer concreet zijn de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten bedoeld, die in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State als nietigheidsgronden zijn vermeld. Vormvereisten zijn substantieel wanneer zij de openbare orde aanbelangen of in het belang van de betrokkenen zijn opgelegd.¹¹⁴⁴

351. Krachtens artikel 14*bis* van dezelfde gecoördineerde wetten moeten de vermelde “samenwerkingsvormen” (*supra* nr. 350)¹¹⁴⁵ als substantiële vormen worden beschouwd, waarvan de schending echter alleen door de Staat, de gemeenschappen, de gewesten en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie¹¹⁴⁶ kan worden ingeroepen. Het middel waarin dezelfde schending door andere natuurlijke of rechtspersonen wordt aangevoerd, zal onontvankelijk worden verklaard.¹¹⁴⁷ De afdeling wetgeving van de Raad van State had bij het voorontwerp van die bepaling opgemerkt dat die laatste beperking niet mag worden geacht de

¹¹³⁹ Zie Cass. 25 mei 1993, *Arr.Cass.* 1993, 523, nr. 253: een koninklijk besluit dat krachtens de wet waarvan het de uitvoering is door meerdere ministers moet worden voorgedragen (en dus medeondertekend), is onwettig indien één van die ministers het besluit niet mee heeft voorgedragen (en medeondertekend).

¹¹⁴⁰ Voor een overzicht van de controle door de gewone hoven en rechtbanken op de naleving van de motiveringsplicht, zie I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Administratieve rechtsbibliotheek, Brugge, die Keure, 1999, 315-323.

¹¹⁴¹ Cass. 30 april 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 819, nr. 454. Cf. Arbh. Gent 27 november 1995, *AJT* 1996-97, 60, noot P. LEFRANC; M. VERHAEGHE, “Over gevaarlijke preparaten en (nog) gevaarlijker wetsbepalingen”, *RW* 1995-96, 873-875.

¹¹⁴² Cass. 11 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 62. Wanneer de hoogdringendheid is ingeroepen om aan het advies van de Raad van State te ontsnappen, kunnen de rechtscolleges overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet de wettigheid van de ingeroepen hoogdringendheid controleren en derhalve nagaan of zij (voldoende) gemotiveerd is (*infra* nr. 348).

¹¹⁴³ Zie P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 1030-1046. Bv. RvS 28 april 1993, nr. 42.715, vzw Ecole supérieure d'action sociale. Cf. Cass. 25 mei 1993, *Arr.Cass.* 1993, 523, nr. 253.

¹¹⁴⁴ P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 12. Zie ook P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 1047-1048.

¹¹⁴⁵ Bedoeld zijn meer bepaald “het overleg, de betrokkenheid, het geven van inlichtingen, de adviezen, de eensluidende adviezen, de akkoorden, de gemeenschappelijke akkoorden met uitzondering van de samenwerkingsakkoorden bedoeld in artikel 92*bis* van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, en de voorstellen die de betrekkingen tussen de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten betreffen en die voorgeschreven zijn door of krachtens de wetten aangenomen in uitvoering van de artikelen 39, 127, § 1, 128, § 1, 129, § 1, 130, § 1, 135, 136, eerste lid, 140, 175, 176 en 177 van de Grondwet” (artikel 14*bis*, eerste lid).

¹¹⁴⁶ Die laatste alleen wat de aangelegenheden betreft die bedoeld zijn in artikel 63 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen.

¹¹⁴⁷ Bv. RvS 2 augustus 1999, nr. 82.139, Allan.

toepassing van artikel 159 van de Grondwet te verhinderen,¹¹⁴⁸ hetgeen ook in de memorie van toelichting werd bevestigd.¹¹⁴⁹ Daaruit volgt dat elke rechter – ook de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State naar aanleiding van een beroep tot nietigverklaring van een ander besluit – een reglement of besluit buiten toepassing moet laten wanneer blijkt dat bij de totstandkoming daarvan de betrokken overlegvoorschriften niet zijn nageleefd.

Ook voor de Raad van State zou derhalve elke belanghebbende (en dus niet alleen de hoger vermelde institutionele partijen) incidenteel de onwettigheid moeten kunnen opwerpen, wegens schending van de overlegvoorschriften, van een bestuurshandeling genomen op basis van een andere bestuurshandeling die zelf met schending van een overlegvoorschrift is tot stand gekomen.¹¹⁵⁰ De Raad van State lijkt die consequentie evenwel niet te aanvaarden. In een arrest van 3 april 2002 was de Raad immers van oordeel dat het voormelde artikel 14*bis* “uitsluit dat rechtspersonen, zoals de verzoekende partij, bij wege van exceptie de onwettigheid zouden aanvoeren van reglementaire besluiten die gebeurlijk met miskennis van bedoelde overlegprocedures tot stand zijn gekomen”.¹¹⁵¹

352. Eén van de belangrijkste vormvereisten (*supra* nr. 350) waaraan een ontwerp van reglementair besluit van de federale overheid, een gemeenschap of een gewest is onderworpen, is de verplichting om het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State te vragen. “Omdat de moderne mens een gehaast mens is en de politicus daarvan het typevoorbeeld is”,¹¹⁵² heeft de wetgever erin voorzien dat die verplichting vervalt in het “met bijzondere redenen omklede geval van hoogdringendheid”,¹¹⁵³ behoudens wanneer het gaat om ontwerpen van koninklijke besluiten die de van kracht zijnde wettelijke bepalingen kunnen opheffen, aanvullen, wijzigen of vervangen.¹¹⁵⁴ Indien de hoogdringendheid is ingeroepen om aan het advies van de Raad van State te ontsnappen, kunnen de rechtscolleges de wettigheid van de ingeroepen hoogdringendheid controleren en derhalve nagaan of zij (voldoende) gemotiveerd is.

¹¹⁴⁸ RvS, afd. wetgeving, advies van 6 april 1989 over het voorontwerp van wat de wet van 16 juni 1989 houdende diverse institutionele hervormingen is geworden, *Parl.St. Kamer* 1988-89, nr. 790/1, 33.

¹¹⁴⁹ *Parl.St. Kamer* 1988-89, nr. 790/1, 6.

¹¹⁵⁰ Zie J. DERIDDER, “Art. 14*bis* RvSt-Wet”, in *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, losbl., bijwerking 2007, nrs. 14-16.

¹¹⁵¹ RvS 3 april 2002, nr. 105.380, nv Air Technology Belgium.

¹¹⁵² A. CARETTE, “De sancties wegens het ten onrechte niet inwinnen van het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State over een ontwerp van reglementair besluit en de gevolgen van het onwettig verklaren van het besluit van 17 juli 1984 houdende het vergunningplichtig maken van sommige gebruikswijzigingen”, noot onder Antwerpen 18 oktober 1999, *RW* 2000-01, 1091, refererend aan R. ANDERSEN, “L’urgence et la section de Législation du Conseil d’Etat”, *TBP* 2000, 7.

¹¹⁵³ Artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Zie o.a. R. ANDERSEN, “L’urgence et la section de Législation du Conseil d’Etat”, *TBP* 2000, 7-11; Th. WERQUIN, concl. voor Cass. 17 september 2001, S.99.0198.N, *Arr.Cass.* 2001, 1455-1458, nr. 465; J. VAN NIEUWENHOVE, “Art. 3 RvSt-Wet”, in *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, losbl., bijwerking 2007, nrs. 4-17.

¹¹⁵⁴ Artikel 3*bis*, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Die bepaling werd ingevoegd bij wet van 4 augustus 1996. De reden waarom zij beperkt is tot federale koninklijke besluiten en geen betrekking heeft op besluiten van de gemeenschaps- en gewestregeringen, moet volgens Van Nieuwenhove “vooral worden gezocht in de concrete aanleiding, met name de toekenning van bijzondere machten in de ‘kaderwetten’ van 1996. Het fenomeen van de bijzondere machten treft men vooralsnog niet (in dezelfde mate) aan bij de deelgebieden. Het feit dat deze bijzondere machten vooral betrekking hebben op sociale zekerheid en federale fiscaliteit, is hier uiteraard niet vreemd aan”, J. VAN NIEUWENHOVE, “Art. 3*bis* RvSt-Wet”, in *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, losbl., bijwerking 2007, nr. 5.

Het staat in de regel aan de ministers om, onder voorbehoud van hun politieke verantwoordelijkheid, te oordelen of de hoogdringendheid voorhanden is die hen ontslaat van de verplichting de tekst van de ontwerpen van reglementaire besluiten te onderwerpen aan het met redenen omkleed advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State, zo oordeelt het Hof van Cassatie. Teneinde het hun bij artikel 159 van de Grondwet opgedragen toezicht op de wettigheid uit te oefenen, zijn de rechters evenwel verplicht na te gaan of de minister, door het advies van de Raad van State niet in te winnen, zijn bevoegdheid niet heeft overschreden of zelfs heeft afgewend door het wettelijk begrip hoogdringendheid te miskennen.¹¹⁵⁵

In een arrest van 9 september 2002 oordeelde het Hof van Cassatie bijvoorbeeld dat de motivering van de dringende noodzakelijkheid, in de aanhef van een ministerieel besluit, “door het feit dat alle betrokken instellingen en werklozen zo snel mogelijk op de hoogte dienen gebracht te worden van de herziene verplichtingen die zij hebben tegenover de directeur van het werkloosheidsbureau in geval van vrijwillige en gratis activiteit voor een derde” niet volstaat. Dergelijke overwegingen geven alleen de reden aan waarom een snelle publicatie van het nieuwe besluit nodig blijkt te zijn, maar omschrijven niet de bijzondere omstandigheden die de goedkeuring van de geplande maatregelen zo dringend maken dat het advies van de Raad van State niet kan worden ingewonnen, zelfs niet binnen een termijn van drie dagen.¹¹⁵⁶ Zij voldoen niet aan het wettelijk vereiste van de bijzondere motivering van de dringende noodzakelijkheid. Het Hof van Cassatie besluit dat het niet in acht nemen van de substantiële rechtsvorm, die de vraag om advies aan de Raad van State is, zonder dat de aangevoerde dringende noodzakelijkheid is verantwoord, de onwettigheid van het ministerieel besluit van 27 april 1994 tot gevolg heeft.¹¹⁵⁷

De Raad van State ontleent zijn adviesverlenende taak aan artikel 160 van de Grondwet. In zoverre de raadpleging van de Raad van State betrekking heeft op het onderzoek van wetgevende en verordenende teksten, vloeit die raadpleging voort uit “het streven van de Grondwetgever om de eerbiediging van de rechtsstaat, en de kwaliteit van die teksten uit wetgevingstechnisch en formeel oogpunt te waarborgen, en bijgevolg ook de rechtszekerheid”. Daaruit leidt de Raad van State af dat de raadpleging van de afdeling wetgeving, zoals ze is geregeld in de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ter uitvoering van de Grondwet, een vormvereiste is dat van openbare orde en derhalve substantieel is.¹¹⁵⁸

353. Aangezien de werking van artikel 159 van de Grondwet naar het oordeel van het Hof van Cassatie niet beperkt is in de tijd (*supra* nr. 238), kan een overheidshandeling vele jaren na de inwerkingtreding ervan nog buiten toepassing worden verklaard. Het gaat weliswaar slechts om een niet-bindendverklaring, die het bestaan zelf van de overheidshandeling niet aantast (*infra*

¹¹⁵⁵ Cass. 15 februari 2007, C.06.0071.F.

¹¹⁵⁶ Thans bedraagt die termijn vijf dagen, zie artikel 84 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

¹¹⁵⁷ Cass. 9 september 2002, S.00.0125.F, *Arr.Cass.* 2002, 1762, nr. 426, *JLMB* 2003, 1176, noot D. DE ROY. Voor andere recente cassatiearresten, zie F. TULKENS en J. SOHIER, “Les cours et tribunaux – Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2004-2006”, *RBDC* 2006, 229-230; Cass. 15 februari 2007, C.06.0071.F.

¹¹⁵⁸ RvS 18 oktober 1999, nr. 82.940, Godard.

nrs. 382-383), maar de kans is groot dat zij ook in andere gedingen buiten toepassing zal worden gelaten. Zeker wanneer, zoals in het hoger aangehaalde voorbeeld (*supra* nr. 352), het Hof van Cassatie zich heeft uitgesproken, zal de bestuurshandeling *de facto* niet meer in een ander geding kunnen worden toegepast.

354. Toch is de niet-naleving van de betrokken formaliteit geen onoverkomelijke hinderpaal, zelfs niet wanneer het besluit strafbaarstellingen bevat, zoals blijkt uit het volgende voorbeeld.

Het besluit van de Vlaamse Executieve van 17 juli 1984 houdende het vergunningplichtig maken van sommige gebruikswijzigingen werd niet voor advies voorgelegd aan de afdeling wetgeving van de Raad van State. In een arrest van 18 oktober 1999 stelde het Hof van Beroep te Antwerpen vast dat de ingeroepen “hoogdringendheid” die dat verzuim kan rechtvaardigen, niet nader is uiteengezet en bovendien wordt tegengesproken door de termijn van zes weken tussen de datum van ondertekening en de publicatie van het besluit. Op grond van artikel 159 van de Grondwet werd het besluit bijgevolg buiten toepassing gelaten.¹¹⁵⁹

Het arrest bracht met zich mee dat de overtreders van het besluit aan een veroordeling en aan het opleggen van een herstelmaatregel konden ontsnappen. De decreetgever achtte het daarom noodzakelijk “de inhoudelijke regeling die naar het oordeel van het Hof van Beroep van Antwerpen op formeel onregelmatige wijze zou zijn opgelegd, retroactief en ongewijzigd te bekrachtigen bij decreet; m.a.w., de door dit Hof buiten toepassing verklaarde verordening bij decreet te valideren met ingang van de dag waarop dit besluit in werking trad” (*infra* nr. 429).¹¹⁶⁰

Het betrokken decreet van 21 november 2003 wordt vervolgens aangevochten met een beroep tot vernietiging. Het Grondwettelijk Hof stelt in de eerste plaats vast dat door het arrest van het hof van beroep een rechtsonzekerheid is ontstaan die de decreetgever heeft willen verhelpen. Die rechtsonzekerheid is des te groter daar de vaststelling, door voormeld hof van beroep, enkel *inter partes* geldt en het een besluit betreft dat gedurende meer dan vijftien jaar is toegepast. Wanneer een verordenende maatregel mogelijk als onwettig kan worden beschouwd overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet, zo preciseert het Hof, dan komt het in de regel toe aan de overheid die de betrokken norm heeft aangenomen, die te herstellen met inachtneming van de vormvoorschriften die zij niet had nageleefd. Te dezen heeft de decreetgever een oplossing willen zoeken voor de wettelijke onmogelijkheid waarin de Vlaamse Regering zich bevond om, gelet op de vervanging van de basiswetgeving, het bij besluit van 14 april 2000 opgeheven besluit van 17 juli 1984 te herstellen, dat wil zeggen het aannemen van een decretale bepaling in 2003 met terugwerkende kracht tot 9 september 1984.

Het Grondwettelijk Hof gaat vervolgens na of het door de decreetgever aangewende procédé redelijk verantwoord is en komt tot het besluit dat de vaststelling, in een arrest dat enkel *inter partes* geldt, van een formelijke tekortkoming bij het totstandkomen van een besluit waarvan de inhoud niet wordt betwist, niet tot gevolg kan hebben dat de decreetgever in de onmogelijkheid

¹¹⁵⁹ Antwerpen, 18 oktober 1999, RW 2000-01, 1087, noot A. CARETTE.

¹¹⁶⁰ *Parl.St.* VI.Parl. 2002-03, nr. 1800/1, 21-22.

zou zijn om de rechtsonzekerheid die door die vaststelling is ontstaan, te verhelpen. Vermits de inhoud van de decretale bepaling overeenstemt met de inhoud van het besluit, is de vergunningplichtige handeling op voldoende precieze wijze omschreven en kan eenieder op wie de strafbepalingen van het stedenbouwdecreet toepasselijk is, op grond ervan de feiten en nalatigheden kennen die zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid meebrengen, zodat te dezen geen afbreuk wordt gedaan aan de vereiste van de niet-retroactiviteit van de strafwet (*supra* nrs. 87-90). Het Grondwettelijk Hof acht de maatregel door de bijzondere omstandigheden verantwoord.¹¹⁶¹

§ 2. Controle van de interne wettigheid

355. De interne wettigheid betreft de inhoud van de beslissing: zijn de feiten juridisch juist gekwalificeerd, stroken het voorwerp en het doel en vooral ook de beweegredenen tot de handeling met de wet?¹¹⁶² Een schending van de interne wettigheid stemt aldus overeen met machtsoverschrijding of machtsafwending door de overheid.¹¹⁶³

Machtsoverschrijding komt neer op de inhoudelijke strijdigheid met de hogere rechtsnormen en verwijst dus in wezen naar de tweede betekenis van het wettigheidsbeginsel (*supra* nr. 14).

Machtsafwending is de onwettigheid die er in bestaat dat een bestuursorgaan de bevoegdheid die haar bij wet tot het bereiken van een bepaald doel van algemeen belang is gegeven, uitsluitend aanwendt tot het nastreven van een ander doel.¹¹⁶⁴ Machtsafwending is met andere woorden slechts een variante van machtsoverschrijding.¹¹⁶⁵

356. Lange tijd stelden de hoven en rechtbanken zich zeer terughoudend op bij de beoordeling van machtsafwending, maar daarin kwam rond het midden van de vorige eeuw verandering. Als machtsafwending wordt vastgesteld, stelde Hayoit de Termicourt in zijn conclusie bij een arrest van 14 juni 1948, moeten de hoven en rechtbanken op grond van artikel 159 van de Grondwet de toepassing van de administratieve akte weigeren.¹¹⁶⁶

Zo erkende het Hof van Cassatie dat de rechter bevoegd is om te onderzoeken of uit de tekst van een verordening en de motieven ervan blijkt dat de gemeenteoverheid de bedoeling heeft gehad om bepaalde handelingen of een bepaald beroep onmogelijk te maken *onder het*

¹¹⁶¹ GwH 8 maart 2005, nr. 56/2005, B.9.1-B.15. Zie ook *infra* nr. 446.

¹¹⁶² Zie C. HUBERLANT, "Le contrôle des actes administratifs par les Cours et Tribunaux en Belgique", in *Rapports belges au IX^e Congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1975, 482-483 en 487.

¹¹⁶³ Cass. 3 maart 1972, RW 1971-72, 1633, concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, RCJB, 1973, 433, noot C. HUBERLANT.

¹¹⁶⁴ RvS 13 november 2009, nr. 197.783, nv Stadium Fenix en nv Limburgse Reconvertiemaatschappij; J.-F. LECLERCQ, concl. voor Cass. 10 juni 1996, S.95.0114.F, Pas. 1996, I, 619, nr. 227, punt 6: "dans ce cas, l'acte ou la décision respecte en apparence la 'loi' mais il en viole l'esprit".

¹¹⁶⁵ A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 1005.

¹¹⁶⁶ Cass. 14 juni 1948, Pas. 1948, I, 375, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT, TBP 1948, 179, noot F.E. DE VISSCHERE. Zie ook Cass. 13 oktober 1965, RW 1965-66, 1261; Cass. 25 september 1985, Arr.Cass. 1985-86, 87, nr. 46; Cass. 27 september 1990, Arr.Cass. 1990-91, 84, nr. 41.

voorwendsel de gezondheid, de veiligheid en de openbare rust te handhaven.¹¹⁶⁷ Het onderzoek zelf van de omstandigheden die de grief moeten schragen houdt een beoordeling van de feiten in, waartoe het Hof van Cassatie niet bevoegd is.¹¹⁶⁸

357. Wat de interne wettigheid van een norm betreft, moet de rechter derhalve erop toezien “qu’elle n’est pas en contradiction avec l’ordonnancement juridique, c’est à dire qu’elle ne viole pas ou ne fait pas une fausse application des règles de droit qu’elle doit respecter en vertu du principe de hiérarchie”.¹¹⁶⁹

De meest flagrante manier waarop een bestuurshandeling onwettig kan zijn naar haar inhoud is door een rechtstreekse schending van de rechtsregel, dit is wanneer het bestuur zonder meer nalaat een wettelijk voorschrift of verbod na te leven. Van de rechtstreekse schending wordt de verkeerde toepassing ervan onderscheiden, die plaatsvindt wanneer het bestuur de betekenis of draagwijdte van de norm niet juist heeft begrepen, wanneer het met andere woorden een rechtsdwaling begaat.¹¹⁷⁰

Verkeerde toepassing van de rechtsregel doet zich ook voor wanneer de norm wel juist wordt begrepen maar de feiten waarop zij werd toegepast verkeerd werden beoordeeld. Het gaat dan niet om een rechtsdwaling, maar om een feitelijke dwaling. De overeenstemming met de werkelijkheid en de juridisch correcte kwalificatie van de doorslaggevende feitelijke gegevens behoren inderdaad tot de interne wettigheid van de bestuurshandeling. Derhalve moet elke instantie die belast is met een of andere vorm van wettigheidscontrole op administratieve rechtshandelingen, binnen de perken van dat wettigheidstoezicht, nagaan of de feiten, zo het bestaan en de kwalificatie ervan worden betwist, genoegzaam bewezen zijn.¹¹⁷¹

358. In tegenstelling tot de formele motivering (*supra* nr. 350), wordt de materiële motivering bij de interne wettigheid gerekend. Materiële motiveringsgebreken zijn immers geen gebreken naar de vorm, maar naar de inhoud van de bestuurshandeling.¹¹⁷² De materiële motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur houdt in “dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren bewezen is en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen, en die bovendien in redelijkheid aanvaardbaar zijn”.¹¹⁷³

¹¹⁶⁷ Cass. 11 juli 1939, *Pas*, 1939, I, 358. Voor dit en andere voorbeelden, zie A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 1005-1006. Zie ook F. DEBAEDTS, *Machtsafwending*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1956, 104 p.; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 1090-1096; A. MAST, “Le juge ordinaire et le détournement de pouvoir”, noot onder Rb. Gent 21 juni 1957, *RCJB* 1964, 57-66; R. VEKEMAN, “Machtsafwending”, *RW* 1980-81, 2649-2684.

¹¹⁶⁸ K. RIMANQUE, *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 113. Het Hof beperkt zich ertoe de weigering de grief van machtsafwending te onderzoeken, strijdig te achten met artikel 159 van de Grondwet, Cass. 13 oktober 1965, *RW* 1965-66, 1261.

¹¹⁶⁹ E. CEREXHE, *Principes généraux et fondements du droit*, Presses Universitaires de Namur, 1977, 469.

¹¹⁷⁰ P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 13. Over de onoverkomelijke dwaling, zie *infra* nr. 588.

¹¹⁷¹ P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 13-14.

¹¹⁷² P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 12.

¹¹⁷³ RvS 28 september 2009, nr. 196.411, vzw Unamec e.a.

Volgens het Hof van Cassatie is het voor de regelmatigheid van een belastingverordening bijvoorbeeld niet vereist dat zij zelf de motivering bevat waarom zij door de gemeenteoverheid is goedgekeurd, maar is het noodzakelijk en voldoende dat die motivering kan worden afgeleid uit het administratief dossier van de gemeente. Wanneer dus een rechter vaststelt dat een belastingverordening geen enkele motivering bevat inzake het nagestreefde doel en om die reden “een gebrek vertoont waardoor zij krachtens artikel 159 van de Grondwet niet mag worden toegepast”, dan schendt die rechter zelf artikel 159 van de Grondwet.¹¹⁷⁴

De naleving van de materiële motiveringsplicht vertoont dus het bijzondere kenmerk dat zij een voorafgaande voorwaarde is om de naleving van sommige andere aspecten van de interne wettigheid te kunnen controleren, zoals met name het gelijkheidsbeginsel. Wanneer een belastingreglement bijvoorbeeld slechts een bepaalde categorie van personen treft, zonder dat het verschil in behandeling (materieel) werd gemotiveerd, dan is er tegelijkertijd (of achtereenvolgens zo men wil) sprake van een schending van de materiële motiveringsplicht en van het gelijkheidsbeginsel.¹¹⁷⁵

359. Bij zijn toetsing zal de rechter ten slotte eveneens rekening moeten houden met onderliggende normverhoudingen.¹¹⁷⁶ Twee voorbeelden: (i) wanneer een administratieve overheidsakte op het eerste gezicht in overeenstemming lijkt te zijn met de wetgevende norm, waarvan hij de uitvoering is, maar strijdig is met de Grondwet,¹¹⁷⁷ dient de rechter acht te slaan op de verhouding tussen de wetgevende norm en de Grondwet (*supra* nr. 283); (ii) wanneer een koninklijk besluit ter uitvoering van een wet strijdt met een gemeenschaps- of gewestdecreet, dient de rechter rekening te houden met de bevoegdheidsverdelende regels, waarbij in de regel de bevoegdheid van de ene overheid de bevoegdheid van de andere overheid uitsluit (zie ook *infra* nr. 377).

§ 3. Controle van de opportuniteit ?

a. Geen controle van de opportuniteit

360. Artikel 159 van de Grondwet is één van de scharnierbepalingen van het stelsel van wederzijdse controle tussen de verschillende machten (*supra* nr. 5). De bepaling belast de rechterlijke macht meer bepaald met een toezicht op de wettigheid van de besluiten en verordeningen van de uitvoerende macht. De hoven en rechtbanken hebben krachtens artikel 159 van de Grondwet de bevoegdheid en de plicht, zo luidt de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie, om de interne en externe wettigheid van een administratieve handeling waarop een

¹¹⁷⁴ Cass. 17 februari 2005, F.04.0023.F, *Arr.Cass.* 2005, 404, nr. 101.

¹¹⁷⁵ Bv. Rb. Luik 16 oktober 2008, *RGCF* 2009, 468, noot A. SCHEYVAERTS. Anders dan het Hof van Cassatie aanvaardt het Grondwettelijk Hof wel dat een verschil in behandeling wordt verantwoord op grond van elementen die niet in de parlementaire voorbereiding zijn terug te vinden, bv. GwH 15 maart 2007, nr. 42/2007, B.7.

¹¹⁷⁶ Zie A. ALEN en J. CLEMENT, “De hiërarchie der rechtsnormen”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2006, 8, onder de veelzeggende subtitel “De schijn is niet steeds de werkelijkheid”; A. ALEN en J. THEUNIS, “Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in artikel 159 van de Grondwet”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 14.

¹¹⁷⁷ Zie Cass. 20 april 1950 (Waleffe), *Arr.Cass.* 1950, 517 en *Pas.* 1950, I, 560, concl. L. CORNIL.

vordering, een verweer of een exceptie berust, te toetsen alvorens eraan uitwerking te verlenen. Het komt de hoven en rechtbanken echter niet toe de opportuniteit van die administratieve handeling te beoordelen.¹¹⁷⁸ Het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten staat daaraan in de weg.¹¹⁷⁹

Ook de wettigheidstoetsing die de Raad van State op grond van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State verricht, heeft enkel betrekking op de interne en externe wettigheid – dus niet op de opportuniteit – van de bestreden bestuurshandeling.

b. Waar ligt de grens tussen wettigheid en opportuniteit ?

361. Een belangrijke vraag is dus waar de wettigheidstoetsing eindigt en de opportuniteitstoetsing begint. Van meet af aan moet worden toegegeven dat op dat punt geen scherpe grens kan worden getrokken. Dat houdt verband met de algemene rechtsbeginselen, die deel uitmaken van de “wetten” waaraan bestuurshandelingen worden getoetst (*supra* nr. 334) en die zelf ook niet scherp zijn af te lijnen.

362. Een grens kan wel worden getrokken tussen de uitoefening van een discretionaire en van een gebonden bevoegdheid. Discretionaire bevoegdheid houdt per definitie in dat het bestuur op verschillende manieren kan optreden of zelfs kan stilzitten, naargelang zijn eigen appreciatie.¹¹⁸⁰

Wanneer de overheid niet over een discretionaire bevoegdheid beschikt, bestaat er geen gevaar dat het wettigheidstoezicht door de rechter uitmondt in een opportuniteitstoezicht: de overheid oefende immers zelf een gebonden bevoegdheid uit, zonder enige opportuniteitsbeoordeling. Artikel 167, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, verleent aan de ambtenaar van de burgerlijke stand bijvoorbeeld geen discretionaire beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot de voorwaarden waaronder de voltrekking van het huwelijk kan worden geweigerd. In dat geval is het rechterlijk toezicht op een weigeringsbeslissing van de ambtenaar niet beperkt tot een wettigheidscontrole, “maar oefent de rechter zijn rechtsmacht over die beslissing volledig uit”. Alles wat tot de beoordelingsbevoegdheid van de ambtenaar behoort, wordt onderworpen aan het toezicht van de rechter, op voorwaarde dat het recht van verdediging wordt geëerbiedigd.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁸ O.a. Cass. 27 september 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 84, nr. 41; Cass. 16 januari 2006, C.05.0057.F, *Pas.* 2006, 165, nr. 37. In dezelfde zin: GwH 7 juni 2007, nr. 82/2007, B.7.2.

¹¹⁷⁹ Cass. 3 juni 2010, C.08.0582.N: “Het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten belet de rechter die de strijdigheid van een plaatselijk besluit met de wetten niet vaststelt, dit besluit geheel of ten dele buiten toepassing te laten. Dit algemeen rechtsbeginsel belet de rechter aldus de opportuniteit van een retributie, verschuldigd krachtens een niet onwettig bevonden retributiereglement, te beoordelen en in te grijpen in de tariefstructuur van dit reglement.”

¹¹⁸⁰ P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 16. Zie over het begrip discretionaire bevoegdheid ook D. DÉOM, “Le pouvoir discrétionnaire: vieillard chancelant ou force vive du droit administratif”, in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 199-218.

¹¹⁸¹ Cass. 13 april 2007, C.06.0334.N, *RW* 2008-09, 407, noot J. DUJARDIN. Voor een ander voorbeeld zie Cass. 16 juni 2006, C.05.0287.F, *RCJB* 2009, 5, noot D. DE ROY. Zie ook reeds A. VANWELKENHUYZEN, “La séparation des pouvoirs, 1831-1981”, in *De Grondwet honderdvijftig jaar*, Brussel, Bruylant, 1981, 91, die erop wijst dat het beginsel van de scheiding der machten slechts het volgende kan inhouden: “l'autorité relevant d'un pouvoir, ne saurait substituer son appréciation à celle d'une autorité relevant d'un autre pouvoir exerçant une compétence

363. Het omgekeerde van een volstrekt gebonden bevoegdheid, namelijk een volstreekte beleidsvrijheid, bestaat evenwel niet in een rechtsstaat. De beleidsvrijheid heeft steeds de redelijkheid als grens: wanneer de principieel vrije appreciatie van het bestuur kennelijk onredelijk is, dan wordt het redelijkheidsbeginsel geschonden en is de appreciatie onrechtmatig. Het gaat met andere woorden om een marginale toetsing: de bestuurshandeling mag pas onwettig worden bevonden wanneer het volgens een algemeen gedeelde rechtsovertuiging niet denkbaar is dat enige naar redelijkheid beslissende overheid dergelijke appreciatie zou kunnen uitbrengen.¹¹⁸²

364. De grens tussen wettigheidstoetsing en opportuniteitstoetsing in hoofde van de rechter wordt dus in wezen gevormd door de beleids- en beoordelingsvrijheid in hoofde van het bestuur.¹¹⁸³ Het bestuur dat op grond van zijn discretionaire bevoegdheid een beslissing neemt, beschikt over een beoordelingsvrijheid die het de mogelijkheid biedt zelf te oordelen over de wijze waarop het zijn bevoegdheid uitoefent en de meest geschikt lijkende oplossing te kiezen binnen de door de wet gestelde grenzen.¹¹⁸⁴ Zolang een bestuurshandeling binnen die grenzen blijft, mag de rechter daar niet aan tornen. De rechter is weliswaar bevoegd, zo luidt de rechtspraak van het Hof van Cassatie, om een door het bestuur bij de uitoefening van zijn niet-gebonden bevoegdheid begane onrechtmatige aantasting van een subjectief recht zowel te voorkomen als te vergoeden, maar hij vermog daarbij aan het bestuur zijn beleidsvrijheid niet te ontnemen en vermog zich niet in de plaats van het bestuur te stellen. De rechter in kort geding mag dit evenmin doen.¹¹⁸⁵

365. Een goede illustratie biedt de rechtspraak inzake de nachtvluchten. De kort gedingrechter, zo blijkt daaruit, mag bij de voorlopige beoordeling van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden niet een criterium uitsluiten dat aan die overheidsbeslissing ten grondslag ligt, zonder te beslissen dat *prima facie* dat criterium niet rechtmatig was aangewend. Hij mag evenmin andere criteria in de plaats stellen die tot een andere beslissing leiden. In één van de

discrétionnaire. L'autorité hiérarchique ou l'autorité de tutelle peuvent refaire l'évaluation de ce que commande l'intérêt général, qui avait été opérée par une autorité subordonnée relevant du même pouvoir; le juge, lui, n'exerce qu'un contrôle de légalité."

¹¹⁸² P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 16, met verdere verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer. Zie ook D. LAGASSE, "Le principe de la séparation des pouvoirs en droit de la sécurité sociale", noot onder Cass. 10 juni 1996, *RCJB* 1997, 467 en 472: "Lorqu'il peut être qualifié de 'discrétionnaire', c'est à dire de très libre, le pouvoir d'appréciation de l'administration n'est pas pour autant totalement souverain, c'est-à-dire illimité. Un pouvoir discrétionnaire d'une autorité politique ne peut jamais, dans un Etat de droit, devenir un pouvoir arbitraire", reden waarom "le contrôle de légalité de ses décisions par les juridictions comprend aussi un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation". Zie daarover ook D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif: essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Brussel, Bruylant, 1986, 558 p. Zie ook reeds A. VANWELKENHUYZEN, "L'autorité de chose jugée des arrêts du Conseil d'Etat en matière de responsabilité de la puissance publique", noot onder Cass. 7 november 1975, *RCJB* 1977, 421-445.

¹¹⁸³ Over die begrippen zie o.a. D. D'HOOGHE, "Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid", *RW* 1993-94, 1091.

¹¹⁸⁴ Cass. 27 oktober 2006, C.03.0584.N, *T.Gem.* 2007, 63, noot E. VAN DE VELDE.

¹¹⁸⁵ O.a. Cass. 4 maart 2004, C.03.0346.N en C.03.0448.N, *Arr.Cass.* 2004, 392, nr. 124, *TMR* 2004, 435, noot V. STAELENS, *RW* 2003-04, 1184, *NjW* 2004, 983, noot V. STAELENS, *RABG* 2004, 589, concl. G. DUBRULLE en noot R. VERBEKE.

geschillen inzake nachtvluchten hadden de appelrechters vastgesteld dat de beleidskeuze van het bestuur ertoe strekte de onvermijdelijke geluidsoverlast van de nationale luchthaven zoveel mogelijk te laten ondergaan door het geringst aantal bewoners in een bepaald gebied dat voor geconcentreerde overvlieging wordt gekozen. Zij sloten niet uit dat het rechtmatig kan zijn de geluidsoverlast te beperken tot een zo klein mogelijk aantal inwoners, maar stelden niettemin de graad van blootstelling als criterium in de plaats van de graad van bevolkingsconcentratie en legden maximaal gespreide uitwaaieringstrajecten op. Daardoor schonden de appelrechters naar het oordeel van het Hof van Cassatie het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten.¹¹⁸⁶

Niet naar recht verantwoord is bijvoorbeeld ook de beslissing van de strafrechter die zich niet beperkt tot het toezicht op de overeenstemming met de wet van een aanvullende gemeenteverordening op de uitoefening van de prostitutie, maar de gepastheid en doelmatigheid ervan beoordeelt.¹¹⁸⁷ En wanneer een wet aan de directeur van het werkloosheidsbureau het recht toekent een sanctie niet toe te passen in geval van een spontane verbeterende aangifte van de werkloze, mag de rechter die ambtenaar zijn beoordelingsvrijheid niet ontzeggen en niet in zijn plaats treden. Het arrest, dat beslist dat de door de directeur van het werkloosheidsbureau opgelegde sanctie niet hoefde te worden toegepast, schendt het algemeen beginsel van de scheiding der machten.¹¹⁸⁸

366. Kortom: wettigheidscontrole omvat geen beleidscontrole en inopportunititeit levert dus in beginsel geen onwettigheid op.¹¹⁸⁹ Valt de beslissing binnen de marge waarbinnen naar redelijkheid verschillende beslissingen kunnen worden genomen, dan moet de rechter zich ervan onthouden zijn eigen oordeel over wat redelijk en zorgvuldig is in de plaats te stellen van het oordeel van het bestuur.¹¹⁹⁰

Doordat de toetsing van de wettigheid ook de naleving van het redelijkheidsbeginsel en andere algemene rechtsbeginselen omvat, is het voor de rechter “dansen op een slappe koord”.¹¹⁹¹ Franse auteurs vergeleken de opportuniteit op dat punt met een luchtspiegeling:

“L’opportunité est comme les mirages; chaque fois qu’on s’en approche, elle recule pour réapparaître plus loin, car il reste presque toujours à un stade ou un autre de la décision une

¹¹⁸⁶ Cass. 4 maart 2004, vermeld in de vorige voetnoot. Zie ook Cass. 3 januari 2008, C.06.0322.N, *Arr.Cass.* 2008, 10, nr. 4, en RvS 17 november 2008, nr. 187.998, Coomans e.a. Zie ook T. BOMBOIS, “Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l’autorité publique... Vol au dessus d’un nid de vipères?”, *CDPK* 2005, 24-49.

¹¹⁸⁷ Cass. 9 januari 1996, *Arr.Cass.* 1996, 39, nr. 22, *RW* 1996-97, 356, noot M. GELDERS.

¹¹⁸⁸ Cass. 10 juni 1996, *RCJB* 1997, 447, concl. J.-F. LECLERCQ en noot D. LAGASSE.

¹¹⁸⁹ P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 16.

¹¹⁹⁰ M. BOES, “Rechter en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986, 2, met verwijzing naar J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, 209.

¹¹⁹¹ P. POPELIER, “De wankelende grens tussen wettigheid en opportuniteit”, noot onder Pol. Gent 14 juni 1999, *RW* 1999-2000, 827-828; P. LEFRANC, “De rechter bestuurt niet”, in F. EVERS en P. LEFRANC (red.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, die Keure, 2009, 108.

marge de choix. Ce qui relevait de l'opportunité entre dans la légalité quand le juge décide de la vérifier, elle réapparaît là où s'arrête son contrôle."¹¹⁹²

367. De grens tussen wettigheid en opportuniteit duikt ook op in het Europees recht. In haar conclusie in de zaak *Commissie/Alrosa* voor het Hof van Justitie onderzocht advocaat-generaal Kokott de grenzen van het rechterlijk toezicht op handelingen van Europese instellingen – *in casu* van de beschikkingen van de Commissie als mededingingsautoriteit – en meer bepaald de delicate verhouding tussen de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, dat als algemeen beginsel van Unierecht ook een maatstaf is voor de rechtmatigheid van alle handelingen van de instellingen, enerzijds, en de eerbiediging van de beoordelingsmarge waarover die instellingen beschikken, anderzijds:

“Het bestaan van een beoordelingsmarge betekent niet dat de gemeenschapsrechter zich moet onthouden van elke toetsing van de uitlegging van economische gegevens door de Commissie. Hij is juist bevoegd om bij de toetsing van de materiële rechtmatigheid van beschikkingen van de Commissie na te gaan of de feiten juist zijn en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout. Daarbij moet hij niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, alsook de betrouwbaarheid en samenhang daarvan controleren, maar ook nagaan of deze elementen alle relevante feiten omvatten die bij de beoordeling van een complexe toestand in aanmerking dienen te worden genomen, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen. (...) Om een kennelijke beoordelingsfout te kunnen bewijzen, is het evenwel juist niet voldoende dat het Gerecht slechts van mening verschilt met de Commissie. Indien namelijk op basis van het feitenkader en de bewijselementen verschillende beoordelingen verdedigbaar lijken te zijn, kan juridisch niet worden bekritiseerd dat de Commissie de voorkeur heeft gegeven aan een daarvan, ook al geeft het Gerecht de voorkeur aan een andere. Er is pas sprake van een kennelijke beoordelingsfout wanneer de door de Commissie getrokken conclusies gelet op het feitenkader en de bewijselementen niet meer verdedigbaar zijn, dat wil zeggen wanneer geen redelijke grondslag ervoor valt aan te wijzen.”¹¹⁹³

In het kader van dit rechterlijk toezicht mag het Gerecht zijn beoordeling op economisch vlak met andere woorden niet in de plaats stellen van de beoordeling van de Europese Commissie.¹¹⁹⁴ Meer in het algemeen mag de rechter zijn politiek-economische beoordeling niet in de plaats stellen van die van de Uniewetgever, en op die manier “in strijd met het beginsel van scheiding der machten, de politieke verantwoordelijkheid van deze laatste usurperen”.¹¹⁹⁵

368. Ook de Raad van State ten slotte oordeelt steevast dat hij, wanneer een bestuurshandeling voorligt die in het raam van een discretionaire bevoegdheid van het bestuur werd genomen, zijn beoordeling niet in de plaats van het bestuur kan stellen maar enkel een

¹¹⁹² P.-L. FRIER en J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Parijs, Montchrestien, 2008, 486. Zie ook M. BOES, “Rechter en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986, 9: “Er is aan de toetsingsmacht van de rechter, bij het hanteren van de vereiste van de redelijkheid, geen andere grens dan deze die hij zichzelf stelt. ‘Judicial restraint’ is dus noodzakelijk, en er is alle reden om de marginaliteit van de redelijkheidstoetsing niet los te laten.”

¹¹⁹³ J. KOKOTT, conclusie van 17 september 2009 voor HvJ (Grote kamer) 29 juni 2010, *Commissie/Alrosa*, C-441/07 P, punten 77 en 84.

¹¹⁹⁴ HvJ 22 november 2007, C-525/04 P, Spanje/Lenzing, punt 57; HvJ (Grote kamer) 29 juni 2010, *Commissie/Alrosa*, C-441/07 P, punt 67.

¹¹⁹⁵ M. POIARES MADURO, conclusie van 21 mei 2008 voor HvJ (Grote kamer) 16 december 2008, *Arcelor Atlantique en Lorraine e.a.*, C-127/07, punt 54.

marginale toetsing kan uitoefenen, wat betekent dat hij de bestuurshandeling enkel kan vernietigen wanneer het bestuur op een kennelijk onredelijke wijze van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt.¹¹⁹⁶

Inzake tuchtrecht bijvoorbeeld vermag de Raad van State, op het stuk van de evenredigheid tussen de gepleegde feiten en de straf, de discretionaire bevoegdheid van het bestuur slechts aan een marginale toetsing te onderwerpen.¹¹⁹⁷ Enkel een maatregel die, gelet op de concrete gegevens van de zaak, “kennelijk niet in verhouding is tot de gepleegde feiten”,¹¹⁹⁸ die met andere woorden “zo zwaar is dat geen andere overheid ze in dezelfde omstandigheden zou opleggen”,¹¹⁹⁹ kan door de Raad van State worden vernietigd.¹²⁰⁰

Volgens vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof oefent de Raad van State in tuchtzaken een volwaardige toetsing door, zowel aan de wet als aan de algemene rechtsbeginselen met inbegrip van het beginsel van behoorlijk bestuur.¹²⁰¹ De Raad van State gaat daarbij na of de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissing de vereiste feitelijke grondslag heeft en of de opgelegde straf niet kennelijk onevenredig is met de vastgestelde feiten. Weliswaar kan de Raad van State zijn beslissing niet in de plaats stellen van die van de betrokken overheid, doch wanneer hij die beslissing vernietigt dient de overheid zich te schikken naar het arrest van de Raad: indien de overheid een nieuwe beslissing neemt, mag zij de motieven van het arrest dat de eerste beslissing heeft vernietigd niet miskennen; indien zij in de vernietiging berust, wordt de betrokkene geacht niet tuchtrechtelijk gestraft te zijn geweest (*infra* nr. 527).¹²⁰²

c. *Waarom een grens tussen wettigheid en opportuniteit ?*

369. De grens tussen wettigheid en opportuniteit mag dan niet altijd scherp te trekken zijn, over de noodzaak van die grens bestaat weinig of geen betwisting.

Bij de beoordeling van het bestuursoptreden mag de rechter zich niet begeven op het terrein van de opportuniteit, de doeltreffendheid of de politieke besluitvorming, aldus het Grondwettelijk Hof,

¹¹⁹⁶ Bv. RvS 5 maart 2009, nr. 191.110, nv Stevan (inzake de discretionaire bevoegdheid voor het toekennen van een ontginningsmachtiging).

¹¹⁹⁷ Bv. RvS 10 maart 2009, nr. 191.235, De Nys.

¹¹⁹⁸ Bv. RvS 13 mei 2008, nr. 182.864, Leukemans.

¹¹⁹⁹ Bv. RvS 9 juli 2008, nr. 185.277, De Jonghe.

¹²⁰⁰ Met betrekking tot de vroegere rechtspraak op dat punt (RvS 19 februari 1980, nr. 20.116, Decock), die misschien minder terughoudend was, liet Boes optekenen dat de rechter hier “onder dekking van de als rechtsbeginsel geformuleerde vereiste van redelijkheid, doordringt in het domein van het beleid”, M. BOES, “Rechter en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986, 9.

¹²⁰¹ GwH 25 januari 2001, nr. 4/2001, B.8.4.7.1.

¹²⁰² GwH 8 mei 2001, nr. 54/2001, B.10.3; GwH 28 maart 2002, nr. 66/2002, B.6; GwH 13 november 2002, nr. 164/2002, B.6; GwH 29 oktober 2003, nr. 141/2003, B.5.

“omdat dat erop zou neerkomen hem een bevoegdheid toe te kennen die onverenigbaar is met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen de administratie en de rechtscolleges”.¹²⁰³

De wettigheidstoetsing op grond van artikel 159 van de Grondwet, zo schreef een voormalig procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, “brengt tot uiting dat het bestuurlijk handelen onderworpen is aan de eisen van het recht. Door de rechter te verbieden de opportuniteit van de bestuurshandeling te beoordelen, vrijwaart zij tegelijkertijd de bevoegdheid van het bestuur. Aldus vindt zij uiteindelijk haar grondslag in het fundamentele beginsel van de scheiding der machten.”¹²⁰⁴

Eerder reeds wees ook de huidige procureur-generaal, destijds advocaat-generaal, op de risico’s die de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in het grensgebied tussen wettigheid en opportuniteit met zich meebrengt:

“Je sais que toutes les juridictions se laissent de plus en plus gagner par l’idée d’appliquer le principe de proportionnalité. En ce qui concerne les cours et tribunaux du Pouvoir judiciaire, il convient cependant de ne jamais oublier ce que ce principe risque de faire perdre, dans le même temps, au principe de la séparation des pouvoirs.”¹²⁰⁵

370. De beleidskeuzes komen toe aan de organen van de wetgevende en de uitvoerende macht, die daarvoor per slot van rekening verantwoording dienen af te leggen aan de kiezers. De rechterlijke macht mist die democratische legitimiteit. Het is de keerzijde van haar onafhankelijkheid: zij dient geen verantwoording af te leggen aan de andere machten, maar zij behoort zich bijgevolg ook te onthouden van inmenging in de beleidskeuzes waarvoor het afleggen van verantwoording in een democratische samenleving tot de essentiële grondbeginselen behoort.

Die onthoudingsplicht is niet alleen de keerzijde van haar onafhankelijkheid, zij is ook de noodzakelijke voorwaarde voor die onafhankelijkheid:

“Le principe de séparation (...) entre administration et juridiction (...) garantit la liberté d’action de la première et l’indépendance de la seconde”.¹²⁰⁶

Dezelfde opvatting over de rechterlijke onafhankelijkheid komt overigens reeds bij Montesquieu tot uiting:

“De rechter dient de spreekbuis van het recht te zijn en niet de spreekbuis van de politiek, noch van de publieke opinie. Als niet verkozen dienaar van de publieke zaak dienen de gronden van zijn oordeelsvorming beperkt te blijven tot de wet, de algemene rechtsbeginselen en de mensenrechten. Politieke doelstellingen of algemene oriëntaties voor het overheidsbeleid vallen

¹²⁰³ GwH 28 maart 2002, nr. 57/2002, B.12.2; GwH 15 oktober 2002, nr. 152/2002, B.12.2; GwH 14 januari 2003, nr. 4/2003, B.5.2; GwH 1 maart 2005, nr. 46/2005, B.18.2; GwH 10 mei 2006, nr. 74/2006, B.7; GwH 7 juni 2007, nr. 82/2007, B.7.1. Zie ook reeds GwH 7 juni 2001, nr. 78/2001, B.7.

¹²⁰⁴ M. DE SWAEF, concl. voor Cass. 15 juni 2004, P.04.0237.N, Arr.Cass. 2004, 1054, nr. 323, TROS 2004, 239.

¹²⁰⁵ J.-F. LECLERCQ, concl. voor Cass. 10 juni 1996, S.95.0114.F, Pas. 1996, I, 619, nr. 227.

¹²⁰⁶ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 531.

princiepelijk buiten zijn bevoegdheid. Zij zijn voorbehouden aan de wetgevende en aan de uitvoerende macht.”¹²⁰⁷

In dezelfde geest beschouwde ten slotte ook Cambier het recht als de maat van het rechterlijk optreden:

“Le juge déduit de la règle ce qu’elle dit: il dit le droit; l’administrateur en déduit ce qu’elle lui permet de faire. Son appréciation porte sur ce qui est convenable et adéquat à l’intérêt général. C’est le principe d’un pouvoir caractéristique qui, rattaché à l’objet d’administrer, se définit comme étant le pouvoir discrétionnaire. Ce pouvoir couvre le domaine de l’opportunité que l’on distingue de celui de la légalité, non pas qu’il échappe à toute emprise de la norme juridique, mais que la loi y tolère une large liberté d’action. C’est là, en quelque sorte, un terrain réservé et particulièrement réservé à la manœuvre administrative qui trouve, dans cette réserve naturelle, le moyen d’agir avec l’efficacité voulue. Cependant que le juge se voit dicter, à l’avance et par le droit, sa conduite, l’administrateur n’est point lié de la sorte. Avec une intensité qui peut varier, ce dernier a le pouvoir de se déterminer lui-même à prendre la mesure qu’il trouvera la plus appropriée, d’après les circonstances du moment, au bien public.”¹²⁰⁸

Afdeling 3 – Evolutie van het toetsingskader

371. De “wetten” waaraan de rechter een bestuurshandeling toetst, zijn in de loop der tijd aan wijzigingen onderhevig en ook als ze niet worden gewijzigd, kan de uitlegging ervan in de rechtspraak veranderen. Het toetsingskader voor bestuurshandelingen evolueert met andere woorden. De opkomst en geleidelijke erkenning van de algemene rechtsbeginselen is daarvan een illustratie.

Welk is dan het toetsingskader dat de rechter in aanmerking moet nemen bij de beoordeling van de wettigheid van een bestuurshandeling: datgene dat gold op het ogenblik van het stellen van de handeling, of datgene dat geldt op het ogenblik van de toetsing?

372. Wat de externe wettigheid betreft (*supra* nr. 350), is in beginsel het ogenblik van het stellen van de handeling relevant.¹²⁰⁹ Een bestuurshandeling wordt niet onwettig om de enkele reden dat de overheid die de handeling heeft gesteld, op een later tijdstip de bevoegdheid wordt ontnomen om dergelijke handeling te stellen. Nog minder kan het een overheid worden verweten een vormvoorschrift niet te hebben nageleefd dat pas op een later tijdstip wordt ingevoerd.

¹²⁰⁷ Zoals verwoord door R. FOQUÉ, “De actualiteit van Montesquieu’s staatkundig erfgoed”, in *Stoelendansen met de macht*, Verslag van de conferentie over de trias politica op 27 januari 2006, Publicatie van de Nederlands Tweede Kamer, Den Haag, 24.

¹²⁰⁸ C. CAMBIER, *Principes du Contentieux Administratif*, tome I, Brussel, Larcier, 1961, 36-37.

¹²⁰⁹ Vgl. GwH 17 april 2008, nr. 68/2008, B.5.2: “Wanneer het Hof de overeenstemming van een aan zijn toetsing onderworpen norm ten aanzien van de bevoegdheidsverdelende regels beoordeelt, doet het dit in eerste instantie ten aanzien van de bevoegdheidsverdelende regels zoals zij van kracht waren op de datum waarop die norm is aangenomen. Zulks sluit niet uit dat in voorkomend geval rekening wordt gehouden met een naderhand gewijzigde bevoegdheidsverdeling.”

Toch is het niet altijd even duidelijk welk het toetsingskader is, met name wanneer de interpretatie van een norm wijzigt. Zo is bijvoorbeeld de invulling van “het met bijzondere redenen omklede geval van hoogdringendheid”,¹²¹⁰ namelijk het geval waarin een ontwerp van reglementair besluit niet aan het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State moet worden onderworpen (*supra* nr. 352), geëvolueerd van een formele vaststelling van het inroepen van de hoogdringendheid naar een inhoudelijke controle van de motivering van die hoogdringendheid.

Was het Hof van Cassatie in een arrest van 22 februari 1972 nog van oordeel “dat het alleen aan de Ministers staat, onder voorbehoud van hun politieke verantwoordelijkheid, te oordelen over de hoogdringendheid, op grond waarvan zij ontslagen zijn van de verplichting om het beredeneerd advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State in te winnen over de voorontwerpen van (...) reglementaire uitvoeringsbesluiten”,¹²¹¹ naar luid van een arrest van 12 oktober 1976 staat de beoordeling van de hoogdringendheid nog slechts “in de regel” aan de ministers en moet de rechter nagaan “of de minister, wanneer hij zich ervan ontslagen acht het advies van de Raad van State in te winnen, zijn macht niet overschrijdt of afwendt door het wettelijk begrip ‘hoogdringendheid’ te miskennen”.¹²¹² Die evolutie is versterkt door de invoering van de uitdrukkelijke motiveringsverplichting in 1980,¹²¹³ maar de rechterlijke toetsing bestond dus voordien reeds en is nadien nog aanzienlijk verstrengd.¹²¹⁴

Het gevolg van die jurisprudentiële evolutie, zo merkt De Roy op, “est particulièrement perceptible lorsque le contrôle intervient de nombreuses années après l’adoption de l’acte, par le jeu de l’exception d’illégalité fondée sur l’article 159 de la Constitution”¹²¹⁵ In het schadevergoedingscontentieux kan een dergelijke wijziging van rechtspraak wel in aanmerking komen als een “onoverkomelijke dwaling” (*infra* nr. 589).¹²¹⁶

373. Wat de interne wettigheid betreft (*supra* nr. 355), is daarentegen het ogenblik van de toetsing bepalend. Dit heeft tot gevolg dat een bestuurshandeling die aanvankelijk in overeenstemming is met de hogere rechtsnormen, dat op een later tijdstip misschien niet meer is. Zij kan in strijd zijn gekomen met nieuwe normen of de bestaande normen kunnen een andere interpretatie hebben gekregen. Dat kan met name het geval zijn bij vage rechtsnormen, zoals bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel.

¹²¹⁰ Artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

¹²¹¹ Cass. 21 februari 1972, *Arr.Cass.* 1972, 570.

¹²¹² Cass. 12 oktober 1976, *Arr.Cass.* 1976, 175.

¹²¹³ Bij artikel 18 van de gewone wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

¹²¹⁴ J. VAN NIEUWENHOVE, “Art. 3bis RvSt-Wet”, in *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, losbl., bijwerking 2007, nr. 8.

¹²¹⁵ D. DE ROY, “La responsabilité quasi-délictuelle de l’administration : unité ou dualité des notions d’illégalité et de faute”, in H. DUMONT, P. JADOUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Brussel, la Charte, 2007, 98.

¹²¹⁶ D. RENDERS en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Erreur de droit et droit à l’erreur”, in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 460-461 en 465-469.

Werd dit beginsel aanvankelijk opgevat als loutere verplichting om de regels op dezelfde wijze op alle burgers toe te passen (gelijkheid voor de wet), dan is het later geëvolueerd naar een beginsel dat de regelgever zelf in acht dient te nemen (gelijkheid door de wet). In de oorspronkelijke betekenis viel het gelijkheidsbeginsel samen met het wettigheidsbeginsel, in de hedendaagse opvatting houdt het beginsel in dat de regelgever niet zonder redelijke verantwoording rechtsonderhorigen verschillend mag behandelen (*supra* nr. 107).¹²¹⁷

Aangezien het gelijkheidsbeginsel – zoals ook andere vage rechtsnormen – evolueert met het waardenbesef in een samenleving, is het mogelijk dat bijvoorbeeld een lokaal belastingreglement een onderscheid instelt tussen categorieën van belastingplichtigen dat lange tijd niet discriminerend werd geacht, maar dat op een bepaald ogenblik toch strijdig wordt bevonden met het gelijkheidsbeginsel.¹²¹⁸

374. Niet alleen evolueert de invulling van het gelijkheidsbeginsel met de normen en waarden in de samenleving, zodat een verschil in behandeling dat oorspronkelijk verantwoord is in een later stadium toch discriminerend kan worden bevonden, ook de feitelijke omstandigheden kunnen veranderen.

Een illustratie daarvan biedt het arrest nr. 44/2007 waarin het Grondwettelijk Hof van oordeel is dat de bijzondere aansprakelijkheidsregeling voor wildschade, in zoverre zij de schade veroorzaakt door konijnen beoogt, “zowel relevant als evenredig was ten opzichte van de destijds met de wet van 4 april 1900 nagestreefde doelstelling van vereenvoudiging van de gevolgde procedure”, maar “dat belangrijke wijzigingen zich hebben voorgedaan in de feitelijke omstandigheden: de vermenigvuldiging van de konijnen is sterk en op duurzame wijze verminderd als gevolg van diverse ziekten waaronder myxomatose, zodat zij thans nog bezwaarlijk als een plaag kan worden beschouwd die zou verantwoorden dat proceduremaatregelen blijven gelden die enkel op vorderingen tot schadeloosstelling voor schade, veroorzaakt door konijnen, van toepassing zijn”, zodat de bijzondere regeling “niet langer een evenredige maatregel is ten aanzien van de huidige omstandigheden”.¹²¹⁹

Afdeling 4 – “Overeenstemmen met”

375. Uit de totstandkoming van artikel 159 van de Grondwet blijkt dat de grondwetgever bewust een verhouding van “overeenstemming” van de administratieve besluiten en verordeningen met de wetten en niet een loutere verhouding van “niet-strijdigheid” heeft willen waarborgen.¹²²⁰ Een loutere verhouding van niet-strijdigheid zou tekort doen aan de eerste betekenis van het

¹²¹⁷ Zie J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende ongelijkheden' en doorwerking in private rechtsverhoudingen", in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, 132.

¹²¹⁸ Voor een voorbeeld uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie GwH 19 maart 2009, nr. 54/2009, B.7.1-B.7.4.

¹²¹⁹ GwH 21 maart 2007, nr. 44/2007, B.5-B.7.

¹²²⁰ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 43.

wettigheidsbeginsel, dat vereist dat elke bestuurshandeling een grondslag moet vinden in de wet of de Grondwet (*supra* nr. 14).¹²²¹ Met die grondwettelijke waarborg wilde het Nationaal Congres een terugkeer naar de “besluitenregering” van Willem I tegengaan (*supra* nr. 163).¹²²² Bij een verhouding van niet-strijdigheid is het immers voldoende dat een norm niet strijdig is met een andere norm, zonder evenwel zijn grondslag in die andere norm te moeten hebben, zodat de lagere norm alles mag doen wat de hogere norm niet heeft verboden.¹²²³

376. In de aanhef van een besluit moet de rechtsgrond van de vastgestelde bepalingen worden vermeld, wat de controle van de wettigheid van het besluit (in de eerste betekenis) door de rechter vergemakkelijkt.¹²²⁴

Enige voorzichtigheid is daarbij wel geboden. Wanneer verschillende wetten de Koning machtigen om bepaalde maatregelen te nemen, is een verkeerde verwijzing in het opschrift of in de aanhef van een besluit niet voldoende om dat besluit onwettig te maken indien blijkt dat de Koning binnen de perken van de bevoegdheden is gebleven die Hem door die wetten zijn toegekend.¹²²⁵

Indien het besluit afhankelijk is gesteld van een voorafgaand advies, akkoordbevinding of machtiging, moet de aanhef eveneens vermelden – opnieuw niet op straffe van onwettigheid – dat aan die vormvereisten is voldaan,¹²²⁶ hetgeen ook op dat punt de controle van de wettigheid van het besluit (in de tweede betekenis) bevordert.

377. Het vereiste dat bestuurshandelingen met de wetten overeenstemmen houdt dus in dat het bestuur zowel optreedt op grond van het recht als optreedt binnen de grenzen van het recht (*supra* nr. 14). Op het wettigheidsbeginsel in de eerste betekenis bestaat geen uitzondering.¹²²⁷ Het wettigheidsbeginsel in de tweede betekenis behoeft wel een nuancering. Bij de beoordeling van de niet-strijdigheid met de hogere rechtsnormen moet meer bepaald rekening worden gehouden met de bevoegdheid van de hogere normsteller. Dat betekent bijvoorbeeld dat een koninklijk besluit (of omgekeerd een besluit van een Gemeenschaps- of Gewestregering), dat strijdig is met een decreet of een ordonnantie (of omgekeerd met een federale wet), toch niet buiten toepassing moet worden gelaten wanneer dat decreet of die ordonnantie (of omgekeerd die federale wet) zelf in strijd zou blijken te zijn met de bevoegdheidverdelende regels. Om over

¹²²¹ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 5.

¹²²² De aan het Nationaal Congres voorgelegde tekst had enkel betrekking op koninklijke besluiten en verordeningen en werd pas tijdens de behandeling van de tekst door het Congres uitgebreid tot de provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen (A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 42).

¹²²³ A. ALEN en J. THEUNIS, “Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in artikel 159 van de Grondwet”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 14.

¹²²⁴ H. COREMANS en M. VAN DAMME, *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2001, 25.

¹²²⁵ GwH 28 januari 1999, nr. 9/99, B.4.6.

¹²²⁶ Bv. “Gelet op het advies van de inspecteur van financiën, gegeven op ...”, zie daarover H. COREMANS en M. VAN DAMME, *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2001, 36 e.v.

¹²²⁷ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 4.

dat laatste punt uitsluit te krijgen, dient de rechter normalerwijze een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.¹²²⁸

Een soortgelijke nuancering moet worden gemaakt wat de ondergeschikte besturen betreft. Zij hebben een eigen bevoegdheidssfeer, waarvan de juiste omvang ter uitvoering van de Grondwet¹²²⁹ door de bevoegde wetgever wordt bepaald.¹²³⁰ Zo komt het dat de toepassing van een gemeentelijk besluit niet mag worden geweigerd wegens strijdigheid met een koninklijk besluit wanneer dat laatste inbreuk maakt op de aan de gemeenten gewaarborgde bevoegdheid en daardoor zelf on(grond)wettig is.¹²³¹ Dat neemt niet weg dat de provinciale en gemeentelijke besluiten en verordeningen voor het overige, zoals alle andere bestuurshandelingen, niet in strijd mogen zijn met hogere rechtsnormen,¹²³² hetgeen overigens meermaals door de wetgever is bevestigd.¹²³³

Afdeling 5 – “In zoverre”

378. De verplichting om een bestuurshandeling buiten toepassing te laten bestaat niet “wanneer” de bestuurshandeling onwettig is, of “zodra” dat het geval is, maar slechts “in zoverre” de bestuurshandeling onwettig is. De rechter moet dus in beginsel zoveel mogelijk van de bestuurshandeling overeenind laten en ze dus wel toepassen in zoverre ze wettig is.

¹²²⁸ A. ALEN en J. CLEMENT, “De hiërarchie der rechtsnormen”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2006, 8.

¹²²⁹ Zie de artikelen 41, eerste lid, en 162, tweede lid, 2° van de Grondwet.

¹²³⁰ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 6-7 en 45. De bevoegde wetgevers dienen op dat punt het evenredigheidsbeginsel te eerbiedigen, zo blijkt uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: het optreden van de federale Staat, de gemeenschappen of de gewesten in een aangelegenheid die tot hun bevoegdheid behoort, zou onevenredig zijn wanneer het ertoe zou leiden dat aan de provincies of de gemeenten het geheel of de essentie van hun bevoegdheden wordt onzegd, of indien de beperking van de bevoegdheid niet zou kunnen worden verantwoord door het feit dat die beter zou worden uitgeoefend op een ander bevoegdheidsniveau (GwH 25 mei 2005, nr. 95/2005, B.26, m.b.t. de provincies, en GwH 15 januari 2009, nr. 7/2009, B.6.3, m.b.t. de gemeenten).

¹²³¹ A. ALEN en J. CLEMENT, “De hiërarchie der rechtsnormen”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2006, 8.

¹²³² Zie bv. GwH 25 mei 2005, nr. 95/2005, B.24: “Het beginsel van lokale autonomie veronderstelt dat de lokale overheden zich elk doel kunnen toe-eigenen waarvan zij menen dat het tot hun belang behoort en het kunnen regelen zoals zij dat opportuun achten. Dat beginsel doet echter geen afbreuk aan de verplichting van de provincies, wanneer zij optreden op grond van het provinciaal belang, om de hiërarchie der normen in acht te nemen. Daaruit vloeit voort dat wanneer de federale Staat, een gemeenschap of een gewest een aangelegenheid regelen die onder hun bevoegdheid valt, de provincies aan die reglementering worden onderworpen bij de uitoefening van hun bevoegdheid in diezelfde aangelegenheid.”

¹²³³ Zie vooral artikel 119, tweede lid N.Gem.W., niet opgeheven door het Vlaams Gemeentedecreet; artikel 6, § 1, VIII, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen; artikel 46, eerste lid, van de gewone wet van 9 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (*supra* nr. 34), waarin telkenmale sprake is, niet van een verhouding van overeenstemming, maar van een verhouding van niet-strijdigheid van gemeentelijke en provinciale besluiten en verordeningen met de wetgevende normen en de reglementen en besluiten van de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten, teneinde niet de (verkeerde) indruk te wekken dat de gemeentelijke en provinciale besluiten en verordeningen steeds een grondslag zouden moeten hebben in wetgevende normen - laat staan reglementen - van de hogere overheden, hetgeen zou ingaan tegen de door de Grondwet aan de gemeenten en de provincies gewaarborgde bevoegdheid voor alles wat van gemeentelijk en provinciaal belang is, zie A. ALEN en J. THEUNIS, “Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in artikel 159 van de Grondwet”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 14.

In bepaalde gevallen, met name wanneer het reglementen betreft, heeft het Hof van Cassatie aan die subtiele opdracht aan de rechter een andere invulling gegeven en moet de rechter niet alleen de onwettige bepaling maar het ganse reglement buiten toepassing laten. Een bespreking van die gevallen komt in een volgend hoofdstuk aan bod (*infra* nrs. 397-403).

Afdeling 6 – Enkele procedurele wenken

379. Artikel 159 van de Grondwet ontsnapt uiteraard niet, zo merkt Déom terecht op, aan bepaalde procedurele contraintes: “un argument soulevé tardivement devant le Conseil d’Etat, un moyen de cassation formulé sans se référer formellement à l’article 159 de la Constitution, une critique de légalité contenue dans un écrit de procédure irrecevable, manqueront leur effet même s’ils sont entièrement fondés dans leur principe”.¹²³⁴ Daarom, tot slot van dit hoofdstuk, enkele procedurele wenken.

380. Uit hetgeen voorafgaat vloeit in de eerste plaats voort dat voor de rechter, in de regel, niet de schending moet worden aangevoerd van artikel 159 van de Grondwet, bepaling die immers aan de rechter zelf is gericht, maar de schending door het bestuur van bepaalde “wetten” (*supra* nrs. 334-335), waarbij de rechter vervolgens erop kan worden geattendeerd dat hij de onwettige bestuurshandeling, met toepassing van artikel 159 van de Grondwet, buiten toepassing moet laten.¹²³⁵

Dat niet de schending van artikel 159 van de Grondwet zelf moet worden aangevoerd, is slechts in de regel het geval, want als de administratieve overheid, in weerwil van het feit dat artikel 159 van de Grondwet enkel aan de rechter is gericht, toch eigenmachtig een onwettige bepaling buiten toepassing laat, dan kan tegen dat bestuurlijk optreden de schending van die grondwetsbepaling worden aangevoerd.

Bij de uitzondering ten aanzien van de administratieve overheid past op zijn beurt een kanttekening. Zoals hoger is gebleken mag het bestuur in sommige gevallen eigenmachtig een onwettige bepaling buiten toepassing laten en in geval van strijdigheid met een Europese rechtsnorm is het bestuur daar zelfs toe verplicht (*supra* nr. 242). Die laatste hypothese komt er in wezen op neer dat de rechter artikel 159 van de Grondwet zelf buiten toepassing laat omdat anders aan de *Fratelli Costanzo*-verplichting wordt tekort gedaan.

En er kan nog een tweede kanttekening worden gemaakt. Uiteraard kan ook de schending van artikel 159 van de Grondwet worden aangevoerd tegen een rechterlijke uitspraak die ten onrechte geen toepassing heeft gemaakt van die grondwetsbepaling. Het gaat dan niet meer om

¹²³⁴ D. DÉOM, “Le refus d’application”, in *L’article 159 de la Constitution*, 170.

¹²³⁵ Zie ook K. LEUS en B. MARTEL, “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie”, in *De wettigheidstoets*, 9, die ter illustratie verwijzen naar RvS 16 juni 2005, nr. 146.121, Onze-Lieve-Vrouweziekenhuis Aalst, waarin met name wordt gepreciseerd dat “artikel 159 van de Grondwet zich richt tot de rechter en niet tot het bestuur; dat deze grondwetsbepaling derhalve niet kan geschonden zijn door het betwiste koninklijk besluit zelf”.

een toepassing van artikel 159 van de Grondwet maar om een verkeerde toepassing van een rechtsregel die de lagere rechter wordt aangewreven, de zogenaamde *error in iudicando*. Hetzelfde geldt voor een verkeerde toepassing van artikel 159 van de Grondwet (*supra* nr. 358). De normale weg om een dergelijke misser aan te voeren is via de wettelijk beschikbare rechtsmiddelen tegen een rechterlijke uitspraak en inzonderheid uiteindelijk middels een cassatieberoep.¹²³⁶ Daarbij kan nu reeds worden opgemerkt dat het Hof van Cassatie dergelijke schending in de regel niet ambtshalve onderzoekt (*infra* nr. 389).

Dezelfde misser kan niet voor de gewone rechter worden aangevoerd tegen de beslissing van een administratief rechtscollege dat ten onrechte geen toepassing zou hebben gemaakt van artikel 159 van de Grondwet. Als dat laatste zou worden toegestaan, zou immers het beginsel van de administratieve rechtspraak worden genegeerd, terwijl het bestaan daarvan uitdrukkelijk is erkend in artikel 145 van de Grondwet. Wanneer een administratief rechtscollege zijn bevoegdheid overschrijdt en uitspraak doet over geschillen die uitsluitend tot de bevoegdheid van de gewone rechter behoren, zijn de gewone hoven en rechtbanken daar evenwel niet door gebonden.¹²³⁷ Dan hebben we te maken met een zogenaamd attributieconflict, waarover het laatste woord aan het Hof van Cassatie toekomt.¹²³⁸

381. Wanneer voor de Raad van State een middel wordt aangevoerd waarin om de toepassing van artikel 159 van de Grondwet wordt verzocht, moet voorts rekening worden gehouden met het belangvereiste. Zoals bekend moet een verzoeker bij de Raad van State, anders dan een verzoeker bij het Grondwettelijk Hof,¹²³⁹ niet alleen doen blijken van een belang bij het verzoekschrift, maar ook van een belang bij elk van de door hem aangevoerde middelen.

¹²³⁶ Zie met name artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek.

¹²³⁷ A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 871.

¹²³⁸ Krachtens artikel 158 van de Grondwet doet het Hof van Cassatie uitspraak over conflicten van attributie, op de wijze bij de wet geregeld. Die grondwettelijke opdracht houdt in dat het een regulerende opdracht heeft in verband met de respectieve opdrachten van de rechterlijke orde en van de Raad van State. Beslissingen waarin de Raad van State uitspraak doet over de grenzen van zijn bevoegdheid ten aanzien van de bevoegdheid van de rechtscolleges van de rechterlijke orde, moeten in de regel door het Hof van Cassatie op dat vlak kunnen worden getoetst, Cass. 15 oktober 2009, C.09.0019.N. Het Hof van Cassatie vervult aldus de rol die in Frankrijk aan het Tribunal des Conflits toekomt (*supra* nr. 158). Volgens Boes moet het Hof van Cassatie voor die aangelegenheid als een echt grondwettelijk hof worden beschouwd en moet diens rechtspraak op dat punt prevaleren op die van het Grondwettelijk Hof, M. BOES, "Evaluatie van de evolutie van de bestuursrechtspraak: het dualisme op zijn retour", *TBP* 2009, 262-263. Sommigen hebben echter de vraag opgeworpen of het Hof van Cassatie wel geschikt is om toe te zien op de bevoegdheidsafbakening tussen de Raad van State en de gewone rechtbanken, omdat het Hof van Cassatie aan de top van de pyramide van de gewone rechtbanken staat en dus in zekere zin optreedt als rechter en partij, D. D'HOOGHE en L. SCHELLEKENS, "De interferentie tussen kortgedingprocedures voor de Raad van State en gerechtelijke procedures voor andere rechts machten", in G. DEBERSAQUES e.a. (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 234. Zie ook B. LOMBAERT, F. TULKENS en A. VAN DER HAEGEN, "Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours", in H. DUMONT, P. JADOUËL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Brussel, la Chartre, 2007, 25. Voor een overzicht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake attributieconflicten, zie A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 1168-1169 (vn. 19).

¹²³⁹ De kwestie werd definitief beslecht, in voltallige zitting, door GwH 3 mei 2006, nr. 67/2006, B.2.3: "Nu het belang bij de vernietiging vaststaat, is het niet vereist dat de verzoekende partij bovendien nog aantoonde belang te hebben bij elk van de middelen."

Hetzelfde geldt voor de tussenkomende partij.¹²⁴⁰ Die ontvankelijkheidsvoorwaarde, ten aanzien van elk van de aangevoerde middelen, is een praetoriaanse voorwaarde, die – het ambtshalve middel uitgezonderd – ook opgaat voor het middel waarin om de toepassing van artikel 159 van de Grondwet wordt verzocht.¹²⁴¹

De voormelde voorwaarde komt er in essentie op neer dat de gegrondverklaring van het middel, met behulp van de exceptie van onwettigheid, tot het verdwijnen van het geleden nadeel of tot het verkrijgen van het beoogde voordeel moet kunnen leiden. In hoofde van de verzoekende partij gaat het dus in wezen niet om een afzonderlijk belangvereiste bij het opwerpen van de exceptie van onwettigheid – wie een schending van de wet aanvoert moet immers niet aantonen dat hij belang heeft bij de naleving van de wet¹²⁴² – maar om het “normale” vereiste van een belang bij het middel (waarin met name op artikel 159 van de Grondwet beroep wordt gedaan). Daar moet echter aan worden toegevoegd dat de Raad van State het belangvereiste ook oplegt aan de tussenkomende partij wanneer die een exceptie van onwettigheid opwerpt,¹²⁴³ hetgeen dan als een vereiste van “belang bij het verweermiddel” valt te beschouwen.

Logischer lijkt het evenwel, zoals het Hof van Cassatie doorgaans doet, de voorwaarde te beschouwen als een kwestie van “relevantie van de krachtens artikel 159 van de Grondwet opgeworpen wettigheidsexceptie”. Is het antwoord op de wettigheidsvraag niet dienstig om het geschil te beslechten, dan moet de rechter daar niet verder op ingaan.¹²⁴⁴ Dat laatste is bijvoorbeeld het geval wanneer de strafvervolgning niet stoelt op de weigering van de overheid om een vergunning af te leveren maar op de overtreding van het wettelijk verbod zelf (zie ook *supra* nr. 199).¹²⁴⁵

¹²⁴⁰ W. WEYMEERSCH, “Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van de Raad van State”, in *De wettigheidstoets*, 338-339. Meer algemeen over het verband tussen artikel 159 van de Grondwet en het belangvereiste voor de Raad van State, zie D. DÉOM, “Le refus d’application”, in *L’article 159 de la Constitution*, 151-152.

¹²⁴¹ Zie K. LEUS en B. MARTEL, “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie”, in *De wettigheidstoets*, 22-26, die achtereenvolgens een aantal gevallen bespreken waarin het belang bij het aanvoeren van artikel 159 van de Grondwet niet wordt aanvaard en waarin dat wel wordt aanvaard.

¹²⁴² D. DÉOM, “Le refus d’application”, in *L’article 159 de la Constitution*, 172.

¹²⁴³ RvS 8 februari 2002, nr. 103.468, Bataille, *APT* 2003, verslag E. BOSQUET.

¹²⁴⁴ Zie daarover ook de interessante bespiegelingen van J.-F. LECLERCQ en D. DE ROY, “L’exception d’illégalité et le contrôle incident de légalité des actes administratifs en droit belge par la lorgnette du droit comparé”, in *L’article 159 de la Constitution*, 438-440.

¹²⁴⁵ Cass. 12 mei 1998, P.96.1457.N, *Arr.Cass.* 1998, 538, nr. 244; Cass. 11 december 2001, P.00.0627.N, *Arr.Cass.* 2001, 2141, nr. 690, *TMR* 2002, 244, noot P. VANSANT. Hoewel ook het Hof van Cassatie in sommige gevallen het middel afgeleid uit de schending van artikel 159 van de Grondwet onontvankelijk verklaart bij gebrek aan belang, bv. Cass. 24 april 2001, P.96.1117.N, *Arr.Cass.* 2001, 678, nr. 222. Vgl. HvJ 5 oktober 2000, Chvatal e.a., C-432/98 P en C-433/98 P, punten 25-34 en Ger. EU 21 oktober 2010, Agapiou Joséphidès, T-439/08, punten 51 en 57. Zie ook B. LOMBAERT, “Un contrôle d’ordre public... à géométrie variable”, in *L’article 159 de la Constitution*, 201-203.

HOOFDSTUK VII – Hoe worden de onwettige besluiten en verordeningen gesanctioneerd?

“De hoven en rechtbanken **passen** de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen **alleen toe** in zoverre zij met de wetten overeenstemmen” (artikel 159 van de Grondwet)

Afdeling 1 – De bestuurshandeling wordt niet toegepast, maar blijft bestaan

382. Eén van de belangrijkste verschilpunten tussen het wettigheidstoezicht door de Raad van State en het wettigheidstoezicht door de gewone hoven en rechtbanken heeft betrekking op de gevolgen van de rechterlijke uitspraak.¹²⁴⁶ Terwijl de Raad van State de bestuurshandeling kan vernietigen, zodat zij wordt geacht nooit te hebben bestaan, heeft de toepassing van artikel 159 van de Grondwet – ook door de Raad van State zelf overigens (*supra* nr. 204) – enkel de niet-toepassing van de bestuurshandeling in het concrete geschil tot gevolg. Zij kan in een ander geding tussen andere partijen en zelfs in een ander geding tussen dezelfde partijen wel nog worden toegepast.¹²⁴⁷ Een vernietigingsarrest van de Raad van State geldt met andere woorden *erga omnes*,¹²⁴⁸ althans wat de vernietiging betreft, niet wat de desgevallend eraan voorafgaande incidentele wettigheidstoetsing (van een andere bestuurshandeling) betreft,¹²⁴⁹ terwijl een vonnis of arrest van de gewone hoven en rechtbanken slechts *inter partes* gelding heeft, niet alleen wat het dictum betreft maar eveneens op het vlak van de incidentele wettigheidstoetsing.¹²⁵⁰

Het Grondwettelijk Hof heeft dat gevolg in een arrest van 21 december 1995 op heldere wijze uiteengezet, naar aanleiding van een exceptie van onontvankelijkheid, gegrond op de onwettigheid van de door de bestreden bepaling opgeheven besluiten:

“Luidens artikel 159 van de Grondwet passen de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten alleen toe in zoverre zij met de wetten overeenstemmen. Een rechterlijke beslissing die met toepassing van dat artikel een besluit onwettig verklaart, heeft evenwel geen algemene draagwijdte, maar geldt slechts in het kader van het geschil waarbinnen de wettigheidscontrole wordt uitgevoerd en tussen de erbij betrokken partijen. Die beslissing doet het

¹²⁴⁶ Andere belangrijke verschilpunten zijn het verschil in draagwijdte in de tijd (*infra* nrs. 569-570) en het verschil in procedure (accusatoir in het burgerlijk proces, inquisitoriaal voor de Raad van State, *infra* nr. 387), zie A. ALEN, *Handboek*, 697.

¹²⁴⁷ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 11.

¹²⁴⁸ Cass. 6 februari 2009, C.08.0296.N: “De arresten van de Raad van State die een administratieve handeling vernietigen, hebben gezag van gewijsde erga omnes. Uit de aard van de vernietiging van een administratieve beslissing volgt dat de vernietigde beslissing in de regel geacht wordt nooit te hebben bestaan”.

¹²⁴⁹ Bv. RvS 8 juli 2007, nr. 185.217, Schippers en Swerts, punt 23.

¹²⁵⁰ Zie daarover uitgebreid M. NIHOUL, “L’autorité de la chose jugée de la déclaration d’illégalité incidente”, in *L’article 159 de la Constitution*, 211-300.

besluit bijgevolg niet uit de rechtsorde verdwijnen. Er kan niet worden vooruitgelopen op latere rechterlijke beslissingen omtrent de wettigheid van de in de bestreden bepaling opgesomde besluiten.

Uit wat voorafgaat volgt dat een vroegere onwettigverklaring van een besluit met toepassing van artikel 159 van de Grondwet het belang dat partijen hebben bij het aanvechten van een bepaling die zulk een besluit zou opheffen, niet doet verdwijnen.¹²⁵¹

383. De onwettige bestuurshandeling wordt derhalve buiten beschouwing gelaten, waardoor zij geen gevolgen sorteert en de rechter er in rechte noch in feite rekening mee mag houden.¹²⁵² Dat buiten beschouwing laten geschiedt slechts in het concrete geding: “le jeu de l’exception d’illégalité se déploie dans un cadre strict que trace le procès et ce mode de sanction de l’excès de pouvoirs touche l’acte administratif moins en son existence qu’en sa seule incidence sur le traitement d’un litige déterminé”.¹²⁵³

Volgens sommige arresten van het Hof van Cassatie brengt het niet-bindend verklaren van een overheidsbeslissing met toepassing van artikel 159 van de Grondwet slechts mee “dat zij voor de betrokkenen rechten noch plichten oplevert, zonder het bestaan zelf van deze beslissing aan te tasten”.¹²⁵⁴ Het Hof doelt daarmee doorgaans op de uiterst beperkte draagwijdte van het buiten toepassing laten van een onwettige weigeringsbeslissing (zie ook *supra* nr. 327).

Wanneer bijvoorbeeld de weigering door de militaire overheid om de beklaagde tijdelijke ambtsontheffing te verlenen onwettig wordt bevonden, heeft de niet-toepassing van die weigeringsbeslissing niet als gevolg dat de ambtsontheffing wordt geacht te zijn verleend (wat op zijn beurt tot gevolg zou hebben gehad dat de beklaagde op het ogenblik van de hem ten laste gelegde feiten geen militair meer was).¹²⁵⁵ Nog een ander voorbeeld: de onwettige weigering van een regularisatievergunning heeft niet tot gevolg dat de verandering van de uitbating die zonder vergunning plaatsvond als vergund mag worden beschouwd (zodat het onderzoek naar de wettigheid van de weigeringsbeslissing niet relevant is voor het bestaan van het misdrijf van de niet-naleving van de vergunningsplicht).¹²⁵⁶

Voor de Raad van State kan de exceptie van onwettigheid wel tot een nietigverklaring leiden, zij het niet van de met toepassing van artikel 159 van de Grondwet onwettig bevonden bestuurshandeling zelf, maar wel van de daarop steunende en bij wijze van gevolgtrekking –

¹²⁵¹ GwH 21 december 1995, nr. 88/95, B.8.

¹²⁵² D. DE ROY, “L’exception d’illégalité instituée par l’article 159 de la Constitution: de la vision d’apocalypse à la juste mesure”, noot onder Cass. 16 juni 2006, C.05.0287.F, *RCJB* 2009, 57-59.

¹²⁵³ D. DE ROY, “L’exception d’illégalité instituée par l’article 159 de la Constitution: de la vision d’apocalypse à la juste mesure”, noot onder Cass. 16 juni 2006, C.05.0287.F, *RCJB* 2009, 61.

¹²⁵⁴ Cass. 29 juni 1999, P.98.0109.N, *Arr.Cass.* 1999, 983, nr. 407; Cass. 17 maart 2003, S.02.0022.N, *Arr.Cass.* 2003, 642, nr. 171, *NjW* 2003, 521, noot.

¹²⁵⁵ Cass. 24 april 2001, P.96.1117.N, *Arr.Cass.* 2001, 678, nr. 222; G. VAN HAEGHENBORGH, “Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof. Bedenkingen vanuit Europees perspectief”, in *De wettigheidstoets*, 232.

¹²⁵⁶ Cass. 12 mei 1998, P.96.1457.N, *Arr.Cass.* 1998, 538, nr. 244.

meer bepaald bij gebrek aan rechtsgrond – eveneens onwettige bestuurshandeling, die precies het voorwerp was van het beroep tot nietigverklaring.¹²⁵⁷

384. De vaststelling van de ongeldigheid *inter partes* maakt echter voor een overheidsbeslissing met individuele draagwijdte, zo merkte Delva reeds op, geen wezenlijk verschil uit met een nietigverkleerde beslissing,¹²⁵⁸ terwijl Martens het onderscheid in het algemeen (dus ook met betrekking tot reglementen) relativeert waar hij vaststelt dat het enige minpunt van de exceptie van onwettigheid “est qu'elle permet non d'annuler mais d'écarter l'acte illégal, mais c'est une faiblesse passagère puisqu'il suffira d'invoquer l'illégalité déjà constatée pour obtenir, à répétition, la solution qu'elle commande”.¹²⁵⁹

Het hoeft daarom niet te verwonderen dat zowel in rechtspraak als rechtsleer de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State en de exceptie van onwettigheid als welhaast volkomen gelijklopende vormen van rechterlijk wettigheidstoezicht worden beschouwd.¹²⁶⁰

De gelijkwaardigheid van het wettigheidstoezicht is reeds op verschillende punten uitdrukkelijk bevestigd door het Grondwettelijk Hof (*infra* nrs. 385-386), al heeft het ook een arrest gewezen waaruit het tegendeel kan worden afgeleid (*infra* nr. 387).

385. Een eerste arrest had betrekking op de onteigeningsprocedure, die een verschil in behandeling doet ontstaan tussen de gewone derden, die bij de Raad van State een beroep tot nietigverklaring van het onteigeningsbesluit kunnen instellen en de eigenaar en de belanghebbende derden die, zodra de gerechtelijke fase een aanvang heeft genomen (*supra* nr. 272), de wettigheid van dat besluit slechts bij wege van exceptie voor de vrederechter kunnen

¹²⁵⁷ Zie D. DÉOM, “Le refus d'application”, in *L'article 159 de la Constitution*, 149-150.

¹²⁵⁸ J. DELVA, “Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscolleges”, *TPR* 1967, 407 en 489. Zie ook P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 44, die niet uitsluit dat de gewone rechter ook uitdrukkelijk tot vernietiging van een bestuurshandeling overgaat wanneer dat “de enige mogelijkheid is om het uitvoerbaar en verbindend karakter ervan weg te nemen en daardoor onrecht te herstellen of te verhinderen, meer bepaald indien het niet treffen van deze maatregel de miskennis van een subjectief recht tot gevolg zou hebben”; D. LAGASSE, “L'absence de toute autorité de chose jugée d'un arrêt de rejet du Conseil d'Etat devant les cours et tribunaux ou de la suprématie du principe de la légalité administrative sur le principe de la sécurité juridique”, noot onder Cass. 9 januari 1997, *RCJB* 2000, 279: “Pour [les actes administratifs individuels], en effet, la déclaration d'illégalité par le juge judiciaire et la décision par celui-ci d'en refuser l'application les empêchent totalement d'encore produire quelque effet, surtout si le jugement est assorti d'une obligation ou d'une interdiction de faire sous peine d'astreinte” (*infra* nr. 412).

¹²⁵⁹ P. MARTENS, “L'exception d'illégalité; entre l'injustice et le désordre”, noot onder RvS 2 september 1987, nr. 28.435, Erkende beroepsvereniging “Belgian Corporation of Flight Hostesses”, *JLMB* 1988, 1536. Vgl. D. LAGASSE, “L'absence de toute autorité de chose jugée d'un arrêt de rejet du Conseil d'Etat devant les cours et tribunaux ou de la suprématie du principe de la légalité administrative sur le principe de la sécurité juridique”, noot onder Cass. 9 januari 1997, *RCJB* 2000, 279: “Een revanche, en ce qui concerne les actes administratifs réglementaires, aucun jugement rendu au contentieux des droits subjectifs ne pourra jamais produire des effets équivalents à ceux d'un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat”; P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 44-45: “Alleen reglementaire bestuurshandelingen worden uitgesloten geacht van vernietiging, tenminste door de hoven en rechtbanken, omdat een vernietiging van een reglementaire handeling neerkomt op een uitspraak bij wege van algemene regel, wat de rechter verboden is”.

¹²⁶⁰ Brussel 15 september 1993, *JLMB* 1994, 588; C. CAMBIER, geciteerd door W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. voor Cass. 3 maart 1972, *RW* 1971-72, 1640; M. FLAMME, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1989, 580; M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Brussel, Bruylant, 1987, 127.

aanvechten. In een arrest van 14 juli 1992 oordeelde het Grondwettelijk Hof als volgt over dat verschil in behandeling:

“Uit dat procedureverschil mag echter niet worden afgeleid dat er een ongelijke behandeling zou zijn. Krachtens artikel [159] van de Grondwet geldt de aan de vrederechter toegekende bevoegdheid om na te gaan of de bij de wet voorgeschreven vormvereisten in acht zijn genomen, voor alle externe en interne onwettigheden. Zijn de aan de enen en de anderen geboden procedures weliswaar verschillend, de wettigheidstoetsing die zij organiseren is gelijkwaardig.”¹²⁶¹

In enkele latere arresten, inzake ruimtelijke ordening (*supra* nr. 328), bevestigt het Grondwettelijk Hof dat het verschil in behandeling tussen de rechtzoekenden naargelang beroepen voor de gewone rechtscolleges of voor de Raad van State kunnen worden ingesteld, op zich niet discriminerend is, maar dat het wel discriminerend wordt wanneer de waarborgen geboden door het ene rechtsmiddel aanzienlijk minder zouden zijn dan die welke door het andere rechtsmiddel worden geboden.¹²⁶²

Wat de onteigeningsbesluiten betreft, is niet alleen de wettigheidstoetsing (door de vrederechter en de Raad van State) gelijkwaardig, ook de praktische gevolgen ervan zijn dat. Wanneer de vrederechter een onteigeningsbesluit onwettig bevindt en derhalve niet toepast, kan de onteigening geen doorgang vinden. Het besluit bestaat nog wel, maar blijft zonder praktisch nut: “Het besluit is virtueel vernietigd en bestaat enkel nog als een fantoombesluit”.¹²⁶³

386. Dat laatste punt wordt bevestigd in een later arrest, waarin het Grondwettelijk Hof zich uitsprak over de aanwijzing van een plaatsvervangend notaris, op eenzijdig verzoekschrift, door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg. De verzoekende partijen voerden aan dat de notaris (of kandidaat-notaris) over geen enkel beroep beschikt tegen die beslissing, terwijl de notarissen die kandidaat zijn voor een benoeming en de kandidaten voor de statutaire betrekkingen in openbare dienst over een beroep beschikken bij de Raad van State tegen de handelingen van de administratieve overheden die hun nadeel berokkenen. In zijn arrest van 20 september 2001 weerlegt het Hof die kritiek op grond van het volgende argument:

“Het ontbreken van een specifiek rechtsmiddel impliceert niet dat tegen de betrokken beslissingen geen enkel jurisdictioneel beroep kan worden ingesteld. In de veronderstelling dat de Raad van State zich onbevoegd zou verklaren om kennis te nemen van een beroep tot vernietiging waarvan zij het voorwerp zouden uitmaken, zou de enkele omstandigheid dat de betrokkenen de mogelijkheid wordt ontzegd om de vernietiging *erga omnes* te verkrijgen van de handeling die hun nadeel berokkent niet volstaan om vast te stellen dat zij gediscrimineerd zouden zijn. De beslissing van de voorzitter, op eenzijdig verzoekschrift, is immers vatbaar voor derdenverzet (artikelen 1033 en 1122 van het Gerechtelijk Wetboek) dat, als het gegrond wordt bevonden, te dezen voldoende vergelijkbaar is met de gevolgen van een vernietigingsarrest van

¹²⁶¹ GwH 14 juli 1992, nr. 57/92, B.7. In dezelfde zin o.a. GwH 23 december 1992, nr. 80/92, B.7; GwH 27 oktober 1993, nr. 75/93, B.10.

¹²⁶² GwH 7 juni 2001, nr. 78/2001, B.5; GwH 26 november 2003, nr. 156/2003, B.5; GwH 10 mei 2006, nr. 74/2006, B.5.

¹²⁶³ J. DE STAERCKE en J. GHYSELS, “Artikel 159 van de Grondwet als directe vordering”, in *De wettigheidstoets*, 91.

de Raad van State opdat de aangevochten bepaling de grondwettigheidstoetsing kan doorstaan.”¹²⁶⁴

387. Een nog later arrest werpt evenwel een ander licht op de zaak. Wanneer het Hof wordt ondervraagd over de onbevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van de “adviezen” – in werkelijkheid gaat het om beslissingen – van de commissies voor uitreiking van getuigschriften voor de studie tandheelkunde, opgericht in de schoot van een vrije universiteit, is het van oordeel dat de studenten van de vrije universiteiten, wat betreft de mogelijkheid om de wettigheid van die beslissingen te betwisten, anders worden behandeld dan die van de gemeenschapsuniversiteiten, zonder dat voor dat verschil een grondslag kan worden gevonden in de eigen karakteristieken van de inrichtende machten die het betrokken onderwijs organiseren. Het Hof voegt daaraan toe:

“De studenten van een vrije universiteit kunnen zich weliswaar wenden tot de gewone rechtbanken, die zich soms bevoegd hebben geacht om een wettigheidscontrole uit te oefenen op de beslissingen genomen door overheden die in instellingen van het vrij onderwijs zijn opgericht. Dergelijke vorderingen zijn evenwel niet gebaseerd op een inquisitoriaal onderzoek en zij leiden tot beslissingen die, anders dan de arresten van de Raad van State, slechts een relatief gezag van gewijsde hebben.”¹²⁶⁵

In die passus laat het Grondwettelijk Hof met andere woorden uitschijnen – even onvoorzichtig als onterecht volgens Boes¹²⁶⁶ en bovendien in tegenspraak met de vroegere rechtspraak (*supra* nrs. 385-386) – dat een procedure voor de gewone hoven en rechtbanken geen waarborgen biedt die gelijkwaardig zijn aan een procedure voor de Raad van State, meer bepaald wegens het ontbreken van een inquisitoriaal onderzoek en van het absoluut gezag van gewijsde dat een vernietigingsarrest kenmerkt.¹²⁶⁷

Afdeling 2 – Ambtshalve buiten toepassing laten?

§ 1. De rechtspraak van het Hof van Cassatie

388. De algemene draagwijdte van de besproken grondwetsbepaling kwam reeds herhaaldelijk aan bod. De tekst van artikel 159 van de Grondwet heeft echter niet alleen een algemene maar

¹²⁶⁴ GwH 20 september 2001, nr. 109/2001, B.8.2.

¹²⁶⁵ GwH 9 april 2003, nr. 41/2003, B.7. Het Hof voegt er evenwel aan toe dat de in het geding zijnde bepaling ook op grondwetsconforme wijze kan worden geïnterpreteerd, in de zin dat de commissie, opgericht in de schoot van een vrije universiteit, als een administratieve overheid wordt beschouwd, zodat de student het advies van die commissie voor de Raad van State kan aanvechten.

¹²⁶⁶ M. BOES, “De administratieve overheid: een ondefinieerbaar begrip”, in *Ad amicissimum amici scripsimus. Vriendenboek Raf Verstegen*, Brugge, die Keure, 2004, 29, die, om het tegendeel aan te tonen, verwijst naar een arrest van het Hof van Cassatie van 31 mei 2001, waarin de rechter wordt toegestaan de burgemeester te bevelen op welke wijze hij van zijn discretionaire bevoegdheid gebruik moet maken wanneer blijkt dat zijn besluit daarvan geen gebruik te maken op machtsafwending neerkomt (*infra* nr. 415). Zie ook GwH 18 oktober 2006, nr. 151/2006, B.17.5, waarin het Hof opmerkt “dat uit het ontbreken van de tussenkomst van een onafhankelijk auditoraat niet kan worden afgeleid dat op onevenredige wijze afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de betrokken personen”. Vgl. echter GwH 4 juni 2009, nr. 94/2009, B.7, m.b.t. het ontbreken van (onder meer) de mogelijkheid van advies van het arbeidsauditoraat.

¹²⁶⁷ N. BANNEUX, “La Cour d’arbitrage: juge de l’attribution des litiges?”, *Rev.dr.ULg* 2006, 391.

ook een imperatieve draagwijdte, hetgeen impliceert dat de weigering om een onwettige overheidshandeling toe te passen geen loutere mogelijkheid is voor de rechter, maar een verplichting.¹²⁶⁸ “Ieder met eigenlijke rechtspraak belast orgaan kan en moet nagaan of de besluiten en verordeningen waarop een vordering, verweer of exceptie is gegrond, met de wet overeenstemmen”, zo luidt het oordeel van het Hof van Cassatie.¹²⁶⁹

Het lijkt geen twijfel dat, in de opvatting van het Hof van Cassatie, de exceptie van onwettigheid de openbare orde raakt¹²⁷⁰ en desnoods ambtshalve moet worden toegepast.¹²⁷¹ Dat heeft met name als gevolg dat de exceptie van onwettigheid ook voor het eerst voor het Hof van Cassatie kan worden ingeroepen. Het cassatiemiddel is dan gesteund op de schending van artikel 159 van de Grondwet (*supra* nr. 380), doordat de lagere rechter zijn uitspraak, in strijd met die bepaling, op een onwettige bestuurshandeling heeft gesteund.

389. Paradoxaal is wel de vaststelling dat het Hof van Cassatie, behalve in strafzaken,¹²⁷² niet zelf ambtshalve een middel afgeleid uit de schending van artikel 159 van de Grondwet opwerpt.¹²⁷³ Wanneer bijvoorbeeld een onwettig koninklijk besluit in het geding is, waarvan de wettigheid in eerste aanleg en in beroep niet werd betwist, dan zal het Hof van Cassatie dat besluit enkel buiten toepassing laten indien de schending van artikel 159 van de Grondwet wordt aangevoerd. Zoniet, dan wordt het cassatieberoep verworpen ook al kan het Hof van Cassatie niet naast de onwettigheid kijken. Het Hof legt dus aan de lagere rechters een verplichting (tot wettigheidscontrole) op waarvan het zichzelf vervolgens vrijstelt...

Die paradox wordt doorgaans in verband gebracht met artikel 1080 van het Gerechtelijk Wetboek, naar luid waarvan het cassatieberoep de volgende elementen moet bevatten: “de uiteenzetting van de middelen van de eiser, zijn conclusie en de vermelding van de wettelijke bepalingen waarvan de schending wordt aangevoerd, een en ander op straffe van nietigheid”. Het cassatiemiddel dat het bestreden arrest verwijt een onwettige verordenende bepaling toe te passen, zonder de schending van artikel 159 van de Grondwet aan te voeren, wordt bijgevolg niet ontvankelijk bevonden.¹²⁷⁴ Om de paradox te vervolledigen: de niet-ontvankelijkheid van het cassatiemiddel wordt wel ambtshalve opgeworpen.¹²⁷⁵

¹²⁶⁸ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. voor Cass. 3 maart 1972, *RW* 1971-72, 1637.

¹²⁶⁹ Cass. 26 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 775, nr. 400; Cass. 22 maart 1993, *Arr.Cass.* 1993, 316, nr. 154, *Pas.* 1993, I, 308, concl. J.-F. LECLERCQ; Cass. 9 juni 1994, C.93.0537.F, *Arr.Cass.* 1994, 593, nr. 296; Cass. 10 september 2007, S.07.0003.F, *JLMB* 2008, 301, noot J. MARTENS.

¹²⁷⁰ Zie bv. JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. voor Cass. 21 april 1988, *Pas.* 1988, I, 991. Zie ook A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 832-834, en de verwijzingen naar rechtspraak aldaar.

¹²⁷¹ B. LOMBAERT, “Un contrôle d’ordre public... à géométrie variable”, in *L’article 159 de la Constitution*, 188, die ook een oud arrest vermeldt, van 16 mei 1885, waarin het Hof van Cassatie uitdrukkelijk proclameert dat artikel 159 van de Grondwet de openbare orde raakt en ambtshalve moet worden toegepast.

¹²⁷² In strafzaken oefent het Hof van Cassatie ook de controle van internationale onrechtmatigheid (*supra* nr. 286) ambtshalve uit: Cass. 30 mei 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1003, nr. 329; Cass. 2 september 2003, P.01.0980.N, *Arr.Cass.* 2003, 1579, nr. 408; Cass. 20 januari 2004, P.03.1189.N, *Arr.Cass.* 2004, 88, nr. 30.

¹²⁷³ Zie D. DE ROY, “Le contrôle de légalité des actes administratifs par le juge de cassation”, noot onder Cass. 9 september 2002, *JLMB* 2003, 1183-1184. Zie ook A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 829-831. Bv. Cass. 21 oktober 2010, F.08.0035.F.

¹²⁷⁴ Cass. 11 oktober 2004, S.03.0023.F, *Arr.Cass.* 2004, 1569, nr. 471.

¹²⁷⁵ Zie B. LOMBAERT, “Un contrôle d’ordre public... à géométrie variable”, in *L’article 159 de la Constitution*, 193.

Bovendien is het niet uitgesloten dat, zelfs indien de schending van artikel 159 van de Grondwet voor het Hof van Cassatie wordt aangevoerd, het middel nieuw en derhalve niet ontvankelijk wordt geacht, zelfs al raakt het de openbare orde of is het van dwingend recht, wanneer uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan niet blijkt dat voor de feitenrechter enig feit is aangevoerd dat met de als geschonden aangewezen bepaling verband houdt en uit de bestreden beslissing evenmin blijkt dat die beslissing feitelijke gegevens vaststelt die hierop betrekking hebben.¹²⁷⁶

390. In strafzaken oefent het Hof van Cassatie zoals vermeld (*supra* nr. 379) wel een ambtshalve wettigheidscontrole uit. Gewis gelden daar andere procedureregels,¹²⁷⁷ maar voor een buitenstaander komt dat weinig coherent over. Dezelfde onwettigheid van dezelfde belasting zal bijvoorbeeld in een fiscale voorziening niet, maar in een fraudezaak – een voorziening tegen een arrest van het hof van beroep over de strafrechtelijke vervolging van belastingontduiking – wel ambtshalve worden opgeworpen.¹²⁷⁸

Ook *insiders* sparen hun kritiek niet. De zelf opgelegde beperking dat het Hof van Cassatie geen middelen ambtshalve kan aanvoeren om een beslissing te vernietigen, houdt volgens Verougstraete verband met het “keurslijf van traditie”. Hij noemt het een streng vereiste, dat indruist tegen de logica:

“In strafzaken mag een ambtshalve middel worden aangevoerd; in civiele zaken, met inbegrip van de tuchtzaken en fiscale zaken die de openbare orde raken, mag dat niet, terwijl de normatieve rol van het Hof precies in die zaken het grootst is”.¹²⁷⁹

Volgens Lombaert ligt de oorzaak niet zozeer in artikel 1080 van het Gerechtelijk Wetboek (*supra* nr. 379), maar in de (formalistische) invulling daarvan door het Hof van Cassatie,¹²⁸⁰ die hij tot de “politique jurisprudentielle” rekent. Hij maakt zijn punt door een vergelijking met de Raad van State (die overigens niet alleen als annulatierechter maar ook als cassatierechter optreedt):

¹²⁷⁶ Cass. 8 september 2008, C.08.0026.N, *Arr.Cass.* 2008, 1882, nr. 456, zoals besproken in het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2008*, 125-127. Zie ook P. MARTENS en B. RENAULD, “L’interprétation et la qualification de la norme de controle et de la norme contrôlée”, in A. ARTS e.a. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, 9 : “La Cour de cassation est toutefois limitée par la technique de cassation. Ainsi, par exemple, elle n’examinera pas la conformité d’un arrêté à la loi si l’exception d’illégalité est proposée dans un moyen nouveau, lorsque le moyen n’est pas d’ordre public, ou lorsque, alors que le moyen est d’ordre public, l’arrêt attaqué ne contient pas les données factuelles nécessaires pour permettre à la Cour de mener cet examen et lorsque les pièces auxquelles la Cour peut avoir égard ne l’éclairent pas davantage.”

¹²⁷⁷ Artikelen 416 e.v. van het Wetboek van strafvordering. Zie ook A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 830: “De andere aanpak van het Hof van Cassatie in strafzaken dan in burgerlijke zaken is te verklaren door de afwezigheid van de verplichte wettelijke motivering van de voorziening in cassatie in strafzaken” .

¹²⁷⁸ P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 426.

¹²⁷⁹ I. VEROUGSTRAETE, “Cassatie in civiele zaken”, in *Preadviezen over de werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007, 161.

¹²⁸⁰ Zie ook A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 830-831. Over het risico van strijdigheid met artikel 6.1 van het EVRM in geval van overdreven formalisme, *supra* nr. 143.

“Il suffit de constater que le Conseil d’Etat soulève d’office des moyens d’ordre public, alors même que le règlement qui régit sa procédure prescrit, à l’image de l’article 1080 du Code judiciaire, la manière dont les moyens doivent être invoqués dans la requête”.¹²⁸¹

§ 2. De rechtspraak van de Raad van State

391. De rechtspraak van de Raad van State is meer genuanceerd wat de ambtshalve incidentele wettigheidstoetsing betreft. Zonder uitdrukkelijk te stellen dat artikel 159 van de Grondwet van openbare orde is, heeft de Raad van State meermaals ambtshalve bestuurshandelingen op hun wettigheid getoetst en de daarop gesteunde bestreden beslissing bij gebrek aan wettige rechtsgrond vernietigd.¹²⁸²

In een arrest van 28 maart 1996 was de Raad evenwel van oordeel “dat de Raad van State door de bestaande verordenende besluiten, met name door de geldende gewestplannen is gebonden, ook al zijn zij onwettig, en bijgevolg de toepassing van een onwettig gewestplan niet ambtshalve mag weigeren; dat hij de toepassing van een onwettig gewestplan enkel weigert indien de verzoekende of de tussenkomenende partij op ontvankelijke wijze en op goede gronden de onwettigheid aanvoeren en bovendien binnen de perken waarin zij de onwettigheid inroepen; dat die partijen daarenboven de exceptie *in limine litis* moeten opwerpen”.¹²⁸³

De op het eerste gezicht strenge bewoordingen van dit arrest moeten allicht in die zin worden begrepen dat de exceptie van onwettigheid niet ambtshalve wordt opgeworpen wanneer de bedoelde onwettigheid niet de openbare orde raakt. Met andere woorden, het openbare orde karakter van de exceptie van onwettigheid hangt af van het openbare orde karakter van de onwettigheid zelf.¹²⁸⁴

Die stelling wordt bevestigd in een arrest van 29 juni 2000 waarin de Raad van State de exceptie op grond van artikel 159 van de Grondwet onontvankelijk achtte omdat “de aangevoerde wetsovertredingen de openbare orde niet raken zodat verzoeker deze *in limine litis* had moeten aanvoeren”.¹²⁸⁵

Ook uit een onderzoek van de rechtspraak waarin de exceptie van onwettigheid ambtshalve werd opgeworpen, is gebleken dat de aldus vastgestelde onwettigheid steeds betrekking had op een aangelegenheid die de openbare orde aanbelangt: de onbevoegdheid van de steller van de

¹²⁸¹ B. LOMBAERT, “Un contrôle d’ordre public... à géométrie variable”, in *L’article 159 de la Constitution*, 207. Hij verwijst meer bepaald naar artikel 2, § 1, 3°, van het Regentsbesluit van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

¹²⁸² P. DE WOLF, “Het ambtshalve aanvoeren van rechtsmiddelen door de Raad van State uitspraak doende over annulatieberoepen tegen administratieve rechtshandelingen”, *TBP* 1986, 20-21; W. WEYMEERSCH, “Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van de Raad van State”, in *De wettigheidstoets*, 345-346. Bv. RvS 26 januari 1971, nr. 14.473, Van Look; RvS nr. 27.739, 8 april 1988, Delbouille.

¹²⁸³ RvS 28 maart 1996, nr. 58.935, Anckaert en Meyfroid.

¹²⁸⁴ In die zin ook W. WEYMEERSCH, “Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van de Raad van State”, in *De wettigheidstoets*, 347. Zie ook reeds RvS 16 april 1991, nr. 36.817, Roelens.

¹²⁸⁵ RvS 29 juni 2000, nr. 88.476, Loontjens.

verordening waarop de bestreden bestuurshandeling steunde, het verzuim de afdeling wetgeving van de Raad van State te raadplegen over het reglementair besluit waarop de aangevochten beslissing beruiste, het gebrek aan rechtsgrond van de gemeenteraadsbesluiten waarop het bestreden besluit van de burgemeester steunde, een schending van de gecoördineerde wetten op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens door het examenreglement met toepassing waarvan de bestreden beslissing werd genomen. Uit hetzelfde onderzoek bleek eveneens dat de exceptie van onwettigheid niet ambtshalve wordt opgeworpen wanneer de betrokken onwettigheid niet de openbare orde raakt.¹²⁸⁶

In een arrest van 25 oktober 2007 bijvoorbeeld stelde de Raad van State ambtshalve vast dat het besluit van 7 juli 2006 van de Vlaamse regering houdende de algemene regels voor het aanbrenge van verkiezingsaffiches en het organiseren van gemotoriseerde optochten, dat reglementair van aard is, niet aan het voorafgaand advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State werd onderworpen:

“Bij gemis aan een voorafgaande adviesaanvraag bij de afdeling wetgeving van de Raad van State en gelet op de afwezigheid van een met bijzondere redenen omkleed geval van hoogdringendheid, moet worden besloten dat het besluit van 7 juli 2006 van de Vlaamse regering tot stand is gekomen met miskennis van een substantieel vormvereiste dat de openbare orde aanbelangt. Met toepassing van artikel 159 van de Grondwet moet het dan ook buiten toepassing worden gelaten.”¹²⁸⁷

De op dat besluit gesteunde middelen konden derhalve niet tot de nietigverklaring van het aangevochten besluit leiden en werden als onontvankelijk verworpen.

392. De voormelde rechtspraak wekt de indruk dat de Raad van State niet zozeer wordt afgeschrikt door de verplichting om ambtshalve excepties van onwettigheid op te werpen maar dat hij vooral beducht is voor dat andere gevolg van het openbare orde-karakter, namelijk de mogelijkheid dat in elke stand van het geding excepties van onwettigheid worden aangevoerd, hetgeen de normale procesgang verstoort.

Die indruk wordt bevestigd door een arrest van 17 juni 2008, waarin de Raad van State eerst uitdrukkelijk erkent dat de exceptie van onwettigheid slechts van openbare orde is wanneer de aangevoerde geschonden norm de openbare orde raakt, maar daar vervolgens aan toevoegt:

¹²⁸⁶ A. WIRTGEN, *Raad van State, I. afdeling administratie, 3. Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder*, Brugge, die Keure, 2004, 157-164. Zie ook A. WIRTGEN, “Het ambtshalve aanvoeren van middelen door de Raad van State in het raam van het beroep tot nietigverklaring”, *TBP* 2006, 526-527: “In het kort kan gesteld worden dat de openbare orde een mechanisme is dat ertoe strekt te verhinderen dat de essentiële waarden van een samenleving in het gedrang worden gebracht. Het wezen zelf van dit mechanisme is onveranderlijk. Wat verandert, zijn de waarden die een samenleving als essentieel beschouwt. Deze waarden zijn afhankelijk van tijd en plaats en worden mede bepaald door het rechtsdomein waarin ze toepasselijk zijn. Dit veranderlijk – en dus onzeker – karakter van het begrip ‘openbare orde’ verklaart waarom het moeilijk is er een precieze inhoudelijke definitie van te geven.”

¹²⁸⁷ RvS 25 oktober 2007, nr. 176.175, Govaert.

“De tweede tussenkomenende partij toont niet aan dat de aangevoerde niet-tegenstelbaarheid en onwettigheid de openbare orde raken. Bovendien voert die partij die excepties voor het eerst aan in haar tweede toelichtende memorie, die evenwel, wegens niet-ontvankelijkheid ervan, uit de debatten werd geweerd. Deze nieuwe excepties kunnen door die tussenkomenende partij, ook wanneer zij de openbare orde zouden raken, niet voor het eerst in de - overigens toentertijd niet procedureel voorziene - laatste memorie worden opgeworpen. Dergelijke handelwijze is immers dilatoir en schendt de rechten van verdediging van de andere partijen en het beginsel van de wapengelijkheid en is derhalve in strijd met de regels van een behoorlijke procesvoering. Het gaat proceseconomisch niet op, op het einde van de rit, de afhandeling van de zaak uit te stellen en de auditeur-verslaggever op te dragen een aanvullend onderzoek en verslag aan de nieuwe excepties te wijden, en de partijen toe te laten hier schriftelijk op te reageren, wanneer dit kon vermeden worden.”¹²⁸⁸

De toevoeging “ook wanneer zij de openbare orde zouden raken” ontlokt bij Weymeersch de pertinente vraag wat nog de zin is het openbare orde karakter van artikel 159 van de Grondwet te laten afhangen van het openbare orde karakter van de onwettigheid zelf. Komt die toevoeging er niet op neer, zo vraagt hij zich af, dat een middel, verweer of exceptie, gesteund op artikel 159 van de Grondwet, steeds *in limine litis* moet worden opgeworpen? Hij verdedigt het standpunt dat de exceptie van onwettigheid tot het sluiten der debatten moet kunnen worden aangevoerd.¹²⁸⁹

393. Voor één keer kan geen lering worden getrokken uit een vergelijking met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof op de voormelde punten. Het gebeurt uiterst zelden dat het Grondwettelijk Hof een ambtshalve middel opwerpt¹²⁹⁰ en nog minder doet zich het geval voor dat een partij na indiening van het verzoekschrift (of memorie van tussenkomenst) nog met een nieuw middel komt aanzetten, onder aanvoering dat het de openbare orde raakt en om die reden nog door het Hof in aanmerking moet worden genomen.

§ 3. De rechtspraak van het Hof van Justitie

394. Vergelijking met het Hof van Justitie is wel mogelijk. Zoals de Raad van State, werpt het Hof van Justitie ambtshalve de exceptie van onwettigheid op wanneer de onwettigheid de openbare orde raakt.¹²⁹¹

395. De rechtspraak van het Hof van Justitie is nog op een ander punt van belang, meer bepaald in zoverre het een antwoord biedt op de vraag in welke gevallen de nationale rechter

¹²⁸⁸ RvS 17 juni 2008, nr. 184.260, Ongena e.a. (cursivering toegevoegd).

¹²⁸⁹ En naar zijn mening zou dat zelfs voor elke onwettigheid mogelijk moeten zijn, W. WEYMEERSCH, “Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van de Raad van State”, in *De wettigheidstoets*, 348.

¹²⁹⁰ Voor een zeldzaam voorbeeld, *supra* nr. 59.

¹²⁹¹ Zie S. ADAM, “Le contrôle incident de légalité à l’épreuve du droit de l’Union européenne entre mutations et transfiguration”, in *L’article 159 de la Constitution*, 392. Vgl. D.J.M. DE GRAVE, “Ambtshalve toetsing door de Europese rechter: een ander perspectief”, *SEW* 2009, 18, die ook meer algemeen ingaat op de vraag wanneer een onwettigheid volgens de Unierechter de openbare orde raakt (12-20).

ertoe verplicht is om bestuurshandelingen ambtshalve buiten toepassing te laten wegens strijdigheid met Unierecht.¹²⁹²

Het Hof van Justitie erkent om te beginnen “dat het initiatief voor een procedure bij de partijen ligt en de rechter alleen ambtshalve kan optreden in uitzonderingsgevallen, waarin het openbaar belang zijn ingrijpen vereist”. Dat beginsel geeft volgens het Hof “uitdrukking aan de in de meeste Lid-Staten bestaande opvattingen over de verhouding tussen de staat en de particulier, het beschermt de rechten van de verdediging en verzekert een goed verloop van de procedure, met name doordat de vertraging waartoe de beoordeling van nieuwe rechtsgronden leidt, wordt voorkomen”.¹²⁹³

Vervolgens geldt ook op dit punt de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de procedurele autonomie van de lidstaten. Volgens die rechtspraak “is het bij ontbreken van een desbetreffende gemeenschapsregeling een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontleen, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel), en zij de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel)”.¹²⁹⁴

Al die beginselen samen hebben tot gevolg dat het Unierecht de nationale rechter er weliswaar niet toe verplicht ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen ontleend aan schending van bepalingen van het Unierecht wanneer hij voor het onderzoek van dat middel buiten de grenzen van de door partijen afgebakende rechtsstrijd zou moeten treden,¹²⁹⁵ maar dat de nationale rechter de aan een dwingende regel van Unierecht ontleende rechtsgronden wel ambtshalve in het geding moet brengen indien hij op grond van het nationale recht de verplichting of de mogelijkheid heeft dit te doen met betrekking tot een dwingende regel van nationaal recht.¹²⁹⁶

¹²⁹² Zie daarover ook K. LENAERTS, “The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union”, *CMLRev.* 2007, 1647-1648; Y. HOUYET, “L’application d’office du droit de l’Union européenne par les juges nationaux”, *JDE* 2010, 69-76.

¹²⁹³ HvJ 14 december 1995, van Schijndel en van Veen, C-430/93 en C-431/93, punt 21.

¹²⁹⁴ HvJ 7 juni 2007, van der Weerd, C-222/05 tot C-225/05, punt 28. Zie ook reeds HvJ 14 december 1995, van Schijndel en van Veen, C-430/93 en C-431/93, punt 17.

¹²⁹⁵ Ook Alen heeft er in zijn proefschrift reeds op gewezen dat de rechter, bij zijn ambtshalve onderzoek, gebonden blijft door de regel dat hij niet buiten de grenzen van het geschil mag treden, A. ALÉN, *Rechter en bestuur*, II, 837.

¹²⁹⁶ HvJ (Grote kamer) 12 februari 2008, Willy Kempter, C-2/06, punt 45. Zie ook V. TRSTENJAK, conclusie van 6 juli 2010 voor HvJ (Grote kamer) 9 november 2010, VB Pénzügyi Lizing, C-137/08, punt 115, die erop wijst dat het algemeen rechtsbeginsel van een effectieve rechtsbescherming niet van de lidstaten vereist “het beginsel van partij-autonomie in de civiele procedure te verlaten en het te vervangen door het *beginsel van ambtshalve onderzoek*. Een dergelijke vordering zou ver aan het doel van een effectieve rechtsbescherming voorbijgaan en derhalve inbreuk maken op het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming eist slechts dat de lidstaten geschikte voorzieningen treffen om particulieren op passende wijze te beschermen tegen een verlies van hun gemeenschapsrechtelijke rechten ten gevolge van ontbrekende kennis van de vereiste procedurestappen en -handelingen. Bij de keuze van de middelen hebben de lidstaten een beoordelingsmarge. Als passende en tegelijkertijd voor de procedurele autonomie van de lidstaten minder

Voor de gewone hoven en rechtbanken is de boodschap derhalve eenvoudig: aangezien zij voor elke onwettigheid die zij vaststellen ambtshalve de betrokken bestuurshandeling buiten toepassing moeten laten (*supra* nr. 388), brengt het gelijkwaardigheidsbeginsel met zich mee dat zij dat met dezelfde ijver moeten doen wanneer de onwettigheid de strijdigheid met Unierecht betreft.

Voor de Raad van State is de boodschap meer genuanceerd: hij zal, vooraleer ambtshalve een bestuurshandeling buiten toepassing te laten, moeten nagaan of de norm van het Unierecht die wordt geschonden moet worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die volgens de rechtspraak van de Raad van State in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden (*supra* nr. 391).¹²⁹⁷ In geval van twijfel over die gelijkwaardigheid dient hij over de uitlegging van de norm van het Unierecht (meer bepaald over de aard en het gewicht ervan in de Europese rechtsorde) een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie.¹²⁹⁸

Het doeltreffendheidsbeginsel van zijn kant vereist met name dat de partijen in het geding daadwerkelijk de mogelijkheid hebben om voor de nationale rechter – en niet enkel voor een administratieve beroepsinstantie¹²⁹⁹ – een op het Unierecht gebaseerde grond aan te voeren.¹³⁰⁰ Het doeltreffendheidsbeginsel gaat niet zover dat het een nationale rechter zou verplichten een bepaling van het Unierecht ambtshalve toe te passen wanneer een dergelijke toepassing ertoe zou leiden dat het in zijn nationale procesrecht verankerde beginsel van het verbod van *reformatio in peius* wordt doorbroken.¹³⁰¹ Een dergelijke verplichting zou namelijk niet alleen indruisen tegen het beginsel van de eerbiediging van het recht van verweer, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, die ten grondslag liggen aan bovengenoemd verbod, maar zou voor de particulier die beroep heeft ingesteld tegen een voor hem bezwarende handeling, het risico meebrengen dat dit beroep hem in een ongunstigere

vergaande middelen ter bescherming van partijen, zouden bijvoorbeeld in aanmerking komen de mogelijkheid en - in omvangrijke en complexe gerechtelijke procedures - de verplichting tot vertegenwoordiging door een advocaat (in combinatie met de verlening van rechtsbijstand), een rechterlijke verplichting tot het verstrekken van informatie, het stellen van vragen en het geven van toelichting in de procedure, alsmede de reeds genoemde rechterlijke verplichting tot organisatie van de procesgang.”

¹²⁹⁷ HvJ 6 oktober 2009, Asturcom, C-40/08, punt 52.

¹²⁹⁸ Y. HOUYET, “L’application d’office du droit de l’Union européenne par les juges nationaux”, *JDE* 2010, 70.

¹²⁹⁹ Omdat enkel een rechterlijke instantie een prejudiciële vraag kan stellen aan het Hof van Justitie (*supra* nr. 213), HvJ 14 december 1995, Peterbroeck, C-312/93, punt 17.

¹³⁰⁰ HvJ 7 juni 2007, van der Weerd, C-222/05 tot C-225/05, punt 41.

¹³⁰¹ Bij de bestudering van de rechtsstelsels der lidstaten stelde advocaat-generaal Bot vast “dat het verbod van *reformatio in peius*, net als in het Nederlandse bestuursrecht het geval is, nauw samenhangt met het beginsel dat het aan de partijen is om het voorwerp van het geschil te bepalen, het zogeheten “lijdelijkheidsbeginsel”. Aan het verbod van *reformatio in peius* – of dit nu een wettelijke basis heeft dan wel in de rechtspraak is erkend – ligt dus de gedachte ten grondslag, dat de partij die beroep instelt, dit doet met het oog op de bescherming van zijn belangen zoals deze in het bij de rechter ingediende beroepschrift zijn geformuleerd en omschreven. In de verschillende rechtsstelsels worden voor dit verbod ook meer algemene overwegingen aangevoerd, onder meer verband houdend met de rechtszekerheid en in het bijzonder met het door de justitiabelen gestelde vertrouwen in de voorwaarden waaronder recht wordt gedaan, waarmee zich niet zou verdragen dat iemand die een rechtsmiddel aanwendt teneinde zijn situatie te verbeteren, er uiteindelijk juist slechter voor komt te staan”, Y. BOT, conclusie van 6 mei 2008 voor HvJ (Grote kamer) 25 november 2008, Heemskerk en Schaap, C-455/06, vn. 21.

positie brengt dan die waarin hij zou hebben verkeerd wanneer hij zich ervan had onthouden dit beroep in te stellen.¹³⁰²

§ 4. Praktische bezwaren

396. Bij de verplichting om ambtshalve excepties van onwettigheid op te werpen, past ten slotte nog een bedenking van pragmatische aard. In de rechtsleer is terecht opgemerkt dat de rechters zich in de ambtshalve toepassing van artikel 159 van de Grondwet weinig “activistisch” tonen,¹³⁰³ maar de verklaring daarvoor is wellicht niet ver te zoeken. In de praktijk is de verplichting voor de rechter om ambtshalve elke mogelijke onwettigheid van een bestuurshandeling te onderzoeken een onmogelijke opdracht.¹³⁰⁴ De rechtspraak inzake het gelijkheidsbeginsel, bijvoorbeeld, leert dat de mogelijke verschillen in behandeling en dus potentiële discriminaties in de kleinste hoekjes en kantjes van een regeling kunnen verscholen zitten en dat het in vele gevallen pas op aangeven van één van de partijen is dat die aan het licht komen. Het is dus goed mogelijk dat een regeling eerst wettig wordt bevonden en in een later geschil toch buiten toepassing wordt gelaten omdat één van de partijen de rechter van het discriminerend karakter ervan weet te overtuigen.

Kortom, de principiële plicht tot ambtshalve toepassing van de exceptie van onwettigheid staat op gespannen voet met een aantal procedurele en praktische beperkingen, hetgeen volgens Lombaert leidt tot een zekere “schizophrénie jurisprudentielle dans le chef des juridictions supérieures qui, bien qu’elles proclament clairement le caractère d’ordre public de l’article 159 de la Constitution, n’en tirent sans doute pas toutes les conséquences concrètes”.¹³⁰⁵

Afdeling 3 – Het ganse reglement of enkel de onwettige bepaling buiten toepassing laten?

397. Sommige onwettigheden, zoals de niet-naleving van de verplichting om de afdeling wetgeving van de Raad van State te raadplegen (*supra* nr. 352), tasten de wettigheid van het gehele besluit aan,¹³⁰⁶ maar dat geldt niet voor elke onwettigheid. Op grond van artikel 159 van de Grondwet dienen de besluiten en verordeningen slechts buiten toepassing te worden gelaten *in zoverre* zij niet met de hogere rechtsnormen overeenstemmen (*supra* nr. 378).

¹³⁰² HvJ (Grote kamer) 25 november 2008, Heemskerk en Schaap, C-455/06, punten 46 en 47.

¹³⁰³ B. LOMBAERT, “Un contrôle d’ordre public... à géométrie variable”, in *L’article 159 de la Constitution*, 192.

¹³⁰⁴ In die zin ook reeds A. ALEN, *Rechter en bestuur*, II, 839; M. BOES, *Preventieve rechtsbescherming bij de bestuurlijke besluitvorming*, Leuven, 1975, I, 59: “Weliswaar is artikel [159] van de Grondwet een regel van openbare orde, zodat de rechter zelfs ambtshalve bestuurshandelingen die een invloed hebben op het geding, op hun wettelijkheid moet toetsen, maar dat vereist een kennis én van de administratie én van bijzondere, zeer technische regelingen die niet van de rechter verwacht mag worden”.

¹³⁰⁵ B. LOMBAERT, “Un contrôle d’ordre public... à géométrie variable”, in *L’article 159 de la Constitution*, 208.

¹³⁰⁶ Bv. RvS 8 februari 2007, nr. 167.586, vzw tot steun en inrichting van protestants-christelijke scholen, school met de bijbel.

Rimanque heeft in dat verband gewezen op het onderscheid tussen, enerzijds, de intrinsieke en volstreekte onwettigheid van een verordening en, anderzijds, de onwettigheid van de toepassing ervan in een concreet geval of type van geval. Als voorbeeld vermeldt hij met name de retroactieve, met straffen gesanctioneerde bestuurshandeling: slechts het retroactieve aspect ervan is onwettig en dient derhalve buiten toepassing gesteld.¹³⁰⁷

Het lijkt echter nauwkeuriger om in het gegeven voorbeeld niet van de onwettige toepassing in een concreet geval te spreken,¹³⁰⁸ maar van de gedeeltelijke onwettigheid van een verordening. Het gebrek kan immers worden gelokaliseerd in de bepaling die de werking van de verordening in de tijd regelt. Die is meer bepaald onwettig in zoverre zij aan de verordening terugwerkende kracht verleent. In principe is er geen reden om ook de andere bepalingen buiten toepassing te laten (tenzij daaraan *louter* voor het verleden uitwerking zou zijn verleend).

Een soortgelijke situatie doet zich voor wanneer een reglement op bepaalde gedragingen straffen stelt die de grenzen overschrijden van de wettelijke bepaling op grond waarvan het reglement werd uitgevaardigd. Dergelijke bevoegdheidsoverschrijding leidt niet tot de onwettigheid van het ganse reglement en zelfs niet tot de onwettigheid van de volledige strafbepaling: de straffen blijven toepasselijk in zoverre zij het wettelijk toegelaten maximum niet overschrijden en de hoven en rechtbanken moeten dus de straf verlagen tot het wettelijk toegelaten strafmaximum.¹³⁰⁹ Wanneer bijvoorbeeld een provinciale politieverordening in straffen voorziet van meer dan acht dagen gevangenisstraf, zijnde het door artikel 85 van de Provinciewet¹³¹⁰ bepaalde maximum, dan zal de rechter de maximumstraf, bepaald in de provinciale verordening, reduceren naar het wettelijk toegelaten maximum.¹³¹¹

398. De rechter staat dus op het eerste gezicht voor de volgende vraag: tast de vastgestelde onwettigheid de ganse regeling aan of kan zij daarentegen worden afgezonderd en op heel precieze wijze worden weggesneden (buiten toepassing gelaten), waardoor de regeling voor het overige overeind blijft?

¹³⁰⁷ K. RIMANQUE, *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, nr. 165, p. 100. Zie, voor een ander voorbeeld, Cass. 15 februari 1932, *Pas.* 1932, I, 65.

¹³⁰⁸ Dat gaat wel op voor een ander voorbeeld, ontleend aan een arrest van het Hof van Cassatie, waarin werd geoordeeld dat een gemeentelijke verordening die verbiedt een begrafenisstoet te onderbreken tussen de plaats waar het lichaam van de overledene wordt bewaard en de begraafplaats, niet wettig kan worden toegepast op de onderbreking ervan voor de katholieke uitvaartliturgie die de aanwezigheid van het lichaam van de overleden in de kerk voorschrijft, omdat de toepassing van de verordening in dat geval strijdig zou zijn met de vrijheid van eredienst (artikel 19 van de Grondwet), Cass. 15 februari 1932, *Pas.* 1932, I, 65. Ook een wet kan overigens *in abstracto* in overeenstemming zijn met de Grondwet, terwijl de toepassing ervan in een concreet geval ongrondwettig is, zie bv. GwH 27 mei 2008, nr. 86/2008, B.8-B.10.

¹³⁰⁹ L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1989, deel I, 116, met verwijzing naar Cass. 16 februari 1905, *Pas.* 1905, I, 132; Cass. 9 juli 1906, *Pas.* 1906, I, 342; Cass. 4 mei 1920, *Pas.* 1920, I, 135. In dezelfde zin: F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge. I. La loi pénale*, Brussel, Larcier, 2007, 65 en 147.

¹³¹⁰ Artikel 85 van de Provinciewet werd opgeheven door het Provinciedecreet van 9 december 2005, "behalve als het betrekking heeft op politieverordeningen" (artikel 261, 46°).

¹³¹¹ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2006, 83.

Uit de voormelde voorbeelden zou men geneigd zijn af te leiden dat het antwoord op die vraag voor de hand ligt, maar dat is lang niet altijd het geval. Uit enkele arresten van het Hof van Cassatie inzake ongrondwettige vrijstellingen in gemeentelijke belastingreglementen, blijkt dat de kwestie de rechter zelfs voor een dilemma kan plaatsen. Een analyse van die arresten noopt ook tot een verfijning van de vraag die de rechter zich moet stellen.

399. Tot voor enkele jaren was het Hof van Cassatie, volledig in lijn met de hoger vermelde gedachtegang, van oordeel dat, wanneer één bepaling van een gemeenteverordening niet met de wetten in overeenstemming is, de rechter niet mag weigeren de andere bepalingen van die verordening toe te passen.¹³¹² Nog in een arrest van 28 juni 2001 overwoog het Hof zonder omwegen “dat de onwettigheid van een vrijstelling (...) alleen tot nietigheid kan leiden van de bepaling van de verordening die voorziet in die vrijstelling”.¹³¹³ Maar in enkele recente arresten lijkt het Hof die rechtspraak af te vallen.

In een arrest van 18 november 2005 was het Hof van Cassatie van oordeel dat de ongrondwettigheid van een artikel van een belastingreglement, dat in een discriminerende vrijstelling voorziet, de ongrondwettigheid van het ganse reglement tot gevolg heeft aangezien de bepalingen van het reglement een ondeelbaar geheel uitmaken.¹³¹⁴

De vraag rijst of we hier staan voor een ommekeer van rechtspraak dan wel voor een loutere nuancering daarvan, in de zin dat het ganse reglement buiten toepassing moet worden gelaten in het (uitzonderlijke) geval dat de on(grond)wettigheid een scharnierbepaling betreft, waarvan de onwettigheid het ganse reglement aantast en zonder welke het reglement dus geen zin meer heeft.¹³¹⁵ Om een antwoord te zoeken op die vraag is het nuttig het in het geding zijnde belastingreglement en de betwiste vrijstelling nader te bekijken.

Het ging *in casu* om een belasting op de import-exportbedrijven en op de groothandelszaken in tweedehandsvoertuigen die op het grondgebied van de gemeente Anderlecht opslagplaatsen van meer dan twee motorvoertuigen, opslagplaatsen van gebruikte voertuigen of markten in tweedehandsvoertuigen exploiteren. Van de belasting zijn vrijgesteld de verkopers van tweedehandsvoertuigen die in het handelsregister zijn ingeschreven als detailhandelaars in tweedehandsvoertuigen en die in het bezit zijn van het attest dat krachtens de wet van 15

¹³¹² Cass. 25 oktober 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 265. Zie ook Cass. 4 juni 1996, P.95.0497.N, *Arr.Cass.* 1996, 536, nr. 207; Cass. 28 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1307, nr. 410. Zie over die rechtspraak ook G. VAN HAEGHENBORGH, “Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof. Bedenkingen vanuit Europees perspectief”, in *De wettigheidstoets*, 237-243.

¹³¹³ Cass. 28 juni 2001, F.00.0024.F, *Arr.Cass.* 2001, 1307, nr. 410.

¹³¹⁴ Cass. 18 november 2005, F.04.0053.F, *Arr.Cass.* 2005, 2291, nr. 609, *RGCF* 2005, 338, noot H. LOUVEAUX. Zie ook V. SEPULCHRE, “Comment « booster » le principe de l'égalité des citoyens devant l'impôt – Du rôle fondamental de la Cour de cassation en matière fiscale”, *RGF* 2006, nr. 9, 1-2.

¹³¹⁵ Zie in die zin de rechtspraak van het Hof van Justitie volgens welke de afzonderlijke nietigverklaring van één bepaling van een richtlijn niet mogelijk is wanneer die bepaling niet kan worden gescheiden van de rest van de richtlijn; in dat geval zou immers de gedeeltelijke nietigverklaring van de richtlijn de kern van de daarin vastgestelde regeling wijzigen, waartoe alleen de Uniewetgever bevoegd is. Bv. HvJ (Grote kamer) 27 juni 2006, Parlement/Raad, C-540/03, punten 27 en 28; J. KOKOTT, conclusie van 30 september 2010 in de zaak vzw Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop e.a., C-236/09, punt 71.

december 1970 vereist is om beroepsmatig handel te kunnen drijven in tweedehandsvoertuigen. Het gaat hier duidelijk niet om een vrijstelling, zonder welke het belastingreglement geen zin meer zou hebben. Met andere woorden, het was perfect mogelijk geweest om enkel de vrijstelling buiten toepassing te laten. Een echte breuk met de vroegere rechtspraak dus.

Men zou niettemin kunnen aanvoeren dat het niet om een ommekeer maar toch om een loutere verfijning of nuancering van de vroegere rechtspraak gaat: luidde die aanvankelijk dat alleen de onwettige vrijstelling buiten toepassing moet worden gelaten, dan zou zij nu in de zin moeten worden begrepen dat *in principe* alleen de onwettige vrijstelling buiten toepassing moet worden gelaten, *tenzij* wanneer, met de woorden van het Hof van Cassatie, “de bepalingen van de litigieuze belastingverordening een ondeelbaar geheel vormen”. Het probleem verschuift dan echter naar de vraag wanneer een vrijstelling een ondeelbaar geheel vormt met de overige bepalingen. Het antwoord op die vraag lijkt evenzeer, wellicht nog meer, vatbaar voor discussie als de vraag of het belastingreglement zonder de vrijstelling geen zin meer zou hebben. Bovendien blijkt uit het arrest van 18 november 2005 dat een vrijstellingbepaling *altijd* ondeelbaar deel uitmaakt van een belastingreglement. Het Hof overweegt immers dat de bepalingen van de litigieuze belastingverordening een ondeelbaar geheel vormen, “daar zij alle betrekking hebben op een belasting die ongelijk wordt ingevoerd”. Als dat de definitie van ondeelbaarheid is, dan gaat zij op voor elk belastingreglement waarin vrijstellingen zijn vervat en dan geeft elke on(grond)wettige vrijstelling aanleiding tot de niet-toepassing van het ganse reglement,¹³¹⁶ hetgeen de stelling bevestigt dat het een echte wijziging van rechtspraak betreft.

In een arrest van 16 november 2006 heeft het Hof van Cassatie de breuk met de vroegere rechtspraak bevestigd. Het geschil betrof een belastingverordening van de gemeente Verviers “op het gebruik van de openbare weg voor de plaatsing van afsluitingen, hekken, steigers en voor opslagplaatsen van materialen of materieel”, waarvan artikel 6 in een vrijstelling voorziet voor de maatschappijen voor sociale huisvesting wanneer zij de wegen gebruiken voor hun werkzaamheden. De bepalingen van de belastingverordening, zo oordeelt het Hof van Cassatie, “vormen een onsplitsbaar geheel, daar zij alle betrekking hebben op een belasting die in strijd met het gelijkheidsbeginsel is ingevoerd. De ongrondwettigheid van artikel 6 van de belastingverordening maakt de gehele verordening nietig.”¹³¹⁷

400. Opmerkelijk in beide voormelde arresten is dat het Hof van Cassatie zijn advocaat-generaal niet is bijgetreden. In zijn andersluidende conclusie in de eerste zaak verdedigt het openbaar ministerie de stelling van de gemeente Anderlecht dat niet-toepassing wegens schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet tot de vrijstelling kan worden beperkt

¹³¹⁶ Anders: G. VAN HAEGHENBORGH, “Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof. Bedenkingen vanuit Europees perspectief”, in *De wettigheidstoets*, 243, die van oordeel is dat het belastingreglement voor het overige overeind kan blijven, indien de onwettige vrijstelling slechts “een geringe impact” heeft op het doel van de belasting. Het komt mij nochtans voor dat de voorliggende casus een typische illustratie biedt van een onwettige vrijstelling met slechts “een geringe impact” en toch werd het ganse reglement buiten toepassing gelaten.

¹³¹⁷ Cass. 16 november 2006, F.05.0072.F, *Pas.* 2006, 2393, nr. 570.

indien het geen twijfel lijdt dat de steller van de belastingverordening, zoals *in casu*, die verordening ook zou hebben goedgekeurd zonder de bekritiseerde vrijstelling.¹³¹⁸

Ook in de tweede zaak blijft advocaat-generaal Henkes bij zijn standpunt dat de ongrondwettigheid van de vrijstelling niet de gehele verordening aantast. Zijn conclusie luidt als volgt:¹³¹⁹

“12. L'arrêt précité du 18 novembre 2005 innove donc en énonçant la règle, implicitement contenue dans la précédente, que désormais il peut y avoir une annulation de l'ensemble du règlement dès lors que cet ensemble ne peut être divisé parce que les dispositions qu'il contient se rapportent toutes à une taxe inégalement établie.

13. J'avais, dans les conclusions précédant cet arrêt, fait mienne la thèse défendue alors par la demanderesse - et qui est identique à celle fondant en la présente espèce la seconde branche - que la nullité d'une exonération prévue dans une disposition d'un règlement, qui ne concerne qu'une catégorie de redevables parmi d'autres, ne devait pas être étendue au règlement tout entier, dès lors qu'il ne faisait aucun doute que l'auteur du règlement-taxé aurait adopté celui-ci même en l'absence de l'exonération illégale.

Il revient à une doctrine récente,¹³²⁰ par ailleurs citée dans l'actuelle requête, d'avoir proposé ce critère. Celui-ci a le mérite de bien mettre en évidence que si un règlement-taxé constitue un ensemble de dispositions, cela ne signifie pas pour autant que toutes les dispositions qui composent cet ensemble sont d'importance égale et sont reliées entre elles par un lien tel que l'existence de l'une est la condition sine qua non de l'autre.

14. Dans la règle énoncée par l'arrêt précité du 18 novembre 2005, le maillon décisif de la causalité autorisant l'extension de l'annulation d'une composante d'une imposition à l'ensemble de celle-ci, me paraît être que, pour la Cour, il doit s'agir d'une taxe inégalement établie à laquelle se rapportent toutes les dispositions du règlement qui l'établit.

15. En la présente espèce, la taxe inégalement établie est celle - et elle seule - à charge du redevable (et de la catégorie dont il ressortit), qui ne bénéficie pas comme d'autres redevables "privilegiés" de l'exonération qu'il critique. Elle est inégale parce que, aux yeux des juges du fond, elle accorde une exonération qui constitue, sans justification raisonnable, un traitement différent entre les redevables visés par le règlement.

En annulant l'exonération discriminatoire, laquelle ne constitue qu'un cas particulier de non imposition envisagé parmi un ensemble de cas de (non)impositions prévus par le règlement-taxé, il est mis fin à la taxe inégalement établie à l'égard de la catégorie des redevables dont ressortit celui qui s'en plaint.

¹³¹⁸ Aldus de samenvatting op www.juridat.be, met verwijzing naar P. GLINEUR en S. WILMET, "Propos sur l'efficacité en matière d'impôt des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination", in *Mélanges John Kirkpatrick*, Brussel, Bruylant, 2004, 358-359. De conclusie zelf is niet beschikbaar, en nog meer opmerkelijk is dat geen van beide arresten in het jaarverslag werd opgenomen, terwijl daarin naar eigen zeggen toch de "meest opvallende arresten" worden vermeld en van een commentaar voorzien (*Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2007*, 23).

¹³¹⁹ In deze zaak is de conclusie wel integraal beschikbaar op www.juridat.be, alsook in *Pas.* 2006, 2393-2396, nr. 570.

¹³²⁰ Hij verwijst opnieuw naar P. GLINEUR en S. WILMET, "Propos sur l'efficacité en matière d'impôt des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination", in *Mélanges John Kirkpatrick*, Brussel, Bruylant, 2004, 358-359.

Partant, le règlement, qui en ses autres dispositions d'imposition ne souffre d'aucune illégalité reconnue, doit subsister.

Annuler l'ensemble du règlement, c'est-à-dire déclarer un ensemble d'impositions et de non impositions distinctes illégal au motif qu'un des cas prévu par le règlement l'est, alors que celui-ci ne conditionne en rien ni l'existence de l'impôt dans son ensemble ni de son fonctionnement dans ses différentes composantes, ne me paraît pas s'imposer en droit.

En conséquence, je suggère à la Cour de réexaminer, sous cette approche, l'application, à la présente espèce, de sa récente jurisprudence précitée.”

Volgens het openbaar ministerie moet de rechter zich dus niet de vraag stellen of het mogelijk is om de onwettige bepaling van de rest van de verordening af te zonderen maar wel de vraag of het boven elke twijfel is verheven dat de regelgever de verordening ook zonder de onwettige bepaling zou hebben goedgekeurd. De rechter zou zich met andere woorden maximaal in de positie van de regelgever dienen in te leven (vgl. ook *infra* nr. 421).

401. Maar het Hof van Cassatie gaat dus nog een stap verder: de rechter dient zich geen enkele vraag meer te stellen zodra de onwettigheid van een vrijstellingbepaling vaststaat; hij moet steeds de ganse belastingverordening buiten toepassing laten. Op het eerste gezicht lijkt dit een buitensporige ingreep, maar bij nader toezien is daar een goede reden voor.

Immers, de enkele niet-toepassing van de vrijstelling brengt de oorspronkelijke verzoeker geen stap dichterbij zijn doel. Hij vecht aan dat hij ten onrechte van de vrijstelling is uitgesloten en het resultaat van de vaststelling dat de regelgever een onwettigheid heeft begaan, is dat niemand de vrijstelling krijgt en dat de belasting dus voor iedereen geldt. De exceptie van onwettigheid heeft immers niet tot gevolg dat de rechter zelf bevoegd wordt het voordeel van de vrijstelling te verlenen aan een categorie van personen aan wie de regelgever geen vrijstelling heeft toegekend (*infra* nr. 414). Met andere woorden, de verzoeker zou een pyrrhus-overwinning behalen en de oorspronkelijke begunstigen van de vrijstelling zouden, zonder dat zij daar erg in hebben, alsnog aan de belasting worden onderworpen. Al zal dat laatste gevolg zich wellicht niet voltrekken doordat de rechter de exceptie van onwettigheid als “niet relevant” zal kunnen verwerpen (*supra* nr. 381).

Op het eerste gezicht staat een drastische ingreep (uitschakeling van de ganse belastingverordening in plaats van louter de onwettige vrijstelling) op gespannen voet met de scheiding der machten, maar dat is slechts schijn. De rechter legt de bal gewoon terug in het kamp van de regelgever, zonder zelf enige beleidskeuze te verrichten. De regelgever kan zijn huiswerk overdoen en, zelfs retroactief (desnoods met de hulp van een hogere regelgever, *infra* nr. 426) een gezuiverde belastingverordening uitvaardigen. Anders is het wanneer de rechter een bepaling wegsnijdt uit de verordening: in wezen wijzigt hij dan eigenhandig de beleidskeuze die de regelgever heeft gemaakt.

Teneinde de scheiding der machten te eerbiedigen, moet de houding van het Hof van Cassatie wel consequent zijn: zij moet voor alle onwettige vrijstellingbepalingen gelden en mag geen

instrument worden om de oplossing van het geschil naar believen in de ene of de andere richting te sturen, zoniet dan overschrijdt de rechter de dunne lijn tussen legaliteit en opportuniteit...

402. Het is geen toeval dat de geschetste voorbeelden uit het gelijkheidscontentieux stammen. Zij vormen immers een treffende illustratie van het zogenaamde dilemma van de “equal graveyards or equal vineyards”:¹³²¹ een ongelijke behandeling kan worden rechtgezet door het voordeel aan iedereen toe te kennen dan wel door het voordeel aan iedereen te ontnemen (zie ook *infra* nr. 423).

Het Hof van Cassatie kiest er dus voor om het voordeel aan iedereen toe te kennen, door de volledige verordening (althans voorlopig) uit te schakelen. Hetzelfde kan zich voordoen bij een nadeel, bijvoorbeeld door een onwettige uitzondering in een subsidieregeling. Ook in dat geval kan de ongelijke behandeling worden rechtgezet door de onwettige bepaling buiten toepassing te laten (waardoor het nadeel niemand raakt) dan wel door de ganse regeling uit te schakelen (waardoor het nadeel iedereen treft). Ook in dat geval dient de rechter bij voorkeur de volledige verordening buiten toepassing te laten, hoewel daardoor niemand het voordeel (bv. de subsidie) kan genieten, te meer daar in dat geval een loutere niet-toepassing van de onwettige bepaling en dus de uitbreiding van het toepassingsgebied van het voordeel aanzienlijke, niet-ingecalculerde budgettaire implicaties kan hebben. De allocatie van schaarse middelen is immers bij uitstek een zaak van beleid en niet een zaak van de rechter.¹³²²

403. De conclusie die uit het voorgaande moet worden getrokken is dat weliswaar een ommekeer van rechtspraak voorligt, maar dat die geen algemene strekking heeft doch zich beperkt tot het gelijkheidscontentieux. Meer bepaalt wanneer een onwettige vrijstelling in een belastingverordening voorligt (of een onwettige uitzondering in een subsidieregeling), dient de rechter de ganse verordening uit te schakelen. In andere gevallen (*supra* nr. 397), dient hij zich te beperken tot een meer gerichte ingreep en, zo mogelijk, enkel de onwettige bepaling buiten toepassing te laten.

Afdeling 4 – Heeft de onwettigheid van de juridische grondslag van een bestuurshandeling automatisch de onwettigheid van die laatste bestuurshandeling tot gevolg?

404. In sommige gevallen zal de onwettigheid van de bestuurshandeling die de juridische grondslag vormt van een andere bestuurshandeling de onwettigheid van die laatste

¹³²¹ S. SOTTIAUX, “Grondwetsconforme 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, met verwijzing naar D. RAE, *Equalities*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, 129.

¹³²² S. SOTTIAUX, “Grondwetsconforme 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, 217. Vgl. B. RENAULD, “Les illusions de l'égalité ou du 'nivellement par le bas' à la 'lacune'”, in *Liber amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 417-437.

bestuurshandeling tot gevolg hebben, maar in andere gevallen niet. Van een automatisme is er dus geen sprake.¹³²³

Het is goed mogelijk dat voor die tweede bestuurshandeling een andere juridische grondslag kan worden gevonden, bijvoorbeeld rechtstreeks in de wet,¹³²⁴ of dat door het buiten toepassing laten van de eerste bestuurshandeling een vroegere bestuurshandeling opnieuw kan worden toegepast. Stel, in het voorbeeld van het belastingreglement dat in zijn geheel buiten toepassing wordt gelaten (*supra* nr. 399), dat het ging om de vervanging van een vroeger belastingreglement, dan slaat de niet-toepassing van het latere reglement strikt genomen ook op de opheffingsbepaling van het vroegere reglement. Met andere woorden: dat vroegere reglement herleeft (niet in het algemeen natuurlijk, maar in dat concrete geschil) en dan moet men gaan kijken of de op het latere reglement gesteunde bestuurshandeling, bijvoorbeeld een belastingaanslag, geen juridische grondslag kan vinden in het vroegere reglement. De grootste voorzichtigheid is dus geboden op dat punt.

405. De voormelde oplossing vindt steun in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. In een arrest van 14 februari 2005 bijvoorbeeld, overweegt het Hof “dat de rechter, die een verordenende bepaling weigert toe te passen omdat ze onwettig is wegens niet-naleving van een substantiële vormvereiste, die bestaat in de vraag om advies van de Raad van State, zonder dat de aangevoerde hoogdringendheid was verantwoord, het geschil hoort te beoordelen alleen op grond van de verordenende bepaling zoals zij van toepassing was vóór de onwettig geachte wijziging”.¹³²⁵

De oplossing vindt ook steun, *mutatis mutandis*, in de rechtspraak van de Raad van State. De Raad van State gaat er immers vanuit dat een vernietiging ook de opheffingsbepaling treft die in het vernietigde reglement is vervat, waardoor het vroegere reglement herleeft.¹³²⁶ Met dat gevolg in het vooruitzicht, inzonderheid wanneer het vroegere reglement door dezelfde onwettigheid is aangetast, zegt de Raad van State zelfs te moeten afzien van de nietigverklaring van de opheffingsbepaling¹³²⁷ of vernietigt hij die laatste wel maar verklaart hij in één moeite, weze het als *obiter dictum*, dat de nietigverklaring het voorafgaande reglement niet wettig maakt.¹³²⁸

¹³²³ Zie daarover G. PIJCKE, “Illégalités et caetera. Défaut de base légale, légalité de l’acte administratif et responsabilité des pouvoirs publics”, in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 449-458.

¹³²⁴ Bv. RvS 6 december 2006, nr. 165.640, Verzele. Zie ook G. PIJCKE, “Illégalités et caetera. Défaut de base légale, légalité de l’acte administratif et responsabilité des pouvoirs publics”, in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 452: “Il suffit, pour satisfaire au principe de légalité, que l’on trouve dans l’arsenal législatif, un fondement juridique pertinent et suffisant, c’est-à-dire des dispositions normatives qui fondent son auteur à adopter ledit arrêté”.

¹³²⁵ Cass. 14 februari 2005, S.04.0147.F, *Arr.Cass.* 2005, 366, nr. 90. Zie ook reeds Cass. 25 november 2002, S.02.0016.F, *Arr.Cass.* 2002, 2559, nr 627.

¹³²⁶ In die zin ook D. DÉOM, “Le refus d’application”, in *L’article 159 de la Constitution*, 152-153.

¹³²⁷ RvS 7 februari 2006, nr. 154.598, Elmahir. Zie ook RvS 8 januari 2002, nr. 102.426, nv (naar Frans recht) Atral: “Considérant que si l’examen des moyens devait conduire le Conseil d’Etat à annuler l’arrêté attaqué, il ne pourrait toutefois, en application de l’article 159 de la Constitution, prononcer l’annulation de son article 15 qui abroge l’arrêté royal précité du 31 mars 1994 dès lors que celui-ci était contraire aux articles 28 à 30 du traité CE, raison pour laquelle la partie adverse a estimé devoir l’abroger et le remplacer par l’arrêté attaqué, comme elle le reconnaît, elle-même, dans le rapport au Roi précédant ledit arrêté; que dans cette mesure, l’exception est liée au fond”. In dezelfde zin reeds RvS 29 januari 1993, nr. 41.825, 29 januari 1993.

¹³²⁸ RvS 22 december 2006, nr. 166.311, Boucher. Zie ook RvS 21 april 2006, nr. 157.849, bvba La démarche: “que l’annulation du règlement de police attaqué ne saurait en effet avoir pour effet de faire revivre celui du 25 juin 1991 dès lors que celui-ci contenait des dispositions encore plus sévères que celles du règlement attaqué qui

Wanneer de herlevende bestuurshandeling niet onwettig is, kan zij als rechtsgrondslag fungeren voor de bestuurshandeling waarvan de onwettigheid werd aangevoerd, waardoor de exceptie van onwettigheid zijn doel mist en, om die reden, door de rechter als “niet relevant” mag worden verworpen (*supra* nr. 381).

406. In vele gevallen zal de rechter tot de vaststelling komen dat er geen alternatieve juridische grondslag voorhanden is, dat de niet-toepassing van een bestuurshandeling dus een gat slaat, een leemte doet ontstaan. De volgende vraag is dan: mag de rechter het gat opvullen en zich met andere woorden in de plaats van het bestuur stellen? Het antwoord op die vraag wordt in afdeling 6 gezocht, maar eerst is nog een andere vraag aan de orde: wat mag van het bestuur worden verwacht wanneer de rechter een bestuurshandeling buiten toepassing heeft gelaten?

Afdeling 5 – Wat moet het bestuur doen wanneer de rechter een bestuurshandeling buiten toepassing heeft gelaten?

407. Om de binding van de overheid aan het recht te waarborgen (*supra* nr. 11), volstaat het niet dat voor de rechtszoekende beroep openstaat bij de rechter: “Vanzelfsprekend corrolarium van het recht van beroep op de rechter en van de toetsingsbevoegdheid van die rechter is de verplichting van de bestuursverantwoordelijke om zich ten volle naar de eis van een gegeven rechterlijke uitspraak te gedragen”.¹³²⁹

Zoals met betrekking tot de uitvoering van wetskrachtige normen vereist is dat de nodige uitvoeringsbesluiten binnen een redelijke termijn worden genomen (*supra* nr. 329),¹³³⁰ moet de overheid ook een onwettige bestuurshandeling binnen een redelijke termijn herstellen (*supra* nr. 54). Sommige auteurs leiden dat vereiste af uit de zorgvuldigheidsplicht, die met name zou inhouden “dat de administratieve overheid een onwettig bevonden reglementair besluit spoedig in overeenstemming brengt met het geldende hogere recht”.¹³³¹

408. Tegenover de verplichting om de vastgestelde onwettigheid te herstellen, staat de vaststelling dat de rechterlijke uitspraak slechts *inter partes* geldt en dat de betrokken overheid mogelijkerwijze geen partij was in het geding. Aan dat euvel kan worden verholpen door een

seraient considérées par le Conseil d’Etat comme illégales; que l’article 159 de la Constitution, qui s’impose également au Conseil d’Etat, s’y oppose”.

¹³²⁹ RvS 8 juli 1982, nr. 22.446, Zoete, gedeeltelijk vernietigd (doch op een ander punt) door Cass. 23 maart 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 948, nr. 423, concl. E. KRINGS.

¹³³⁰ Zie bv. RvS, afd. wetgeving, advies 33.376/2 van 4 juni 2002 over een ontwerpbesluit van de Franse Gemeenschapsregering “modifiant l’arrêté du Gouvernement de la Communauté Française du 12 mai 1999 portant diverses mesures en matière d’allocations et prêts d’études”, vermeld in J. VAN NIEUWENHOVE, “Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State (2002)”, *TvW* 2003, 223.

¹³³¹ K. LEUS en B. MARTEL, “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie”, in *De wettigheidstoets*, 38.

vordering tot gedwongen tussenkomst van de betrokken overheid (*infra* nr. 414),¹³³² maar dan blijft nog de vraag: kan het bestuur de onwettigheid wegwerken?

Dat zal niet altijd mogelijk zijn. Soms kan de onwettige bestuurshandeling niet meer worden ingetrokken, gelet op de grenzen die de Raad van State aan die intrekking stelt (*supra* nr. 123) en zou met andere woorden het herstel van de wettigheid door het bestuur tot de nietigverklaring daarvan door de Raad van State kunnen leiden. In vele gevallen zal het ook gaan om een bestuurshandeling die het betrokken bestuur niet kan intrekken om de eenvoudige reden dat een ander bestuur die handeling heeft genomen, zodat zij wel verplicht is om die toe te passen, ook nadat die door de rechter onwettig is verklaard. In een vorig hoofdstuk werd voor dat probleem reeds een proeve van oplossing voorgesteld (*supra* nr. 253).

Afdeling 6 – Mag de rechter zich in de plaats van het bestuur stellen ?

409. Men is het erover eens – althans in theorie – dat de toetsing van de rechter zich tot de (interne en externe) wettigheid van de bestuurshandeling dient te beperken. Bij die beoordeling mag de rechter zich niet begeven op het terrein van de opportuniteit, de doeltreffendheid of de politieke besluitvorming “omdat dat erop zou neerkomen hem een bevoegdheid toe te kennen die onverenigbaar is met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen de administratie en de rechtscolleges”.¹³³³ In een vorig hoofdstuk is reeds gebleken dat het in vele gevallen niet zo duidelijk is waar, op het inhoudelijke vlak, de grens van de rechterlijke macht zich bevindt (*supra* nrs. 361-368). In deze afdeling wordt dezelfde grens vanuit een andere, meer procedurele invalshoek bekeken.

§ 1. Van loutere “exceptie” naar rechtstreekse “vordering”

410. De begrippen “exceptie” en “vordering” zijn in de titel van deze paragraaf bewust tussen aanhalingstekens geplaatst. Bevat artikel 159 van de Grondwet geen echte exceptie, in de procesrechtelijke betekenis van het woord (*supra* nr. 2), nog minder verleent zij de rechtzoekende een rechtsingang of een vorderingsrecht.¹³³⁴ Het Hof van Justitie drukt dat

¹³³² Hetgeen bijvoorbeeld het geval was in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het hoger aangehaalde arrest van het Hof van Cassatie van 23 oktober 2006 (*supra* vn. 645). De Roy merkt in dat verband wel het volgende op: “Sur un appel en intervention forcée dirigé par le c.p.a.s., le ministre de l’Intérieur pourrait certes être condamné à assumer les conséquences financières de l’adoption d’un acte illégal, il ne serait pas, pour autant, tenu de procéder à un nouvel examen de la demande de régularisation, dès lors que – par hypothèse – son précédent refus n’a pas été annulé”, D. DE ROY, “L’exception d’illégalité instituée par l’article 159 de la Constitution: de la vision d’apocalypse à la juste mesure”, noot onder Cass. 16 juni 2006, C.05.0287.F, *RCJB* 2009, 33.

¹³³³ GwH 28 maart 2002, nr. 57/2002, B.12.2; GwH 15 oktober 2002, nr. 152/2002, B.12.2; GwH 14 januari 2003, nr. 4/2003, B.5.2; GwH 1 maart 2005, nr. 46/2005, B.18.2. Zie ook reeds GwH 7 juni 2001, nr. 78/2001, B.7.

¹³³⁴ Hoewel soms nog die (verkeerde) indruk wordt gewekt, zie bv. J. DE STAERCKE en J. GHYSELS, “Artikel 159 van de Grondwet als directe vordering”, in *De wettigheidstoets*, 85-92, die artikel 159 van de Grondwet beschouwen “als zelfstandige grondslag van de vordering tot onwettigverklaring”, alsook Antwerpen 3 januari 2006, *TROS* 2007, 46, noot D. VANHEUVEN en J. VANPRAET: “Artikel 159 van de Grondwet geeft de mogelijkheid voor de burger om de exceptie van onwettigheid in te roepen, maar tevens verschaft het de bevoegdheid aan de gewone rechtbanken om kennis te nemen van vorderingen die een rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden tot voorwerp hebben”.

principiële uitgangspunt treffend uit, met betrekking tot de soortgelijke exceptie van onwettigheid die in artikel 277 van het VWEU is vervat (*supra* nr. 19), wanneer het stelt dat de door die bepaling geboden mogelijkheid om de niet-toepasselijkheid van een verordening in te roepen “geen autonoom vorderingsrecht is en slechts bij wege van incident voor het Hof zelf kan worden aangewend in een krachtens een andere verdragsbepaling aanhangig gemaakte procedure”.¹³³⁵

Hetzelfde kan worden gezegd, maar dan met de woorden van het Hof van Cassatie, van artikel 159 van de Grondwet: “Deze wettelijke bepaling dringt zich enkel op aan de rechter die rechtsmacht heeft of bevoegd is om kennis te nemen van het bij hem aanhangig gemaakte geschil”. Wanneer blijkt, zoals in de zaak waarin het Hof tot die uitspraak kwam, dat de vrederechter, krachtens de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek, in een bepaald geval niet bevoegd is om tot de ontzegeling over te gaan, dan kan hij uit artikel 159 van de Grondwet evenmin de bevoegdheid putten om alsnog tot de ontzegeling over te gaan.¹³³⁶

Nog beknopter uitgedrukt, met de woorden van Déom dit keer: “Il reste que l’article 159 ne consacre aucun ‘droit à la légalité’ qui serait susceptible de fournir le fondement direct d’une action”.¹³³⁷

411. Dat gezegd zijnde, kan niet aan de vaststelling worden voorbijgegaan dat de inzetbaarheid van artikel 159 van de Grondwet een grondige evolutie heeft ondergaan en dat de rechtspraak ter zake een lange weg heeft afgelegd.¹³³⁸ Aanvankelijk vatten de rechtbanken de uitoefening van het bij artikel 159 van de Grondwet opgedragen wettigheidstoezicht in enge zin op – passieve onthouding van medewerking aan de toepassing van een onwettig besluit – en stonden zij afwijzend tegen elk actief ingrijpen op het overheidsbeleid. Deze opvatting had tot gevolg dat eenzijdige bestuurshandelingen niet bij wijze van rechtstreekse vordering voor de burgerlijke rechter konden worden bestreden, vermits hem de bevoegdheid werd ontzegd aan de overheid bevelen te geven.¹³³⁹ De eis die er louter op gericht was de onregelmatigheid van een akte te doen vaststellen was onontvankelijk.¹³⁴⁰ Slechts bij wijze van verweer kon de onwettigheid worden aangevoerd. Artikel 159 van de Grondwet ontleende aan deze enge interpretatie haar benaming als “exceptie” van onwettigheid.¹³⁴¹

De grondslag voor die “klassieke” interpretatie van artikel 159 van de Grondwet werd gelegd in een arrest van 26 april 1834, waarin het Hof van beroep te Brussel zich moest uitspreken over

¹³³⁵ HvJ 15 april 2001, Nachi Europe, C-239/99, punt 33.

¹³³⁶ Cass. 2 februari 2006, C.04.0495.N, *Arr.Cass.* 2006, 255, nr. 67.

¹³³⁷ D. DÉOM, “Le refus d’application”, in *L’article 159 de la Constitution*, 157.

¹³³⁸ Zie o.a. A. ALÉN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, deel 2, Mechelen, Kluwer, 2004, 583-585; A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 873-880.

¹³³⁹ L.P. SUETENS, “De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter”, in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, deel III, Brussel, Bruylant, 1973, 679. Zie ook J. DELVA, “Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscolleges”, *TPR* 1967, 385.

¹³⁴⁰ F.E. DE VISSCHERE, “Gaaf de burgerlijke rechtspraak naar een ruimere interpretatie van artikel 107 van de Grondwet?”, *TBP* 1960, 319.

¹³⁴¹ Bovendien niet een exceptie in procesrechtelijke zin, maar een verweermiddel ten gronde (*supra* nr. 2).

de vraag of de voorzitter van de rechtbank, in kort geding, de uitvoering mag schorsen van een door de minister van Justitie genomen beslissing tot uitwijzing van een vreemdeling.

Een rechter in kort geding had de schorsing van een dergelijke beslissing bevolen. Hij beschouwde dat als zijn grondwettelijke taak en daarvoor verwees hij naar de historische oorsprong van artikel 159 van de Grondwet, dat als een reactie tegen het Franse en Nederlandse systeem van *administration-juge* in de Belgische Grondwet werd opgenomen (*supra* nr. 163) en waarmee de grondwetgever de uitvoerende macht heeft verboden in strijd met de wet te handelen en de hoven en rechtbanken heeft verboden die handelingen van de uitvoerende macht toe te passen wanneer zij toch in strijd met de wet zouden blijken te zijn.¹³⁴²

Het Hof van beroep van zijn kant oordeelde dat, indien de rechters “*prétendaient arrêter ou suspendre l’exécution des actes du pouvoir exécutif, ils entreraient dans le domaine d’un pouvoir entièrement indépendant de l’autorité judiciaire, établiraient leur suprématie sur les actes du pouvoir exécutif, et feraient naître des conflits dont l’anarchie ne tarderait pas à être le résultat*”.¹³⁴³

412. Pas in de loop van de twintigste eeuw,¹³⁴⁴ maar vooral in de tweede helft daarvan heeft zich een kentering in de rechtspraak afgetekend, die wijst op een grondige evolutie ten aanzien van de interpretatie van het beginsel van de scheiding der machten.¹³⁴⁵ In een eerste fase achtte de rechter in kort geding zich enkel bevoegd als de bestreden overheidsdaad een *voie de fait* of een administratieve feitelijkheid vormde, zijnde een zeer ernstige inbreuk door de administratieve overheid op iemands rechten of vrijheden.¹³⁴⁶ In dat geval vermocht de rechter de onwettige aantasting van het recht te doen ophouden.¹³⁴⁷

In een arrest van 26 juni 1980 stelde het Hof van Cassatie “dat de hoven en rechtbanken zich niet mengen in de uitoefening van de bij de wet aan de administratieve overheid voorbehouden machten wanneer ze om de benadeelde partij volledig in haar rechten te herstellen, de herstelling *in natura* van de schade bevelen en aan de overheid maatregelen opleggen om een einde te maken aan de schadeverwekkende onwettelijkheid”.¹³⁴⁸

¹³⁴² Rb. Antwerpen (kort geding) 20 april 1834, *Pas.* 1834, II, 102.

¹³⁴³ Brussel 26 april 1834, *Pas.* 1834, II, 108. Zie over dat arrest ook A. ALEN, “De raadsels van artikel 107 van de Belgische Grondwet”, *RW* 1983-84, 1732-1733.

¹³⁴⁴ Meer bepaald vanaf het Flandria-arrest, *supra* nr. 196.

¹³⁴⁵ A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 874.

¹³⁴⁶ A. ALEN, *Handboek*, 718. Zie ook S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 119-121. Over de verschillende draagwijdte van de *voie de fait* in het Franse en in het Belgische recht, zie in het bijzonder M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l’exécution d’office*, Brugge, la Charte, 2001, 338-345.

¹³⁴⁷ Zie hierover o.a. F.E. DE VISSCHERE, “Gaaf de burgerlijke rechtspraak naar een ruimere interpretatie van artikel 107 van de Grondwet?”, *TBP* 1960, 319-325.

¹³⁴⁸ Cass. 26 juni 1980, *Pas.* 1980, I, 1341, met concl. J. VELU, en *RW* 1980-81, 1661, commentaar F. DE VISSCHER, *JT* 1981, 682-684, noot D. DÉOM, *APT* 1980-81, 127-131, noot F. DELPÉRIÉE, *RCJB* 1983, 173-199. Zie ook H. BOCKEN, “Herstel in natura en gerechtelijk bevel of verbod. (Nog) enkele bedenkingen bij het cassatie-arrest van 26 juni 1980”, in *Liber Amicorum J. Ronse*, Gent, Story-Scientia, 1986, 493-511.

Met deze en latere rechtspraak¹³⁴⁹ is het twijfelachtige onderscheid van de al dan niet grove onwettigheid verlaten zodat voortaan elke onwettigheid van de overheid kan worden gesanctioneerd, zulks door de rechterlijke macht in het algemeen en door de rechter in kort geding in het bijzonder. In een arrest van 21 oktober 1982 erkende het Hof van Cassatie uitdrukkelijk de bevoegdheid van de rechter in kort geding om ten aanzien van het bestuur, dat zich aan een foutieve aantasting van een subjectief recht schuldig heeft gemaakt, bij voorraad de nodige maatregelen ter bescherming van de rechten van de particulieren te nemen.¹³⁵⁰

De rechter in kort geding kan op die manier een belangrijke rol spelen in de rechtsbescherming tegen de overheid.¹³⁵¹ Het gewone rechterlijke optreden komt immers vaak te laat om herstel *in natura* te kunnen verlenen. Het nemen van voorlopige maatregelen laat de rechter in kort geding toe de omstandigheden te organiseren die het de rechter ten gronde mogelijk moeten maken de schade nog te herstellen of te voorkomen in plaats van te vergoeden.¹³⁵² Zoals reeds werd opgemerkt, behoort het doen ophouden of voorkomen van onwettige handelingen immers tot de essentie van de bevoegdheden van de rechtbanken (*supra* nr. 266).¹³⁵³

In beginsel heeft elkeen recht op herstel *in natura* van zijn geschonden rechten. Dergelijk herstel kan worden geboden door een injunctie, maar ook door de vernietiging, de substitutie of de reformatie van een onwettige handeling. Slechts in de mate dat dergelijke maatregelen geen volledig rechtsherstel (kunnen) verwezenlijken¹³⁵⁴ of onevenredige gevolgen zouden sorteren,¹³⁵⁵ kan het herstel de vorm aannemen van een vervangende schadevergoeding.

§ 2. De grenzen van het rechterlijk optreden

413. Zowel de rechter ten gronde als de rechter in kort geding zijn aan dezelfde grenzen gebonden inzake het bestrijden van onrechtmatig overheidshandelen. De rechter kan verbodsen zelfs gebodsmaatregelen opleggen,¹³⁵⁶ doch enkel wanneer hij in redelijkheid tot de conclusie

¹³⁴⁹ Cass. 21 mei 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1097, nr. 545; Cass. 21 oktober 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 277, nr. 127; Cass. 21 maart 1985, *Pas.* 1985, I, 908, *JT* 1985, 697, telkens met concl. J. VELU, *Arr.Cass.* 1984-85, 1008, nr. 445; Cass. 20 september 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 63, nr. 33, *RCJB* 1993, 618, noot J. VERHOEVEN; Cass. 27 november 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1361, nr. 758, *R.Cass.* 1993, 52, noot M. BOES.

¹³⁵⁰ Cass. 21 oktober 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 277, nr. 127.

¹³⁵¹ Waaraan overigens geen afbreuk is gedaan door de aan de Raad van State in het kader van het administratieve kort geding verleende bevoegdheid om de schorsing te bevelen van een akte of een reglement van een bestuurlijke overheid, Cass. 15 oktober 1993, C.93.0045.N, *Arr.Cass.* 1993, 841, nr. 411, concl. D'HOORE; Cass. 5 mei 2000, C.99.0013.N, *Arr.Cass.* 2000, 853, nr. 275, concl. BRESSELEERS. Zie P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 572-579. Zie ook *infra* nr. 554.

¹³⁵² D. LINDEMANS, "Het kort geding tegen de overheid", *RW* 1983-84, 209.

¹³⁵³ GwH 28 oktober 2004, nr. 168/2004, B.5.3.

¹³⁵⁴ S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2002, 354.

¹³⁵⁵ Bv. GwH 17 juni 1993, nr. 47/93, B.8 (*supra* nr. 273); Cass. 26 juni 1980 (*supra* vn. 1348): "dat hij die ten gevolge van een onrechtmatige daad schade lijdt, gerechtigd is herstel *in natura* te eisen, indien zulks mogelijk is en geen rechtsmisbruik uitmaakt".

¹³⁵⁶ Voor voorbeelden, zie D. LINDEMANS, "Het kort geding tegen de overheid", *RW* 1983-84, 217-218; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 366-369; J. DE STAERCKE en J. GHYSELS, "Artikel 159 van de Grondwet als directe vordering", in *De wettigheidstoets*, 127; Rb. Gent 18 mei 2009, *NjW* 2010, 69, noot L. LAVRYSEN.

komt dat het bestuur niet heeft gehandeld binnen de grenzen waarin het moet optreden.¹³⁵⁷ De rechter mag immers geen beleidskeuze doen die aan een discretionaire overheid toekomt.¹³⁵⁸ Hij is bevoegd om een door het bestuur bij de uitoefening van zijn niet-gebonden bevoegdheid begane onrechtmatige aantasting van een subjectief recht zowel te voorkomen als te vergoeden, maar vermag daarbij aan het bestuur zijn beleidsvrijheid niet te ontnemen en vermag zich niet in de plaats van het bestuur te stellen. De rechter in kort geding mag dit evenmin doen (*supra* nr. 360).¹³⁵⁹

414. Enkele voorbeelden uit de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie verschaffen in dat verband meer duidelijkheid.

Zo houdt artikel 159 van de Grondwet naar luid van een arrest van 27 juni 2002 niet in dat, wanneer de Koning verplicht is een verordenende bevoegdheid uit te oefenen door de regels vast te stellen volgens welke eerherstel wordt verleend maar deze bevoegdheid niet uitoefent, de tuchtoverheid zelf bevoegd zou worden eerherstel te verlenen.¹³⁶⁰ Met de woorden van Judo: artikel 159 van de Grondwet kan geen aanleiding geven tot enige bevoegdheidsovergang. Er bestaat geen bevoegdheidsverdelende equivalent van “opgestaan is plaats vergaan”.¹³⁶¹

Uit een arrest van 17 maart 2003 blijkt dat, wanneer de Koning het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel schendt door vrijstellingen toe te kennen van de verplichting om een loonmatigingsbijdrage te betalen, de exceptie van onwettigheid niet tot gevolg heeft dat de rechter zelf bevoegd wordt het voordeel van de vrijstelling te verlenen aan een categorie van personen aan wie de Koning geen vrijstelling heeft toegekend. De niet-toepassing van een koninklijk besluit op grond van artikel 159 van de Grondwet brengt slechts mee dat het voor de betrokkenen geen rechten noch verplichtingen oplevert.¹³⁶² De niet-toepassing van het betrokken koninklijk besluit had *in casu* niet tot gevolg dat de bijdrage zelf kwam te vervallen aangezien die verschuldigd was op grond van een wettelijke bepaling. Wanneer de bijdrage en de vrijstelling in dezelfde verordening zijn opgenomen, kan de oplossing zoals hoger is gebleken (*supra* nr. 401) erin bestaan de bepalingen als een geheel te beschouwen en niet alleen de vrijstelling maar de gehele regeling buiten toepassing te laten.¹³⁶³

¹³⁵⁷ Cass. 4 maart 2004, C.03.0346.N en C.03.0448.N, *Arr.Cass.* 2004, 392, nr. 124, *TMR* 2004, 435, noot V. STAELENS, *NjW* 2004, 983, noot V. STAELENS, *RABG* 2004, 589, concl. G. DUBRULLE en noot R. VERBEKE. In dezelfde zin: Cass. 1 oktober 2007, C.06.0682.N; Cass. 3 januari 2008, C.06.0322.N, *Arr.Cass.* 2008, 10, nr. 4.

¹³⁵⁸ Zie hierover B. JADOT, “Les pouvoirs du juge judiciaire à l’égard de l’administration: le pouvoir d’injonction et la réparation en nature”, in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 441-456. Voor enkele voorbeelden, zie Brussel 24 november 1992, *FJF* 1994, 155; Luik 1 oktober 1993, *JT* 1994, 435.

¹³⁵⁹ Cass. 4 maart 2004 (*supra* vn. 1357). In dezelfde zin: Cass. 3 januari 2008 (*supra* vn. 1357).

¹³⁶⁰ Cass. 27 juni 2002, C.99.0553.N, *Arr.Cass.* 2002, 1643, nr. 390, *NjW* 2002, 95, noot.

¹³⁶¹ F. JUDO, “Rechter kan nalatige overheid niet onbeperkt afstraffen”, *Juristenkrant* nr. 56, 23 oktober 2002, 5.

¹³⁶² Cass. 17 maart 2003, S.02.0022.N, *Arr.Cass.* 2003, 642, nr. 171, *NjW* 2003, 521, noot; Cass. 15 december 2003, S.03.0065.N, *RABG* 2004, 845, noot V. DOOMS, *RW* 2004-2005, 979, noot P. POPELIER.

¹³⁶³ De wettelijke bepaling waarvan het koninklijk besluit de uitvoering is, kan de rechter enkel buiten toepassing laten nadat hij daarover aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag heeft gesteld en het Hof in zijn antwoord daarop een discriminatie heeft vastgesteld (*supra* nr. 283).

Een kritische stem stelt vast dat de personen aan wie de Koning geen vrijstelling heeft toegekend “weliswaar in het gelijk worden gesteld vanuit het principe van ongelijkheid in de betrokken regelgeving, doch anderzijds in de kou blijven staan en de gevorderde bijdragen zonder meer dienen te betalen”.¹³⁶⁴ Interessant in dat verband is echter dat de appelrechter op een alternatief had gewezen, meer bepaald de mogelijkheid om “voor de rechter rechtstreeks de herstelling van de schade in natura te vragen of om maatregelen te vorderen om een einde te maken aan de schadeverwekkende onwettelijkheid”, maar hij moest vaststellen dat de in het geding betrokken overheid niet de overheid was die aansprakelijk kon worden gesteld voor een schadeverwekkende onwettelijkheid of voor het ontbreken van een wettelijke regeling.¹³⁶⁵ Een eis tot tussenkomst en vrijwaring gericht tegen de Belgische Staat¹³⁶⁶ en gesteund op artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek had hier allicht uitkomst kunnen bieden.¹³⁶⁷

415. In het zogenaamde *Grenslandhallenarrest* van 31 mei 2001 diende het Hof van Cassatie zich uit te spreken over een rechterlijke beslissing waarin een bevel werd opgelegd omdat de bevoegde overheid haar discretionaire bevoegdheid op onwettige wijze had uitgeoefend. Meer bepaald had de burgemeester van Hasselt nagelaten op te treden tegen de organisatoren van onvergunde megafuiven in de Grenslandhallen. Nochtans kon hij op basis van artikel 65, § 1, van Vlarem I (Vlaams Reglement betreffende de Milieuvergunning)¹³⁶⁸ de stopzetting bevelen van activiteiten die zonder milieuvergunning worden geëxploiteerd en de onmiddellijke sluiting opleggen. Het niet-optreden van de burgemeester werd door de appelrechters als een fout beschouwd. Door zijn inactiviteit zou de burgemeester meer bepaald de door het voormelde artikel verleende bevoegdheid van haar doel hebben afgewend, namelijk de vrijwaring van het milieu en het voorkomen van geluidsoverlast. Het arrest dat de burgemeester het bevel oplegde om elke onvergunde megafuif of soortgelijk dansfeest mondeling en ter plaatse te doen

¹³⁶⁴ V. DOOMS, “De (beperkte) bevoegdheid van de rechterlijke macht bij toetsing van de wettigheid van een koninklijk besluit”, noot onder Cass. 15 december 2003, *RABG* 2004, 851.

¹³⁶⁵ Arbh. Gent 14 mei 1999, aangehaald in Cass. 17 maart 2003, S.02.0022.N, *Arr.Cass.* 2003, 642, nr. 171 en in E. BREWAEYS, “Toepassing van artikel 159 van de Grondwet in het sociaizekerheidsrecht”, in *Liber amicorum M. Stroobant*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 67-68.

¹³⁶⁶ Tussenkomst is een rechtspleging waarbij een derde persoon partij wordt in het geding. Zij strekt ertoe, hetzij de belangen van de tussenkommende partij of van een der partijen in het geding te beschermen, hetzij een veroordeling te doen uitspreken of vrijwaring te doen bevelen (artikel 15 van het Gerechtelijk Wetboek). De hoven en rechtbanken kunnen niet ambtshalve bevelen dat een derde in het geding wordt betrokken (artikel 811 van het Gerechtelijk Wetboek). Over de eis tot tussenkomst (*demande en intervention*), zie o.a. S. MOSSELMANS, “Art. 15”, in *Commentaar gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbl. Een bijzondere vordering tot gedwongen tussenkomst betreft de eis in gemeenverklaring of eis tot bindendverklaring van het te wijzen vonnis (*appel en déclaration de jugement commun*). Dit is een gedwongen tussenkomst met een louter bewarend karakter, die geen veroordeling van de derde partij beoogt maar die enkel ertoe strekt te vermijden dat de derde naderhand derdenverzet zou instellen tegen het vonnis (J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 155 en 504-505) of zich in een volgend geschil waarbij hij tegenover de eiser zou staan, zich zou beroepen op de relativiteit van het gezag van gewijsde wat dat vonnis betreft (GwH 18 april 2001, nr. 47/2001, B.3). De eis tot bindendverklaring is niet uitdrukkelijk geregeld in het Gerechtelijk Wetboek, maar zij is impliciet vervat in artikel 15 van dat Wetboek (S. MOSSELMANS, “Art. 16”, in *Commentaar gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbl., 20). In strafzaken wordt de toepasselijkheid van de gemeenrechtelijke regeling inzake de tussenkomst niet erkend (K. LEUS en B. MARTEL, “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie”, in *De wettigheidstoets*, 68).

¹³⁶⁷ V. DOOMS, “De (beperkte) bevoegdheid van de rechterlijke macht bij toetsing van de wettigheid van een koninklijk besluit”, noot onder Cass. 15 december 2003, *RABG* 2004, 851.

¹³⁶⁸ Besluit van de Vlaamse Regering van 6 februari 1991.

stopzetten en daartoe desnoods de sluiting van de Grenslandhallen op te leggen, schendt naar het oordeel van het Hof van Cassatie niet de scheiding der machten.¹³⁶⁹

Een aantal auteurs is van mening dat het Hof van Cassatie met het laatstvermelde arrest de omvang van het rechterlijk toezicht op discretionaire handelingen van het bestuur (te) zeer heeft uitgebreid.¹³⁷⁰ Sommigen gewagen zelfs van een “lapsus” van het Hof van Cassatie.¹³⁷¹ Volgens anderen heeft het Hof van Cassatie de rechter niet toegelaten om zich in de plaats van het bestuur te stellen en wijkt het arrest niet af van de vaste rechtspraak. Indien de overheid op onwettige wijze gebruikt maakt van haar discretionaire bevoegdheid en de rechter van oordeel is dat in de concrete omstandigheden slechts een andere welbepaalde aanwending van die bevoegdheid de wettigheidstoets kan doorstaan, dan kan de rechter die welbepaalde aanwending opleggen. Wanneer de stopzetting en sluiting naar het oordeel van de rechter de enige alternatieve wettige maatregel is, dan kan hij die maatregel bevelen.¹³⁷²

416. De pennenstrijd waartoe het voormelde arrest aanleiding heeft gegeven, had allerm minst als inzet om de rechterlijke controle te zien uitbreiden, maar veeleer om haar terug te brengen tot het terrein waar zij thuishoort, dat van de wettigheid, en dus weg van het terrein waar zij niet thuishoort, dat van de opportuniteit. Dat het Hof van Cassatie het ook zo bedoelde, mag dan niet met zoveel woorden uit het arrest zijn af te leiden, de latere rechtspraak scheidt wel klaarheid op dat punt.

Met name in een arrest van 12 december 2003 zet het Hof van Cassatie de volgende principes uiteen:

“Overwegende dat artikel 584, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, in de gevallen die hij spoedeisend acht, bij voorraad uitspraak doet in alle zaken, behalve die welke de wet aan de rechterlijke macht onttrekt;

Overwegende dat de rechterlijke macht bevoegd is om de ogenschijnlijk onrechtmatige aantasting van subjectieve rechten door de administratie te voorkomen, zowel tijdens de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid, als om een einde eraan te maken; dat hij evenwel de administratie haar beoordelingsvrijheid niet mag ontnemen en zich evenmin in haar plaats mag stellen; dat die zelfde beperking ook geldt voor de rechter in kort geding;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de exploitatievergunning die door de bevoegde bestendige deputatie aan verweerster was afgeleverd, nietig verklaard was door de Raad van

¹³⁶⁹ Cass. 31 mei 2001, C.98.0198.N, *Arr.Cass.* 2001, 1039, nr. 323, *RW* 2003-04, 656, noot A. CARETTE. Zie ook G. VAN HAEGHENBORGH, “Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof. Bedenkingen vanuit Europees perspectief”, in *De wettigheidstoets*, 296-297.

¹³⁷⁰ M. BOES, “Het noordrandarrest: een pyrrhusoverwinning voor de overheid?”, *Bb&b* 2004, 141-142; J. BOUCKAERT en T. GERNAEY, “De rol van de burgemeester bij het nemen van dwangmaatregelen met het oog op de bescherming van het leefmilieu”, *TGem.* 2008, 112. Zie ook (instemmend) M. BOES, “Administratieve sancties”, in *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, 221-223.

¹³⁷¹ J. DE STAERCKE en J. GHYSELS, “Artikel 159 van de Grondwet als directe vordering”, in *De wettigheidstoets*, 105.

¹³⁷² A. CARETTE, “Over het begrip ‘exploitant’ in het Milieuvergunningsdecreet en de kwestie of de burgemeester kan of moet optreden bij exploitatie zonder vergunning”, noot onder Cass. 31 mei 2001, C.98.0198.N, *RW* 2003-04, 659-660; G. VAN HAEGHENBORGH, “Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof. Bedenkingen vanuit Europees perspectief”, in *De wettigheidstoets*, 297.

State, dat verweerster dus geen enkele toestemming om te exploiteren bezat en dat de tot bindendverklaring van het arrest opgeroepen partij verweersters bedrijf heeft laten verzegelen, en vervolgens erop wijst dat de ambtenaar van de tot bindendverklaring van het arrest opgeroepen partij de mogelijkheid maar niet de verplichting had een dergelijke maatregel te nemen en, in dat verband, een discretionaire macht bezat;

Dat het evenwel, gelet op de bijzondere kenmerken van de zaak, de ontzegeling beveelt en zegt dat verweerster haar activiteiten mag voortzetten;

Overwegende dat het arrest in geen enkele redengeving erop wijst dat de administratieve overheid in de uitoefening van haar discretionaire macht een fout of machtsoverschrijding heeft of zou hebben begaan, maar zijn beoordeling van de opportuniteit in de plaats van die van de administratieve overheid stelt;

Dat het arrest aldus artikel 584, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek schendt en het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten miskent;¹³⁷³

417. Dat de rechter zich niet zelf op het terrein van de opportuniteit mag begeven, betekent dus niet dat hij de overheid niet zou mogen beoordelen wanneer die zich op dat terrein bevindt. Het bestuur kan immers ook in de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid onwettigheden begaan. Bijgevolg kan de rechter de bestuurlijke overheid bevelen geven, ook al heeft die overheid in het kader van haar discretionaire bevoegdheid gehandeld. In een arrest van 24 november 2005 heeft het Hof van Cassatie dat overigens in ondubbelzinnige bewoordingen bevestigd:

“Overwegende dat de administratieve overheid die op grond van haar discretionaire bevoegdheid een beslissing neemt, over een beoordelingsvrijheid beschikt die haar de mogelijkheid biedt zelf te oordelen over de wijze waarop zij haar bevoegdheid uitoefent en de haar meest geschikt lijkende oplossing te kiezen binnen de door de wet gestelde grenzen;

Dat de Rechterlijke Macht bevoegd is om een door het bestuur bij de uitoefening van die discretionaire bevoegdheid begane onrechtmatig geachte aantasting van een subjectief recht zowel te voorkomen als te vergoeden;

Dat die bevoegdheid binnen de door de wet gestelde grenzen ook toekomt aan de rechter in kort geding;

Overwegende dat de appèlrechter ervan uitgaat dat alleen maatregelen waartoe de overheid volstrekt gebonden is, aanleiding kunnen zijn tot een maatregel in kort geding;

Dat het arrest aldus artikel 144 van de Grondwet schendt”.¹³⁷⁴

418. Maar het optreden van de rechter, ook al heeft het bestuur in het kader van zijn discretionaire bevoegdheid gehandeld, mag niet zélf neerkomen op de uitoefening van die discretionaire bevoegdheid.

Die grens van het rechterlijk wettigheidstoezicht heeft het Hof van Cassatie de laatste jaren enkele keren uiteengezet in de reeds vermelde geschillen inzake nachtvluchten (*supra* nr. 365).

¹³⁷³ Cass. 12 december 2003, C.00.0578.F, *Arr.Cass.* 2003, 2287, nr. 642, *CDPK* 2005, 370, noot F. VAN NUFFEL.

¹³⁷⁴ Cass. 24 november 2005, C.04.0317.N, *Arr.Cass.* 2005, 2353, nr. 625.

De kort gedingrechter, zo blijkt daaruit, mag bij de voorlopige beoordeling van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden niet een criterium uitsluiten dat aan die overheidsbeslissing ten grondslag ligt, zonder te beslissen dat *prima facie* dat criterium niet rechtmatig was aangewend. Hij mag evenmin andere criteria in de plaats stellen die tot een andere beslissing leiden. De appelrechters hadden vastgesteld dat de beleidskeuze van het bestuur ertoe strekte de onvermijdelijke geluidsoverlast van de nationale luchthaven zoveel mogelijk te laten ondergaan door het geringst aantal bewoners in een bepaald gebied dat voor geconcentreerde overvlieging wordt gekozen. Zij sloten niet uit dat het rechtmatig kan zijn de geluidsoverlast te beperken tot een zo klein mogelijk aantal inwoners. Doordat zij echter de graad van blootstelling als criterium in de plaats stelden en maximaal gespreide uitwaaiingstrajecten oplegden, schonden de appelrechters naar het oordeel van het Hof van Cassatie het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten.¹³⁷⁵

419. De rechter mag dus niet, zoals men het in Nederland uitdrukt (*supra* nr. 184),¹³⁷⁶ “op de stoel” van het bestuur gaan zitten, dat is de uiteindelijke grens van het rechterlijk optreden. Toch passen bij deze vuistregel opnieuw twee bedenkingen, of liever nuanceringen. Een eerste houdt verband met recente rechtspraak van het Hof van Cassatie. Die komt in de volgende paragraaf aan bod (§ 3).

Een tweede nuancering doet zich voor op het vlak van de administratieve geldboeten en vloeit rechtstreeks voort uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof daaromtrent, die in een later hoofdstuk aan bod komt (*infra* hoofdstuk IX). In dat hoofdstuk wordt meer bepaald de draagwijdte van het begrip “volle rechtsmacht” onderzocht, alsook het spanningsveld tussen artikel 6.1 van het EVRM en artikel 159 van de Grondwet op dat punt. Uit dat onderzoek zal blijken dat de rechter zich in bepaalde gevallen op het domein van de opportuniteit moet kunnen begeven, zij het niet op grond van artikel 6.1 van het EVRM maar op grond van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (*infra* nr. 546).

§ 3. Het opvullen van leemten in de regelgeving

420. Wanneer de overheid over een discretionaire bevoegdheid beschikt om al dan niet op te treden, kan de rechter geen bevel opleggen, zo is uit de voorgaande paragrafen gebleken. Wanneer de overheid verplicht is een beslissing te nemen maar deze min of meer vrij kan invullen, kan de rechter enkel bevelen een beslissing te nemen, maar niet deze of gene beslissing. Rekening houdend met die uitgangspunten, werd rechtsherstel door uitbreiding van

¹³⁷⁵ Cass. 4 maart 2004 (*supra* vn. 1357). In dezelfde zin: Cass. 3 januari 2008 (*supra* vn. 1357) en RvS 17 november 2008, nr. 187.998, Coomans e.a. Over het arrest van 4 maart 2004 zie ook M. BOES, “Het noordrandarrest: een pyrrhusoverwinning voor de overheid?”, *Bb&b* 2004, 137-144.

¹³⁷⁶ Al is die uitdrukking ook in ons land reeds enige tijd in gebruik, bv. J. MERTENS DE WILMARS, “De rechter en het economisch recht”, *RW* 1976-77, 269-270: “Bij de uitoefening van dit legaliteitstoezicht zal de rechter er zich echter, zoals in het verleden, voor moeten hoeden, dat hij niet op de stoel van het bestuur gaat zitten. Zijn controle is een legaliteitscontrole en geen beleidstoezicht.”

de normatieve draagwijdte van de regel lange tijd afgewezen. Pas sedert enkele jaren is op dat punt een kentering waarneembaar in de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges.¹³⁷⁷

421. Uit een arrest van het Hof van Cassatie van 14 oktober 2008 blijkt dat de rechter in bepaalde gevallen een leemte in de regelgeving moet opvullen. Het arrest betreft een leemte in de wetgeving, maar het lijkt ook te kunnen gelden voor een leemte in de lagere regelgeving:

“Wanneer het Grondwettelijk Hof vaststelt dat een wetsbepaling betreffende een strafvordering een leemte bevat waardoor de artikelen 10 en 11 van de Grondwet worden geschonden, moet de strafrechter zo mogelijk deze leemte opvullen.

Of de strafrechter een leemte in de wetsbepaling betreffende de strafvordering kan opvullen, hangt af van de leemte zelf. Indien de leemte van die aard is dat zij noodzakelijk vereist dat een volledig andere procesregeling wordt ingevoerd, dan kan de rechter zich daarvoor niet in de plaats van de wetgever stellen. Indien evenwel aan de ongrondwettigheid zonder meer een einde kan worden gesteld door de wetsbepaling aan te vullen dermate dat ze niet meer strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, kan en moet de rechter dit doen.”¹³⁷⁸

Dat arrest kwam er, na enige aarzeling,¹³⁷⁹ nadat het Grondwettelijk Hof in een arrest van 31 juli 2008 had bepaald wat er dient te gebeuren als het een ongrondwettigheid vaststelt als gevolg van een leemte in de wet (vgl. ook *supra* nrs. 399-401):

“Wat ten slotte de opmerking van de Ministerraad betreft volgens welke het Hof een leemte in de wetgeving kan vaststellen maar die niet kan opvullen, komt het, indien de leemte zich bevindt in de aan het Hof voorgelegde tekst, de verwijzende rechter toe een einde te maken aan de door het Hof vastgestelde ongrondwettigheid, wanneer die vaststelling is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen om toe te laten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (vgl. EHRM, 29 november 1991, *Vermeire t. België*, § 25).”¹³⁸⁰

¹³⁷⁷ S. SOTTIAUX, “Grondwetsconforme 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, 244.

¹³⁷⁸ Cass. 14 oktober 2008, P.08.1329.N, *Arr.Cass.* 2008, 2228, nr. 547, concl. M. TIMPERMAN, *JT* 2008, 755, noot B. DEJEMEPPE, *RW* 2008-09, noot P. POPELIER. Zie ook reeds Cass. 2 september 2008, P.08.1317.N, *Arr.Cass.* 2008, 1834, nr. 441; *Arbrb.* Brussel 6 februari 2006, *JLMB* 2006, noot B. RENAULD, die nog een stap verder gaat en van oordeel is dat de rechter de leemte ook moet opvullen wanneer die niet aan een bepaalde rechtsregel kan worden toegeschreven. Voor een bespreking van de vroegere rechtspraak van het Hof van Cassatie op dit punt, zie M. TRAEST, “Over het stilzwijgen van de wet en de verplichting voor het Hof van Cassatie om prejudiciële vragen te stellen aan het Grondwettelijk Hof”, *RW* 2008-09, 306-315.

¹³⁷⁹ Zie Cass. 12 augustus 2008, P.08.1065.N, *Arr.Cass.* 2008, 1800, nr. 430, met concl. A. HENKES, waarin het Hof van Cassatie nog van oordeel was, anders dan zijn advocaat-generaal, dat de betreffende leemte enkel door tussenkomst van de wetgever kan worden verholpen. Dat arrest van een vakantiekamer werd vervolgens *overruled* door het eveneens hoger vermeldde arrest van de tweede kamer van 2 september 2008 en werd vervolgens *overruled* door het eveneens hoger vermeldde arrest van de tweede kamer, in voltallige rechtszitting, van 14 oktober 2008. Het Hof sprak zich in andere strafzaken in dezelfde zin als in de laatstgenoemde rechtspraak uit: Cass. 28 oktober 2008, P.08.0706.N, *Arr.Cass.* 2008, 2385, nr. 487, concl. P. DUINSLAEGER; Cass. 22 december 2009, P.09.1256.N. Zie ook het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2008*, 82-85.

¹³⁸⁰ GwH 31 juli 2008, nr. 111/2008, B.10. Het Grondwettelijk Hof achtte het meer bepaald strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet dat artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering geen onmiddellijk cassatieberoep toelaat tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat overeenkomstig artikel 235ter van het Wetboek van Strafvordering controle uitoefent over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie. Om hieraan te verhelpen volstaat het volgens het Grondwettelijk Hof voor het Hof van Cassatie een onmiddellijk cassatieberoep toe te laten. In dezelfde zin m.b.t. dezelfde leemte: GwH 18 februari 2009, nr. 25/2009, B.10; GwH 11 maart 2009, nr. 45/2009, B.10. In soortgelijke zin

Het Grondwettelijk Hof heeft die rechtspraak later gepreciseerd in het licht van het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel (*supra* nr. 86):

“Daar de lacune is gesitueerd in de aan het Hof voorgelegde teksten en de vernietiging op voldoende nauwkeurige en volledige wijze is uitgedrukt, vloeit uit die vernietiging voort dat het, in afwachting van een wetgevend optreden, aan de rechters bij wie burgerlijke vorderingen met betrekking tot een discriminatie op grond van de syndicale overtuiging zijn ingediend, staat om de gedeeltelijk vernietigde bepalingen toe te passen met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Het wettigheidsbeginsel in strafzaken, volgens hetwelk niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt, verbiedt daarentegen de strafgerechten, bij ontstentenis van een wetwijziging, die door het Hof afgekeurde lacune inzake syndicale overtuiging op te vullen.”¹³⁸¹

Ook het Hof van Cassatie heeft zijn rechtspraak gepreciseerd, in een arrest van 3 november 2008, maar dan in de zin dat, indien de leemte van die aard is dat zij noodzakelijk vereist dat een andere regeling wordt ingevoerd, die een hernieuwde maatschappelijke afweging van belangen door de wetgever of een aanpassing van één of meer andere wettelijke bepalingen vereist, de rechter zich daarvoor niet in de plaats van de wetgever kan stellen.¹³⁸² Op die manier sluit deze nuancering dus nog vrij dicht aan bij het uitgangspunt dat de rechter niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten, zodanig dat men zich zelfs de vraag kan stellen of het wel om een nuancering gaat. Het gaat in wezen om een normale toepassing van het beginsel van de scheiding der machten.

422. Terwijl het Grondwettelijk Hof zich beperkt tot de vaststelling dat de leemte zich in de aan het Hof voorgelegde wettekst bevindt, hanteert het Hof van Cassatie dus een verfijnder criterium,¹³⁸³ dat meer in overeenstemming lijkt te zijn met het beginsel van de scheiding der machten maar dat onvermijdelijk vroeg of laat in een bepaald geval tot een andere conclusie zal leiden dan die van het Grondwettelijk Hof, waardoor de verwijzende rechter tussen hamer en aambeeld dreigt terecht te komen.

In zekere zin heeft dat geval zich reeds voorgedaan. In een arrest van 16 november 2004 antwoordde het Grondwettelijk Hof op een vraag van het Arbeidshof te Gent dat de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt “doordat zij niet van toepassing is op de onbezoldigde stagiairs die, tijdens het verrichten van de door hun studieprogramma voorgeschreven arbeid in een bedrijf, het slachtoffer zijn van een

m.b.t. andere leemten: GwH 4 maart 2009, nr. 37/2009, B.8; GwH 5 mei 2009, nr. 74/2009, B.5; GwH 12 november 2009, nr. 177/2009, B.7.2; GwH 26 november 2009, nr. 190/2009, B.8; GwH 25 februari 2010, nr. 18/2010, B.9; GwH 25 februari 2010, nr. 21/2010, B.7; GwH 1 juli 2010, nr. 79/2010, B.8.

¹³⁸¹ GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.8.17; GwH 16 juli 2009, nr. 122/2009, B.4.4; GwH 16 juli 2009, nr. 123/2009, B.4.4; GwH 22 april 2010, nr. 35/2010, B.4.4.

¹³⁸² Cass. 3 november 2008, S.07.0013.N, *Arr.Cass.* 2008, 2478, nr. 604, concl. R. MORTIER, *NjW* 2009, 360, noot I. BOONE. Zie ook Cass. 2 september 2009, P.09.0458.F, *JT* 2009, 709, concl. D. VANDERMEERSCH, waarin ook het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel als grens wordt getrokken voor het opvullen van een leemte door de rechter. Zie ook het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2009*, 74-75.

¹³⁸³ Anders: P. POPELIER, “Het Hof van Cassatie over lacunes in de wetgeving: toenadering tot het Grondwettelijk Hof”, noot onder Cass. 14 oktober 2008, *RW* 2008-09, 1188, die van oordeel is dat de voorwaarden die het Hof van Cassatie stelt overeenstemmen met die van het Grondwettelijk Hof.

arbeidsongeval". Het Grondwettelijk Hof had toen nog niet de hoger vermelde rechtspraak ontwikkeld waarin het de verwijzende rechter opdraagt de leemte zelf op te vullen, maar moest dat wel het geval zijn geweest, dan zou het wellicht hebben vastgesteld "dat de leemte zich bevindt in de aan het Hof voorgelegde tekst". Zo heeft ook de verwijzende rechter het in elk geval begrepen. Het Arbeidshof oordeelde dat het zich als verwijzende rechter, voor de oplossing van het voorliggend geschil, naar het arrest van het Grondwettelijk Hof moest voegen door de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 toe te passen op de onbezoldigde stagiair die verweerder op het ogenblik van het ongeval was.¹³⁸⁴

De betrokken verzekeringsmaatschappij stelde cassatieberoep in tegen de uitspraak van het Arbeidshof en in haar conclusie was advocaat-generaal Mortier van oordeel dat "de verwijzende rechter door zijn optreden het algemeen beginsel van de scheiding der machten heeft geschonden". Zij brengt de zaak in verband met enkele arresten waarin het Hof van Cassatie oordeelde dat de rechter een discriminatie niet kan verhelpen door de toepassing van de aangevochten norm uit te breiden tot de gediscrimineerde categorie (meer bepaald de arresten van 17 maart en 15 december 2003, *supra* nr. 414), maar ook met de rechtspraak van hetzelfde Hof over de temporele werking van een door het Grondwettelijk Hof vastgestelde ongrondwettigheid (met name het arrest van 20 december 2007, *supra* nr. 132):

"Het rechtmatig vertrouwen van de maatschappij in de wettelijke bepalingen en de dwingende redenen van rechtszekerheid, waarvan de eerbiediging door de rechter in het voormeld arrest van 20 december 2007 door uw Hof werd geboden, verzetten er zich m.i. tegen dat de rechter, in een individueel geval een wet toepast op een toestand of een categorie personen die er niet in voorzien is".¹³⁸⁵

Het Hof van Cassatie volgde zijn advocaat-generaal door, zoals hoger vermeld, zijn arrest van 14 oktober 2008 te preciseren (*supra* nr. 421) en door *in casu* vast te stellen dat de leemte in de Arbeidsongevallenwet die het Grondwettelijk Hof in zijn arrest van 16 november 2004 heeft vastgesteld, niet zonder meer kan worden opgevuld door die wet van toepassing te verklaren op de onbezoldigde stagiairs die, tijdens het verrichten van de door hun studieprogramma voorgeschreven arbeid in een bedrijf, het slachtoffer zijn van een arbeidsongeval:

"Het opvullen van die leemte vereist onder meer dat bepaald wordt wie voor de toepassing van de Arbeidsongevallenwet wordt beschouwd als de werkgever op wie de strafrechtelijk gesanctioneerde verplichting rust een arbeidsongevallenverzekering aan te gaan voor de bedoelde onbezoldigde stagiairs. De rechter kan dit niet in de plaats van de wetgever bepalen."¹³⁸⁶

423. Het is in alle opzichten een sprekend voorbeeld, omdat ook de regelgever de leemte inmiddels had opgevuld. Op grond van artikel 3, 1°, van de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 kan de Koning volgens de nadere regelen die hij bepaalt de toepassing van de wet uitbreiden tot andere categorieën van personen. Onder druk van het arrest van het

¹³⁸⁴ Arbh. Gent 30 maart 2006, vermeld in Cass. 3 november 2008, S.07.0013.N, *Arr.Cass.* 2008, 2478, nr. 604, concl. R. MORTIER.

¹³⁸⁵ R. MORTIER, concl. voor Cass. 3 november 2008, S.07.0013.N, *Arr.Cass.* 2008, 2478, nr. 604.

¹³⁸⁶ Cass. 3 november 2008, S.07.0013.N, *Arr.Cass.* 2008, 2478, nr. 604, concl. R. MORTIER.

Grondwettelijk Hof heeft een koninklijk besluit van 13 juni 2007 de onbezoldigde stagiairs opgenomen in het toepassingsgebied van de arbeidsongevallenwet. Dat koninklijk besluit strekte er niet louter toe de arbeidsongevallenwet uit te breiden tot deze nieuwe categorie van personen. Artikel 3, dat een nieuw artikel 1*bis* invoegt in het koninklijk besluit van 25 oktober 1971, voorziet voor de toepassing van de arbeidsongevallenwet ten aanzien van de onbezoldigde stagiairs in een aantal bijzondere regels, onder andere dat geen schadeloosstelling verschuldigd is voor de tijdelijke arbeidsongeschiktheid. Uit het verslag aan de Koning blijkt dat het in het geval van de onbezoldigde stagiairs onlogisch zou geweest zijn bij ongeval een dergelijke vergoeding toe te kennen, terwijl er geen loonverlies is geleden. Dat weerlegt volgens advocaat-generaal Mortier de stelling dat het arrest van het Grondwettelijk Hof in voorliggend geval geen enkele beleidsvrijheid of keuzeruimte zou laten aan de wetgever.¹³⁸⁷

Wanneer de rechter een discriminatie heeft vastgesteld, kan de gelijkheid op twee manieren worden hersteld: het in het geding zijnde recht of voordeel wordt aan beide categorieën van personen verleend of wordt aan beide categorieën ontnomen. Er kan met andere woorden in twee richtingen worden genivelleerd: naar boven of naar beneden (zie ook *supra* nr. 402 en *infra* nr. 594).¹³⁸⁸

In afwachting van het optreden van de wetgever in de ene of de andere richting, meent Renauld dat ook de grondwettelijke rechter geen rechten of voordelen mag ontnemen die de wetgever aan een categorie van personen heeft verleend. Dat zou in strijd zijn met de opdracht en de bestaansreden zelf van de grondwettelijke rechter: de bescherming van de grondrechten van de burgers. De grondwettelijke rechter zou daarom oog moeten hebben voor de onmiddellijke gevolgen van zijn arrest, dat geen nivellering naar beneden tot gevolg zou mogen hebben.¹³⁸⁹

Die redenering is verleidelijk, maar zij vertrekt van een ongenueanceerd uitgangspunt. In zijn conclusie voor een vroeger arrest wees advocaat-generaal Bresseleers er reeds op dat “de rechter die zich in de plaats stelt van de wetgever, hem de verantwoordelijkheid ontnemt de taak uit te voeren die de Grondwet hem opdraagt en op politiek vlak de noodzaak van het wetgevend werk beknot”.¹³⁹⁰ Het belangrijkste bezwaar tegen het toepassen van een norm op een categorie van personen die er niet in voorzien is, lijkt inderdaad, zoals ook advocaat-generaal Mortier aangaf (*supra* nr. 422), het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten te zijn.¹³⁹¹

Het komt uiteindelijk de wetgever toe de gelijkheid te herstellen. Weliswaar is het gelijkheidsbeginsel onverschillig wat de richting betreft waarin de wetgever de gelijkheid herstelt,

¹³⁸⁷ R. MORTIER, concl. voor Cass. 3 november 2008, S.07.0013.N, *Arr.Cass.* 2008, nr. 604, p. 2478.

¹³⁸⁸ V. MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Brussel, Bruylant, 2003, p. 14, die evenwel het volgende voorbehoud maakt: “[...] sous réserve du respect des éventuels droits acquis, de l'identité ainsi que de la dignité des individus”.

¹³⁸⁹ B. RENAULD, “Les illusions de l'égalité ou du ‘nivellement par le bas’ à la ‘lacune’”, in *Liber amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 419-437.

¹³⁹⁰ G. BRESSELEERS, concl. voor Cass. 10 juni 2005, D.02.0029.N, *Arr.Cass.* 2005, 1393, nr. 334.

¹³⁹¹ In dezelfde zin reeds A. ALÉN, noot onder RvS 15 maart 1974, nr. 16.303, Masip, *RW* 1974-75, 361-363.

andere bepalingen waaraan de wetgever gebonden is, met name bepalingen die meer inhoudelijke grondrechten waarborgen, bijvoorbeeld het recht een menswaardig leven te leiden (artikel 23 van de Grondwet), kunnen niettemin verhinderen dat de wetgever naar beneden nivelleert, maar dat moet geval per geval worden bekeken.

§ 4. Besluit

424. Uit de voorgaande paragrafen blijkt dat de juridische aard van artikel 159 van de Grondwet in de loop der tijd aanzienlijk is verruimd: kon onwettig overheidsoptreden aanvankelijk enkel door een verweermiddel (“exceptie”) in een bestaand geding worden gesanctioneerd, dan kan zij thans ook rechtstreeks voor de gewone rechter worden aangevochten.¹³⁹²

De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter vindt in de grondwettelijke wettigheidscontrole die aan de burgerlijke rechter is opgedragen haar rechtvaardiging,¹³⁹³ maar tegelijk ook haar beperking. Artikel 159 van de Grondwet richt geen autonoom beroep in voor de rechtzoekende maar blijft een zijdelingse vorm van rechtsbescherming. De rechter kan een onwettig overheidsoptreden maar beteugelen indien en voor zover het wettigheidsprobleem bij hem wordt opgeworpen in het raam van een geschil dat tot zijn bevoegdheid behoort (*supra* nr. 410). Wat de burgerlijke rechter betreft, betekent dit dat artikel 159 van de Grondwet moet worden ingeroepen in het raam van een geschil omtrent (de schending of dreiging tot schending van) een subjectief recht dat krachtens de artikelen 144 en 145 van de Grondwet tot zijn bevoegdheid behoort.¹³⁹⁴

De exceptie van onwettigheid is met andere woorden aangewezen op andere bepalingen om toepassing te kunnen vinden: *accessio sequitur principalem*.¹³⁹⁵ De meest voor de hand liggende “andere bepalingen” zijn artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek en artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, op grond waarvan een onwettig bestuursoptreden kan worden voorkomen, beëindigd, hersteld of vergoed, maar in wezen opent elke rechtsingang de mogelijkheid om artikel 159 van de Grondwet te activeren. De rechterlijke macht is op grond van artikel 159 van de Grondwet niet bevoegd om reglementaire akten *erga omnes* te vernietigen noch te schorsen. De rechter kan enkel de uitvoering ervan ten aanzien van de eisende partij

¹³⁹² Zie A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 873-880.

¹³⁹³ L.P. SUETENS, “De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter”, in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, deel III, Brussel, Bruylant, 1973, 689; J. DELVA, “Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscolleges”, *TPR* 1967, 488.

¹³⁹⁴ R. WARLOMONT, “Le contrôle juridictionnel de la légalité des arrêtés et règlements en France et en Belgique”, *Revue de l'Administration et du droit administratif de la Belgique* 1949, 173; P. LEWALLE, “Légalité, sécurité, stabilité en droit administratif. Un équilibre introuvable?”, in *Liber Amicorum Y. Hannequart et R. Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, 244; S. LUST, “Naar de gewone rechter of naar de Raad van State?”, in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Gerechtelijk privaatrecht*, Themis-Cahier 1, Brugge, die Keure, 2000-01, 80; M. PAQUES en L. DONNAY, “Jurisdiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge”, *CDPK* 2007, 78.

¹³⁹⁵ Zie J.-F. LECLERCQ en D. DE ROY, “L'exception d'illégalité et le contrôle incident de légalité des actes administratifs en droit belge par la lorgnette du droit comparé”, in *L'article 159 de la Constitution*, 441, die erop wijzen dat “le contrôle incident de légalité reste l'accessoire d'un principal qu'est l'action ou le recours, et que ses modalités d'exercice et ses effets sont conditionnés par les caractéristiques du traitement de cette action ou de ce recours: une fois encore, serait-on tenté de rappeler que... l'accessoire suit le principal”.

verhinderen, binnen de grenzen die nodig zijn om een effectieve voorkoming van de aantasting of het herstel van het subjectief recht te realiseren.

Afdeling 7 – Mag de wetgever zich in de plaats van het bestuur stellen?

425. Wat gebeurt er wanneer de wetgevende macht zich in de relatie tussen de rechterlijke en de uitvoerende macht gaat mengen, meer bepaald door bestuurshandelingen, die aan het rechterlijk wettigheidstoezicht zijn onderworpen, te valideren? De rechtspraak die zich daarover heeft ontwikkeld, zowel op internrechtelijk als op verdragsrechtelijk vlak, zal in het volgende hoofdstuk worden ontleed.

HOOFDSTUK VIII – De verhouding tussen artikel 159 van de Grondwet en de wetgevende validatie¹³⁹⁶

Afdeling 1 – Situering

§ 1. De wetgever treedt op om de rechtszekerheid te herstellen

426. Wanneer een rechter op grond van artikel 159 van de Grondwet een bestuurshandeling onwettig heeft bevonden, komt het in de regel aan de administratieve overheid toe om de onwettige bestuurshandeling te herstellen (*supra* nrs. 54 en 407). Op het eerste gezicht is er, behalve wanneer de onwettigheid gelegen is in de onbevoegdheid van de auteur van de handeling en meer bepaald wanneer de betrokken aangelegenheid eigenlijk tot de bevoegdheid van de wetgever zelf behoorde,¹³⁹⁷ geen reden waarom de wetgever dat in de plaats van het bestuur zou doen.¹³⁹⁸

Dat hij dat in vele gevallen toch doet, kan worden verklaard door de wil van de wetgever om de rechtszekerheid maximaal te herstellen. De vaststelling dat een bestuurshandeling, die gedurende vele jaren kan zijn toegepast, onwettig is, doet immers rechtsonzekerheid ontstaan.¹³⁹⁹ Dat is niet alleen het geval wanneer de onwettige bestuurshandeling door de Raad van State wordt vernietigd, maar ook wanneer de aangetaste akte na toepassing van de exceptie van onwettigheid gewoon deel blijft uitmaken van het rechtsverkeer. In dat laatste geval is de rechtsonzekerheid zelfs groter omdat de rechterlijke uitspraak waarin de onwettige bestuurshandeling buiten toepassing wordt gelaten, slechts tussen de partijen geldt (*supra* nr. 382).¹⁴⁰⁰

De meeste gebreken kunnen wel door het bestuur worden rechtgezet, maar niet altijd met terugwerkende kracht.¹⁴⁰¹ Bovendien kan dat bestuurlijk optreden zelf ook weer worden betwist

¹³⁹⁶ Een vroegere versie van dit hoofdstuk verscheen reeds als hoofdstuk II “Stoorzender in het stelsel van de scheiding der machten: de wetgevende validatie”, in J. THEUNIS, “Over scheiding der machten, exceptie van onwettigheid en wetgevende validatie”, in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten* 2, Brugge, die Keure, 2010, 265-304.

¹³⁹⁷ Bv. GwH 15 juni 1993, nr. 46/93, B.6.2-B.7; GwH 4 maart 2008, nr. 41/2008, B.7.2.

¹³⁹⁸ Zie GwH 3 maart 2004, nr. 30/2004, B.8: “Wellicht dient de vraag te worden gesteld of het niet onevenredig was een dergelijke maatregel in een wetsnorm te gieten terwijl de bepaling die daarbij gewijzigd wordt een reglementair besluit is.”

¹³⁹⁹ Bv. GwH 17 april 2008, nr. 64/2008, B.18.4.1; GwH 18 november 2010, nr. 131/2010, B.4 en B.5.2.

¹⁴⁰⁰ GwH 19 april 2006, nr. 55/2006, B.5.1; GwH 17 april 2008, nr. 64/2008, B.28; GwH 4 februari 2010, nr. 6/2010, B.10; GwH 12 mei 2010, nr. 55/2010, B.10.

¹⁴⁰¹ Gelet op het algemeen beginsel dat bestuurshandelingen niet terugwerken, welk beginsel van wetgevende aard en van openbare orde is, maar waarop vele uitzonderingen bestaan die geëxpliciteerd zijn in de rechtspraak, vooral van de Raad van State (*supra* nr. 124). Zie bv. GwH 12 november 1992, nr. 67/92, B.6: “Ten deze heeft de wetgever een oplossing willen zoeken voor de wettelijke onmogelijkheid waarin de provincie Brabant zich bevond om de vernietigde akte te herstellen, dat wil zeggen het aannemen van een verordening in 1990 of 1991 met terugwerkende kracht tot 1988”. Zie ook GwH 26 november 2009, nr. 186/2009, B.9.2.1 en GwH 17 december 2009, nr. 199/2009, B.4: “[Artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek] verzet zich tegen de aanneming, op grond van

voor de gewone hoven en rechtbanken en voor de Raad van State. Het optreden van de wetgever kan natuurlijk ook worden betwist, maar de wetgever heeft toch meer armslag dan het bestuur.¹⁴⁰² De wetgever staat een trap hoger in de hiërarchie en is daardoor aan minder rechtsregels onderworpen dan de administratieve overheid.

§ 2. Het wetgevend optreden is aan jurisdictionele controle onderworpen

427. Gedurende lange tijd viel het doek voor de rechtsonderhorigen wanneer de wetgever tussenkwam, gelet op de onaantastbaarheid van de wet, maar die tijd is voorbij. De wetgever is niet alleen aan de hogere rechtsnormen onderworpen, die binding kan nu ook in grote mate worden afgedwongen. Sedert geruime tijd reeds kan een wetgevende norm worden getoetst aan verdragen (*supra* nrs. 284-297) en aan de Grondwet (*supra* nrs. 282-283) en vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw hebben zowel het Grondwettelijk Hof als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een rechtspraak ontwikkeld die “wetgevende validaties” aan een vrij strikte rechterlijke controle onderwerpt, met als gevolg dat een tussenkomst van de wetgever om een onwettige bestuurshandeling te herstellen niet altijd zal standhouden.

Die rechtspraak is tot stand gekomen in een ruimer kader. Zij betreft niet alleen het optreden van de wetgever nadat de toepassing van artikel 159 van de Grondwet aan het licht heeft gebracht dat een bestuurshandeling onwettig is en – bij uitbreiding – het optreden van de wetgever nadat een onwettige bestuurshandeling door de Raad van State werd vernietigd, maar ook – vooral zelfs – de tussenkomst van de wetgever vooraleer de rechter uitspraak heeft gedaan. In dat laatste geval strekt de tussenkomst van de wetgever ertoe de beslechting van een of meer rechtsgedingen in een bepaalde zin te beïnvloeden of rechtscolleges te beletten over een bepaalde rechtsvraag uitspraak te doen.¹⁴⁰³ Het bekrachtigen van een bestuurshandeling bij een wet heeft dan tot gevolg dat de Raad van State en de hoven en rechtbanken zich niet meer kunnen uitspreken over de wettigheid van de bekrachtigde bepalingen.¹⁴⁰⁴

428. De voormelde situaties zijn niet altijd strikt van elkaar te scheiden. Wanneer de wetgever tussenkomt na een rechterlijke uitspraak waarin een bepaald besluit onwettig werd bevonden met toepassing van artikel 159 van de Grondwet,¹⁴⁰⁵ dan kan dat tegelijkertijd een inmenging betekenen in andere rechtsgedingen waarin dezelfde rechtsvraag moet worden behandeld. Zelfs wanneer de wetgever optreedt na een vernietigingsarrest van de Raad van State, is het mogelijk

artikel 465 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 van een gemeentereglement dat een terugwerkende kracht zou hebben”.

¹⁴⁰² Volgens Popelier wordt de wetgever ter hulp geroepen “omdat de wetgevende bevoegdheid meer mogelijkheden biedt, want door minder rechtsregels gebonden, en omdat de wet minder aantastbaar is dan een administratieve rechtshandeling”, P. POPELIER, “Legislatieve ‘validatie’: een kwestie van wetgevingstechniek”, in M. ADAMS en L. WINTGENS (eds.), *Wetgeving in theorie en praktijk*, Antwerpen, Maklu, 1994, 84.

¹⁴⁰³ Ook wel “preventieve” validatie genoemd, tegenover validatie “a posteriori”, zie P. POPELIER, “Legislatieve ‘validatie’: een kwestie van wetgevingstechniek”, in M. ADAMS en L. WINTGENS (eds.), *Wetgeving in theorie en praktijk*, Antwerpen, Maklu, 1994, 81 en A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, deel 2, Mechelen, Kluwer, 2004, 590-594.

¹⁴⁰⁴ GwH 19 april 2006, nr. 55/2006, B.7.

¹⁴⁰⁵ Hetgeen evengoed een arrest van de Raad van State kan zijn, zie bv. RvS 19 september 2003, nr. 123.067, bvba Résidence Biernaix en GwH 14 december 2005, nr. 188/2005, B.5.2-B.5.4.

dat er inmiddels rechtsgedingen hangende zijn die bijvoorbeeld ertoe strekken terugbetaling te verkrijgen van bijdragen die werden betaald op grond van de vernietigde bepalingen.¹⁴⁰⁶

Het verschil tussen wetgevende validatie bij hangende rechtsgedingen en wetgevende validatie na een rechterlijke beslissing komt in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof bijgevolg minder sterk tot uiting dan in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waar een vermenging van beide soorten validaties minder courant is omdat voor dat Hof een concreet geschil ter toetsing voorligt en niet een abstracte norm zoals voor het Grondwettelijk Hof.

§ 3. Technieken van wetgevende validatie

429. De wetgever kan meerdere technieken hanteren om onregelmatige bestuurshandelingen te “valideren”: hij kan het bestuur machtigen om dezelfde maatregel te nemen met terugwerkende kracht (machtigingstechniek),¹⁴⁰⁷ hij kan dezelfde maatregel in een wetgevende norm gieten en daaraan terugwerkende kracht verlenen (substitutietechniek) of hij kan de bestuurshandeling zonder meer geldig verklaren of bekrachtigen (bekrachtigingstechniek).¹⁴⁰⁸ Dat laatste kan in principe enkel wanneer de bestuurshandeling niet is vernietigd.¹⁴⁰⁹ Het juridische begrip “bekrachtiging” heeft tot doel en als gevolg dat het een wetgevende kracht toekent aan het betrokken koninklijk besluit op de datum van de inwerkingtreding ervan. Ook de bekrachtiging heeft dus een terugwerkende kracht.¹⁴¹⁰

Welke techniek de wetgever aanwendt, is doorgaans van weinig tel. Alle technieken hebben gemeen dat de wetgever een handeling van de uitvoerende macht, die door de rechter onwettig werd bevonden of dreigt te worden bevonden, haar uitwerking laat behouden.¹⁴¹¹ De rechterlijke

¹⁴⁰⁶ Bv. GwH 17 december 2003, nr. 164/2003, B.4.1.

¹⁴⁰⁷ Soms kan het ook volstaan om (met terugwerkende kracht) in een wettelijke grondslag voor de bestuurshandeling te voorzien, zie bv. GwH 27 november 2008, nr. 166/2008, B.14; GwH 22 april 2010, nr. 34/2010, B.4.1.

¹⁴⁰⁸ Zie GwH 12 november 1992, nr. 67/92, B.7.2, waarin het Hof ook te kennen geeft dat het niet oordeelt over de opportuniteit van het door de wetgever gekozen procédé. Voor een meer verfijnde typologie van de diverse validatietechnieken, zie o.a. G. ROSOUX, “Le controle juridictionnel des ‘validations législatives’ en France et en Belgique: un conflit de légitimités”, *Rev.dr.ULg* 2005, 147-149; D. RENDERS, *La consolidation législative de l’acte administratif unilatéral*, Brussel, Bruylant, 2003, 135-270; B. MATHIEU, *Les validations législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Parijs, Economica, 1987, 38-153.

¹⁴⁰⁹ Zie evenwel GwH 13 juni 1991, nr. 16/91, 4.B.5: “Het Hof stelt eerst vast dat het koninklijk besluit van 27 februari 1989, in de mate waarin het bij het arrest nr. 35.013 van de Raad van State werd vernietigd, geacht moet worden nooit te hebben bestaan. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt evenwel dat het de bedoeling van de wetgever was bedoeld koninklijk besluit te ontheffen van de gedeeltelijke nietigheid die het aantast. Het Hof interpreteert het aangevochten artikel 29 in die betekenis, wat betreft het koninklijk besluit van 27 februari 1989.” Zie ook D. RENDERS, *La consolidation législative de l’acte administratif unilatéral*, Brussel, Bruylant, 2003, 32.

¹⁴¹⁰ GwH 4 februari 2010, nr. 6/2010, B.6; GwH 12 mei 2010, nr. 55/2010, B.6. Zie ook reeds GwH 22 juli 2003, nr. 102/2003, B.16.5.2. Anders: RvS, afd. wetgeving, advies 47.672/1 van 28 januari 2010 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering “houdende ongewijzigde vaststelling van gewestplanwijzigingen overeenkomstig artikel 7.4.1, § 2, van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening”, punt 1.2: “Dat die besluiten en de erop betrekking hebbende validatie slechts gelden voor de toekomst, en derhalve geen retroactieve uitwerking hebben, staat er niet aan in de weg dat het om een echte validatie gaat”.

¹⁴¹¹ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 193.

toetsing kan enigszins variëren naargelang de wijze van validatie, naargelang het moment van de validatie (vóór of na de rechterlijke beslissing) en soms ook naargelang de bepalingen waaraan het Grondwettelijk Hof of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt verzocht te toetsen,¹⁴¹² maar uiteindelijk komt zij steeds neer op dezelfde vraag: zijn er uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang voorhanden die de tussenkomst van de wetgever kunnen verantwoorden?

430. Naast die laatste vraag, die de rechtspraak inzake wetgevende validaties domineert (afdeling 2), zijn er nog andere factoren die de toetsing beïnvloeden: de aard van de toegedekte onwettigheid (afdeling 3), de bevoegdheid van de wetgever (afdeling 4), de aantasting van de rechtsbescherming (afdeling 5) en het gezag van het rechterlijk gewijsde (afdeling 6).

Afdeling 2 – Uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang

§ 1. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

431. Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt een wetgevende tussenkomst die tot doel heeft de afloop van hangende rechtsgedingen te beïnvloeden, strijdig geacht met het beginsel van de rechtsstaat en het recht op een eerlijk proces, gewaarborgd door artikel 6.1 van het EVRM, behoudens wanneer dwingende motieven van algemeen belang voorhanden zijn.¹⁴¹³ Doordat de wetgever één van de procespartijen te hulp komt, verstoort zij meer bepaald de wapengelijkheid die een eerlijk proces kenmerkt.¹⁴¹⁴

Wanneer de wetgever tussenkomt na afloop van het geding, bekijkt het Europees Hof de zaak vanuit het oogpunt van het recht op uitvoering van de uitspraak, dat integraal deel uitmaakt van het proces in de zin van artikel 6.1 van het EVRM (*supra* nrs. 54-55).¹⁴¹⁵ Slechts in uitzonderlijke

¹⁴¹² Zie bv. GwH 26 november 2009, nr. 186/2009, B.7-B.8, waarin het Hof oordeelt dat het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met het beginsel van de scheiding der machten, vervat met name in de artikelen 33, 36, 37, 40 en 41, eerste lid, van de Grondwet, doordat de bestreden bepaling op retroactieve wijze de rechtsgedingen beoogt te beïnvloeden die door bepaalde rechtsonderhorigen zijn ingesteld, samenvalt met het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 6 van het EVRM en met het algemeen beginsel van het recht op een eerlijk proces, en vervolgens beide middelen samen onderzoekt. Het derde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM, werd afzonderlijk onderzocht.

¹⁴¹³ O.a. EHRM 9 december 1994, Griekse raffinaderijen Stran en Stratis Andreadis t. Griekenland, § 49; EHRM (Grote kamer) 28 oktober 1999, Zielinski en Pradal en Gonzalez e.a. t. Frankrijk, § 57; EHRM 9 januari 2007, Arnolin e.a. t. Frankrijk, § 69. Uit het laatstgenoemde arrest blijkt dat die rechtspraak ook geldt indien de overheid geen partij is in het betrokken geding. De staat kan immers financiële gevolgen ondervinden door de beslechting van geschil waarin het niet rechtstreeks betrokken is (§§ 70 en 75).

¹⁴¹⁴ De wapengelijkheid houdt de verplichting in om aan elke partij de redelijke mogelijkheid te bieden om haar argumenten te doen gelden in omstandigheden die haar niet kennelijk benadelen ten opzichte van de tegenpartij, zie EHRM 27 oktober 1993, Dombo Beheer B.V. t. Nederland, § 33.

¹⁴¹⁵ EHRM 19 maart 1997, Hornsby t. Griekenland, § 40 e.v.

omstandigheden kan de niet-uitvoering van een rechterlijke eindbeslissing worden verantwoord (*infra* nrs. 469-471).¹⁴¹⁶

Wanneer de rechtzoekenden reeds een uitspraak in hun voordeel hebben gekregen en zelfs wanneer dat nog niet het geval is maar zij op legitieme wijze konden verwachten dat de uitspraak in hun voordeel ging zijn,¹⁴¹⁷ is er ook sprake van eigendom (*supra* nr. 144) en is een wetgevende validatie strijdig met het recht op eerbiediging van het eigendomsrecht, gewaarborgd door artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM, behoudens uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang.¹⁴¹⁸

§ 2. Het Grondwettelijk Hof

432. Het Grondwettelijk Hof is die rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bijgevallen. Zij werd ingebed, althans wat de inmenging in hangende rechtsgedingen betreft, in de beginselen die het Grondwettelijk Hof inzake retroactiviteit hanteert.

Die beginselen houden in dat terugwerkende kracht slechts verantwoord kan worden bevonden wanneer zij onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang. Indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht tot gevolg heeft dat de afloop van één of meer gerechtelijke procedures in een welbepaalde zin wordt beïnvloed of dat rechtscolleges worden verhinderd zich uit te spreken over een rechtsvraag, vergt de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang een verantwoording bieden voor het optreden van de wetgever, dat ten nadele van een categorie van burgers inbreuk maakt op de jurisdictionele waarborgen die aan allen worden geboden (*supra* nr. 110).¹⁴¹⁹

433. De wetgevende ingrepen ter validering van een besluit, die een invloed hebben op hangende rechtsgedingen, worden vanwege hun aard doorgaans aan de hand van dezelfde principes beoordeeld als retroactieve bepalingen. Op dezelfde wijze als de retroactieve wet doet de validerende wet op het vlak van de jurisdictionele waarborgen een verschil in behandeling ontstaan.

De validatie houdt in dat de rechtsonderhorigen waarop de bekrachtigde besluiten van toepassing zijn, verschillend worden behandeld ten opzichte van de andere rechtsonderhorigen die de rechterlijke waarborgen genieten die worden geboden door bepaalde grondwetsartikelen (artikelen 13, 144, 145, 146, 159, ...), verdragsbepalingen (*supra* nr. 431) en eventueel artikel

¹⁴¹⁶ EHRM 26 mei 2005, Costin t. Roemenië, § 28; EHRM 24 maart 2009, Nitescu t. Roemenië, § 35.

¹⁴¹⁷ Bv. EHRM 11 april 2002, Smokovitis t. Griekenland, § 32; EHRM 14 februari 2006, Lecarpentier e.a. t. Frankrijk, §§ 37-38. Zie P. POPELIER, "Legitimate Expectations and the Law-Maker in the Case Law of the European Court of Human Rights", *EHRLR* 2006, 14-15.

¹⁴¹⁸ O.a. EHRM 20 november 1995, Pressos Compania Naviera S.A. e.a. t. België, § 38 (het ging in dit geval niet om een wetgevende validatie maar om een retroactieve wet); EHRM 14 februari 2006, Lecarpentier e.a. t. Frankrijk, § 48.

¹⁴¹⁹ Bv. GwH 18 februari 2009, nr. 26/2009, B.13.

14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.¹⁴²⁰ Zulk een verschil in behandeling is slechts toelaatbaar voor zover daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat, die moet worden getoetst in het licht van de ter zake door het Grondwettelijk Hof vooropgezette principes, wat met name inhoudt dat er uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang dienen te bestaan die een inmenging van de wetgever in de rechtsbedeling kunnen verantwoorden.¹⁴²¹

§ 3. Doel of gevolg ?

434. Lange tijd leek het erop dat het Grondwettelijk Hof zich strenger opstelde dan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, doordat de inmenging van de wetgevende macht in de rechtsbedeling, behoudens dwingende motieven van algemeen belang, zelfs niet tot *gevolg* mocht hebben de gerechtelijke ontkenning van het geschil te beïnvloeden.¹⁴²² Sedert het arrest nr. 186/2009 spreekt het Grondwettelijk Hof ook uitdrukkelijk van “doel” in plaats van “gevolg”.¹⁴²³

Aan het onderscheid tussen doel en gevolg moet evenwel geen overdreven belang worden gehecht. Aan de ene kant richtte het Grondwettelijk Hof zijn aandacht in werkelijkheid reeds hoofdzakelijk op het doel dat de wetgever voor ogen stond.¹⁴²⁴ Aan de andere kant, ook wanneer een retroactieve maatregel niet de bedoeling blijkt te hebben om hangende rechtsgedingen te beïnvloeden maar wel als gevolg heeft dat de afwikkeling van een geschil waarin de overheid betrokken is ten gunste van de overheid wordt beïnvloed, legt het Europees Hof niettemin een bijzondere waakzaamheid aan de dag: de motieven om dergelijke wetgeving te verantwoorden worden bekeken “avec la plus grande circonspection”.¹⁴²⁵

¹⁴²⁰ Meer bepaald doordat de Raad van State en de gewone hoven en rechtbanken verhinderd worden zich uit te spreken over de eventuele onregelmatigheid van de bekrachtigde of overgenomen bepalingen, bv. GwH 28 maart 2007, nr. 51/2007, B.4.1; GwH 17 april 2008, nr. 54/2008, B.29.2 en B.47.2.

¹⁴²¹ Zie bv. RvS, afd. wetgeving, advies 46.979/3 van 7 juli 2009 over een voorontwerp van wet “houdende bevestiging van diverse koninklijke besluiten genomen krachtens de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen”, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 52-2191/001, 19-20, punt 4.3.

¹⁴²² Bv. GwH 13 juli 2001, nr. 98/2001, B.10.1; GwH 11 december 2001, nr. 159/2001, B.15.1, telkens met verwijzing naar EHRM 28 oktober 1999, Zielinski en Pradal en Gonzalez e.a. t. Frankrijk, § 57 en (enkel in arrest nr. 159/2001) EHRM 28 juni 2001, Agoudimos en Cefallonian Sky Shipping Co. t. Griekenland, § 30, waarin echter telkens sprake is van “doel” en niet van “gevolg”.

¹⁴²³ GwH 26 november 2009, nr. 186/2009, B.9.1; GwH 17 december 2009, nr. 199/2009, B.4; GwH 4 februari 2010, nr. 6/2010, B.8.1; GwH 4 februari 2010, nr. 7/2010, B.10.1; GwH 29 april 2010, nr. 44/2010, B.6; GwH 29 april 2010, nr. 49/2010, B.7; GwH 12 mei 2010, nr. 55/2010, B.8.1; GwH 18 november 2010, nr. 131/2010, B.5.5. Vgl. evenwel GwH 23 december 2009, nr. 202/2009, B.7; GwH 4 februari 2010, nr. 6/2010, B.9; GwH 30 maart 2010, nr. 31/2010, B.7; GwH 22 april 2010, nr. 34/2010, B.5.1; GwH 12 mei 2010, nr. 55/2010, B.9, waarin nog steeds sprake is van “gevolg”. In de vroege rechtspraak was wel reeds sprake van een mogelijke ongrondwettigheid indien “het enige of hoofdzakelijke doel dat met de retroactiviteit wordt beoogd, erin zou bestaan de beslechting van een of meer rechtsgedingen in een bepaalde zin te beïnvloeden of rechtscolleges te beletten over een bepaalde rechtsvraag uitspraak te doen, zonder dat uitzonderlijke omstandigheden aanwezig zijn die dat redelijkerwijze kunnen verantwoorden”, zie bv. GwH 4 april 1995, nr. 30/95, B.14, *RW* 1995-1996, 176, noot P. POPELIER.

¹⁴²⁴ Bv. GwH 13 juli 2001, nr. 98/2001, B.10.2; GwH 11 december 2001, nr. 159/2001, B.15.2; GwH 14 december 2005, nr. 188/2005, B.5.6.

¹⁴²⁵ EHRM 9 oktober 2003, Acimovic t. Kroatië, § 30; EHRM 18 november 2004, Pravednaya t. Rusland, § 26 (“with the greatest possible degree of circumspection”). Vgl. echter de beduidend marginale toetsing inzake artikel 1

Doel en gevolg liggen met andere woorden dicht bij elkaar en zijn niet altijd strikt van elkaar te onderscheiden. De gevolgen, de methode en het ogenblik van de inmenging van de wetgevende macht brengen het doel ervan aan het licht.¹⁴²⁶ Als er geen andere doelstelling kan worden aangetoond, wordt het gevolg tegelijk als het doel beschouwd (*infra* nrs. 439-444).

§ 4. De aangekondigde validatie

435. Het belang van het nagestreefde doel wordt geïllustreerd door een bijzondere categorie van wetgevende validaties. In sommige gevallen heeft de bekrachtiging namelijk betrekking op besluiten waarvoor de wetgever (in de machtigingswet) zelf heeft bepaald dat zij dienen te worden bekrachtigd en dat zij bij gebrek aan bekrachtiging binnen de voorgeschreven termijn (in de bekrachtigingswet) worden geacht nooit uitwerking te hebben gehad. Dergelijke “aangekondigde” validaties, wanneer zij aan alle voorwaarden voldoen,¹⁴²⁷ zijn minder problematisch.

Door de betrokken besluiten te bekrachtigen, schikt de wetgever zich naar het door hem zelf ingestelde vereiste van bekrachtiging. De omstandigheid dat die besluiten eventueel het voorwerp uitmaken van een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State of dat de wettigheid ervan in twijfel kan worden getrokken voor de justitiële rechter, en dat ten gevolge van de bekrachtiging het betrokken rechtscollege onbevoegd zou worden om de grondwettigheid van die besluiten te beoordelen, kan de wetgever niet ervan weerhouden een bevoegdheid uit te oefenen die hij zich uitdrukkelijk heeft voorbehouden, temeer daar de rechtsonderhorigen moeten weten dat die besluiten het voorwerp kunnen (en moeten) uitmaken van een wettelijke bekrachtiging, die noodzakelijkerwijs dat gevolg heeft.¹⁴²⁸

436. Een voorbeeld van een aangekondigde validatie is de bijzondere machtenwet van 6 januari 1989 tot vrijwaring van 's lands concurrentievermogen, die voorzag in de bekrachtiging van de op grond van die wet genomen koninklijke besluiten. Het Grondwettelijk Hof heeft daaruit afgeleid dat de daadwerkelijke bekrachtiging, “die de controle van de wetgever op de uitoefening van de machtiging die hij aan de Koning geeft, verstevigt”,¹⁴²⁹ op zichzelf niet kan worden geacht in

van het Eerste Protocol bij het EVRM, in EHRM 11 februari 2010, *Sud Parisienne de Construction t. Frankrijk*, §§ 35-45.

¹⁴²⁶ GwH 4 februari 2010, nr. 6/2010, B.8.2 en GwH 12 mei 2010, nr. 55/2010, B.8.2, met verwijzing naar EHRM (Grote kamer) 28 oktober 1999, *Zielinski en Pradal en Gonzalez e.a. t. Frankrijk*, § 58 en EHRM 28 juni 2001, *Agoudimos en Cefallonian Sky Shipping Co. t. Griekenland*, § 31.

¹⁴²⁷ Over het specifieke probleem van de niet-tijdige bekrachtiging van besluiten waarvoor een bekrachtigingsvereiste geldt, zie GwH 17 juli 2003, nr. 100/2003, B.11.4-B.11.10 en RvS, afd. wetgeving, advies 46.979/3 (vermeld in voetnoot 1413), punt 4.1.

¹⁴²⁸ RvS, afd. wetgeving, advies 46.979/3 van 7 juli 2009 (vermeld in voetnoot 1413), punt 4.2.

¹⁴²⁹ De stelling dat de procedure van bekrachtiging de controle van de wetgever op de uitoefening van de aan de Koning verleende machtiging verstevigt, mag echter geen gemeenplaats worden, zo heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State in enkele adviezen benadrukt: “Deze redenering stelt impliciet, maar niettemin zeer duidelijk, dat deze controle zo doeltreffend mogelijk moet zijn. Dat zou niet het geval zijn en de controle zou zelfs maar schijn kunnen worden, indien de leden van de Kamer van volksvertegenwoordigers niet in staat zouden zijn om, met de tekst in de hand en met de grootste omzichtigheid, na te gaan of de besluiten die bekrachtigd moeten

strijd te zijn met het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Uit niets blijkt, aldus het Hof, dat de wetgever met die bekrachtiging *beoogde* het betrokken koninklijk besluit aan het rechterlijk wettigheidstoezicht te onttrekken.¹⁴³⁰

Door van bij de aanvang aan te kondigen dat er een bekrachtiging zal volgen, ontzenuwt de wetgever met andere woorden reeds op voorhand de kritiek dat de wetgever met de bekrachtiging de controle door de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State beoogt te verlammen¹⁴³¹ of hangende rechtsgedingen voor de gewone hoven en rechtbanken beoogt te beïnvloeden. Ook de omstandigheid dat de verordeningsbepaling inmiddels door de Raad van State is geschorst, kan de wetgever niet ervan weerhouden een bevoegdheid uit te oefenen die hij zich uitdrukkelijk heeft voorbehouden.¹⁴³² Dat de wettigheidstoetsing, bedoeld in artikel 159 van de Grondwet en artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, wordt verhinderd, kan wel een gevolg zijn van de bekrachtiging, maar het kan in geen geval de bedoeling zijn geweest van de wetgever.

437. Voor zover bekend, heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich over deze situatie nog niet uitgesproken. Hoe dat Hof erover zou kunnen oordelen, blijkt uit een ander geval, waarin er nog geen hangend rechtsgeding was omdat de wetgever de rechtsonderhorigen te snel af was. Het betrof een wetgevende validatie vóór het verstrijken van de beroepstermijn bij de Raad van State:

“Au vu de ce qui précède, la Cour ne saurait admettre que l’adoption de la loi n° 96-452 avait pour but de devancer le litige et de rendre inéluctable sa future issue devant le Conseil d’État. La jurisprudence des organes de la Convention n’a jamais admis que la rupture de l’égalité des armes pût résulter de mesures « anticipant » en quelque sorte sur un procès non encore né, et ce serait aller trop loin qu’étendre cette théorie par une espèce d’analogie.”¹⁴³³

Wanneer het gaat om een aangekondigde validatie, kan de bekrachtiging weliswaar plaatsvinden nadat er reeds een beroep bij de Raad van State is ingediend, maar door de aankondiging van die bekrachtiging heeft de wetgever ook in dat geval in zekere zin geanticipeerd op die toekomstige gedingen.

438. Aangezien zij niet als doel hebben hangende rechtsgedingen te beïnvloeden, ontsnappen de aangekondigde validaties aan het vereiste van “uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang”. Waar wel over moet worden gewaakt, is dat de wetgever met de bekrachtiging niet buiten zijn bevoegdheid treedt en dat hij de rechtsbescherming niet

worden, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van niet-discriminatie van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet wel in acht nemen.” Zie RvS, afd. wetgeving, adviezen van 9 juni en 3 september 1997, aangehaald in J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State*, Antwerpen, Maklu, 1999, 266.

¹⁴³⁰ GwH 17 mei 2001, nr. 68/2001, B.6.2. Zie ook reeds GwH 6 mei 1993, nr. 34/93, B.9. Voor andere voorbeelden, zie o.a. GwH 28 januari 1999, nr. 9/99, B.4.9; GwH 10 februari 1999, nr. 14/99, B.7.2; GwH 17 maart 1999, nr. 36/99, B.4.3; GwH 30 april 2003, nr. 53/2003, B.4.2.

¹⁴³¹ GwH 20 juni 2007, nr. 89/2007, B.4.

¹⁴³² GwH 21 oktober 1993, nr. 73/93, B.1.

¹⁴³³ EHRM (beslissing) 29 augustus 2000, Organisation nationale des syndicats d’infirmiers libéraux (ONSIL) t. Frankrijk, *Reports of Judgments and Decisions 2000-IX*, 557.

aantast. Die zorg geldt evenwel niet alleen voor de aangekondigde, maar voor alle validaties (zie afdelingen 4 en 5).

§ 5. De klassieke validatie

439. In de meeste gevallen ontstaat het besef dat een bestuurshandeling misschien onwettig is pas achteraf, naar aanleiding van een beroep tot nietigverklaring dat ertegen wordt ingesteld of een exceptie van onwettigheid die ertegen wordt opgeworpen. De daaropvolgende (onaangekondigde) validatie wekt weliswaar de indruk dat de wetgever hangende rechtsgedingen beoogt te beïnvloeden (of de gevolgen van rechterlijke uitspraken beoogt teniet te doen), maar dat neemt niet weg dat hij finaal een andere doelstelling kan nastreven. Doorgaans staat die andere doelstelling zelfs op het voorplan, zodat zij de beïnvloeding van hangende rechtsgedingen overschaduwet. Dat verklaart tegelijk waarom die laatste doelstelling vaak veeleer als een gevolg (van die andere doelstelling) en niet zozeer als het eigenlijke doel van de wetgevende tussenkomst wordt gezien (*supra* nr. 434).¹⁴³⁴

Het bestaan van een andere, eigenlijke doelstelling is van doorslaggevend belang voor de verantwoording van de inmenging in hangende rechtsgedingen. Het loutere bestaan van een beroep voor de Raad van State verhindert niet dat de onregelmatigheden waardoor de bestreden handeling zou kunnen zijn aangetast, zouden kunnen worden verholpen, zelfs vóór de uitspraak over dat beroep,¹⁴³⁵ maar wanneer de wetgevende validatie “als enig doel [heeft] de Raad van State te verhinderen zich uit te spreken over de eventuele onregelmatigheid van een aan hem ter beoordeling voorgelegd koninklijk besluit”, ontnemt de wetgever aldus “aan de categorie van burgers op wie het koninklijk besluit [...] van toepassing is, een jurisdictionele waarborg die aan alle burgers wordt geboden, zonder dat het verschil in behandeling verantwoord is”.¹⁴³⁶

440. Voor die verantwoording moet dus kunnen worden teruggevallen op een andere doelstelling, die bovendien blijkt moet geven van “uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang”. In vele gevallen houden die omstandigheden of motieven verband met het voorkomen of verhelpen van rechtsonzekerheid (*supra* nr. 426).¹⁴³⁷

¹⁴³⁴ Zie bv. GwH 4 april 1995, nr. 30/95, B.18: “Hoewel de bestreden opheffingsbepaling van artikel 101, § 2, 2°, van het decreet van 27 maart 1991 weliswaar onrechtstreeks tot gevolg heeft dat de Raad van State zich in deze zaak niet meer zal kunnen uitspreken over het voor hem aangevoerde enige middel, in zoverre het gesteund is op de schending van artikel 92 van het koninklijk besluit van 22 maart 1969, kan, in het licht van haar wordingsgeschiedenis (zie B.3 tot B.15) niet worden aangenomen dat die opheffingsbepaling als enig of hoofdzakelijk doel zou gehad hebben de bevoegdheid van de Raad van State ongedaan te maken of te beïnvloeden, inzonderheid door het geldig verklaren van een onregelmatige individuele bestuurshandeling.”

¹⁴³⁵ GwH 15 september 1999, nr. 97/99, B.26; GwH 14 december 2005, nr. 188/2005, B.5.7; GwH 28 maart 2007, nr. 51/2007, B.4.3; GwH 27 november 2008, nr. 166/2008, B.13.

¹⁴³⁶ GwH 22 april 1993, nr. 33/93, B.2, *RW* 1993-94, 295, noot P. POPELIER. Zie ook GwH 6 november 1997, nr. 64/97, B.5 en GwH 14 januari 1998, nr. 3/98, B.7.

¹⁴³⁷ GwH 13 maart 2001, nr. 38/2001, B.13.3; GwH 23 april 2002, nr. 72/2002, B.10.3; GwH 26 juni 2002, nr. 106/2002, B.2.6; GwH 14 januari 2003, nr. 3/2003, B.2.6; GwH 22 april 2010, nr. 34/2010, B.4.1 en B.5.3; GwH 29 april 2010, nr. 44/2010, B.6.

Die rechtsonzekerheid kan bijvoorbeeld het gevolg zijn van tegengestelde rechterlijke beslissingen, waarbij een zelfde bestuurshandeling door de ene rechter wegens de onwettigheid ervan buiten toepassing werd gelaten, terwijl zij door een andere rechter wel wettig werd bevonden. De wetgever kan dan volgens het Grondwettelijk Hof terecht van oordeel zijn dat de rechtszekerheid in het gedrang komt “door het naast elkaar bestaan van uiteenlopende beoordelingen van de rechtsgeldigheid van eenzelfde regeling”.¹⁴³⁸

Daarbij past wel de waarschuwing dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich op dat punt strenger opstelt. Divergenties in de rechtspraak zijn volgens dat Hof van nature het gevolg van ieder gerechtelijk systeem dat berust op een geheel van vonnisgerechten die elk in hun rechtsgebied bevoegd zijn. Het staat in de eerste plaats aan het Hof van Cassatie en niet aan de wetgever om aan die tegenstrijdigheden een einde te maken (*supra* vn. 44).¹⁴³⁹ De afdeling wetgeving van de Raad van State oordeelt in dezelfde zin: “Divergerende rechtspraak verantwoordt op zich nog geen retroactief ingrijpen van de wetgever, laat staan een mogelijk interveniëren in hangende gedingen”.¹⁴⁴⁰

441. De rechtsonzekerheid kan ook het gevolg zijn van een ommekeer in de rechtspraak. Zo vermocht de rechtspraak van het Hof van Cassatie de gemeenten lange tijd te laten denken dat een reglement dat voor een welbepaald aanslagjaar het tarief van de aanvullende belasting op de personenbelasting vaststelt, in werking kon treden zonder daarom afbreuk te doen aan het verbod om een retroactief gemeentereglement aan te nemen, terwijl de belastbare periode die met dat aanslagjaar overeenstemt – dit wil zeggen de periode tijdens welke de inkomsten werden verkregen die de belastbare grondslag van die belasting vormen – reeds was voltooid.¹⁴⁴¹ In twee arresten van 14 maart 2008 oordeelde het Hof van Cassatie evenwel dat de belastingschuld in verband met een aanvullende belasting op de personenbelasting definitief ontstaat wanneer de belastbare periode met betrekking tot die belasting is voltooid.¹⁴⁴² Daaruit vloeit voort dat artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek de gemeentereglementen onwettig maakt waarbij het tarief van een dergelijke belasting wordt vastgelegd voor een welbepaald

¹⁴³⁸ GwH 7 december 1993, nr. 84/93, B.5-B.6; GwH 20 januari 1994, nr. 5/94, B.7-B.8.

¹⁴³⁹ EHRM (Grote kamer) 28 oktober 1999, Zielinski en Pradal en Gonzalez e.a. t. Frankrijk, § 59; EHRM 27 januari 2009, Stefan en Stef t. Roemenië, §§ 32-33. Zelfs indien de rechtspraak van het Hof van Cassatie zelf verdeeld is, moet zij een substantiële rechtsonzekerheid tweebrengen vooraleer een wetgevende tussenkomst gerechtvaardigd is, zie EHRM 9 januari 2007, Arnolin e.a. t. Frankrijk, § 77: “S’agissant de la nécessité de mettre un terme à une incertitude juridique, la Cour constate que la Cour de cassation avait adopté une position favorable aux salariés dès le 13 novembre 1990, position confirmée dans un arrêt du 16 juillet 1997. Certes, quatre arrêts en date des 9 mars, 6 avril et 4 mai 1999 ont suscité des interrogations et entretenu l’incertitude quant aux régimes d’équivalence. Force est cependant de constater que très rapidement, à savoir dès le 29 juin 1999, la Cour de cassation a clairement réaffirmé sa position de principe sur la question, qui avait été la sienne depuis 1990. En conséquence, la période d’incertitude jurisprudentielle alléguée n’aura finalement duré que quelques mois, alors même que la solution favorable aux salariés s’appliquait depuis des années.”

¹⁴⁴⁰ RvS, afd. wetgeving, advies 44.247/1/2/3 van 11 en 13 maart 2008 over een voorontwerp van wet “houdende diverse bepalingen”, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-1012/001, 193.

¹⁴⁴¹ Cass. 29 juni 1998, F.97.0107.F, *Arr.Cass.* 1998, 774, nr. 349; Cass. 8 juni 2006, F.03.0054.N.

¹⁴⁴² Cass. 14 maart 2008, F.07.067.F, *Arr.Cass.* 2008, 751, nr. 184; Cass. 14 maart 2008, F.07.0068.F. Vgl. ook GwH 16 november 2000, nr. 115/2000, B.7.1. Uit het eerstgenoemde arrest volgt “dat de definitie die het Hof geeft van de terugwerkende kracht inzake inkomstenbelastingen nu samenvalt met de opvatting die het Grondwettelijk Hof ervan heeft” (*Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2008*, 75).

aanslagjaar en die in werking zijn getreden nadat de met dat aanslagjaar overeenstemmende belastbare periode reeds was voltooid. De wetgever is de gemeenten echter te hulp gekomen, onder het goedkeurend oog van het Grondwettelijk Hof,¹⁴⁴³ door de betrokken belastingen te bekrachtigen “voor zover die aanvullende belastingen het voorwerp uitmaken of nog kunnen uitmaken van een geschil dat steunt op de grief die de terugwerkende kracht aanvoert van de genoemde belastingen omwille van het feit dat zij bindend zijn geworden in de loop van het jaar waarnaar het voornoemde aanslagjaar wordt genoemd”.¹⁴⁴⁴

442. Het Grondwettelijk Hof houdt echter ook rekening met andere doelstellingen. Zo kan “de zorg om de fundamentele opties van de aan gang zijnde onderwijshervorming te vrijwaren en te beletten dat het onverkort toepassen van het vroegere personeelsstatuut die opties zou doorkruisen”, verantwoord worden dat de decreetgever met terugwerkende kracht een grond van onwettigheid van een aangevochten bestuurshandeling wegneemt.¹⁴⁴⁵ Het werd de decreetgever eveneens toegestaan om voor in het verleden verleende subsidies in een uitdrukkelijke juridische grondslag te voorzien, anders zou immers de door die subsidies nagestreefde doelstelling, namelijk “het voorzien in aangepaste huisvesting voor bejaarden in het licht van de toenemende vergrijzing van de bevolking”, ernstig in het gedrang kunnen komen.¹⁴⁴⁶ Ook de geldigverklaring van de opgestarte procedure voor de sociale verkiezingen van 2004 werd gedoogd omdat het “de bedoeling van de wetgever was te vermijden dat de sociale verkiezingen, hun resultaten en de talrijke gevolgen die zij teweegbrengen, op welke manier dan ook voor de komende vier jaar zouden worden gehypothekeerd”.¹⁴⁴⁷

In een ander geval heeft de wetgever, door retroactief in een rechtsgrond te voorzien voor in het verleden geïnde opcentiemen “de moeilijkheden van de provincie Brabant willen verhelpen en de goede werking van die provincie alsmede van de instellingen die ervan afhangen willen verzekeren”.¹⁴⁴⁸ Budgettaire motieven worden wel vaker verpakt als algemeen belang. Zo werd aangenomen dat de noodzaak om de financiering van het Federaal Agentschap voor Nucleaire Controle, gelet op het belang van de opdrachten van dat agentschap, een dwingende reden van algemeen belang vormt die de terugwerkende kracht van het wetgevend optreden verantwoordt, ook al kan dat optreden een weerslag hebben op hangende gerechtelijke procedures.¹⁴⁴⁹

¹⁴⁴³ GwH 26 november 2009, nr. 186/2009, B.9.2.2; GwH 17 december 2009, nr. 199/2009, B.4.

¹⁴⁴⁴ Artikel 2 van de wet van 24 juli 2008 ter bekrachtiging van de vestiging van sommige aanvullende gemeentebelastingen en de aanvullende agglomeratiebelasting op de personenbelasting voor elk van de aanslagjaren 2001 tot 2007 en tot wijziging, met ingang van aanslagjaar 2009, van artikel 468 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, *BS* 8 augustus 2008.

¹⁴⁴⁵ GwH 4 april 1995, nr. 30/95, B.15.

¹⁴⁴⁶ GwH 27 november 2008, nr. 166/2008, B.15. De verzoekende partijen voor de verwijzende rechter betwisten met name de toekenningsvoorwaarden voor de betrokken subsidies.

¹⁴⁴⁷ GwH 19 april 2006, nr. 55/2006, B.8.

¹⁴⁴⁸ GwH 12 november 1992, nr. 67/92, B.11.1.

¹⁴⁴⁹ GwH 15 januari 2009, nr. 6/2009, B.3.6. Zie ook GwH 9 februari 2000, nr. 17/2000, B.6-B.7: vrijwaren van de volksgezondheid; GwH 17 april 2008, nr. 64/2008, B.29.3 en B.47.3: vermijden van rechtsonzekerheid, nadelige budgettaire gevolgen en administratieve desorganisatie; GwH 26 november 2009, nr. 186/2009, B.9.2.3 en GwH 17 december 2009, nr. 199/2009, B.4: vermijden dat talrijke gemeenten zich “in een delicate financiële situatie” bevinden waarbij “hun financiële toestand in gevaar wordt gebracht en [...] hun vermogen om de continuïteit van hun werking te verzekeren”.

Nog een ander voorbeeld: de ordonnantiegever vermocht te oordelen dat de nietigverklaring van het besluit tot vaststelling van het gewestelijk ontwikkelingsplan ertoe zou leiden dat het beleid dat hij ten uitvoer wilde leggen na de aanneming van dat plan en tegelijk ook de maatregelen die ter uitvoering ervan zouden worden genomen, in het geding zouden worden gebracht en dat, gelet op het belang van het instrument dat het plan is, het in het geding brengen van dat beleid en van die maatregelen een uitzonderlijke omstandigheid bleek die zijn optreden verantwoordde. De nietigverklaring van een verordenende maatregel wegens een vormgebrek maakt het immers mogelijk om, op grond van artikel 159 van de Grondwet, de ter uitvoering van die maatregel genomen bepalingen in het geding te brengen.¹⁴⁵⁰

443. In een arrest van 15 juli 1998 stelt het Grondwettelijk Hof zich echter opvallend streng op. In verband met de erkende zorg te vermijden dat rechtsonzekerheid in het leven wordt geroepen, stelt het Hof vast dat het feit dat men met terugwerkende kracht de tussen 1 januari 1995 en 31 december 1996 verrichte afhoudingen¹⁴⁵¹ aan elke vorm van wettigheidskritiek onttrekt, veeleer dan de rechtszekerheid te herstellen, daarentegen tot gevolg heeft dat deze teniet wordt gedaan, vermits de rechtzoekenden aldus het recht wordt ontzegd de wettigheid te laten herstellen wat de gedurende de voormelde periode verrichte afhoudingen betreft. Vervolgens verwerpt het Hof het budgettaire argument en ten slotte ook de verantwoording op grond van het gelijkheidsbeginsel. Wat dat laatste punt betreft, luidt het oordeel dat “de wettige zorg om de gelijkheid onder de gepensioneerden te waarborgen, de fundamentele breuk van gelijkheid die door de betwiste bepalingen wordt veroorzaakt ten aanzien van de jurisdictionele waarborgen, tot nadeel van de gepensioneerden die de vermelde afhoudingen hebben ondergaan, niet [kan] verantwoorden”.¹⁴⁵²

Later aanvaardt het Grondwettelijk Hof wel het gelijkheidsargument, met name in een arrest van 26 november 2009:

“De bestreden bepaling strekt ook ertoe te verhinderen dat in de betrokken gemeenten discriminerende situaties ontstaan die nadelig zijn voor de belastingplichtigen die niet de nodige stappen hebben gezet of hebben kunnen zetten teneinde de vernietiging van hun aanslag betreffende een dergelijke aanvullende gemeentebelasting te verkrijgen, maar die, zoals de belastingplichtigen die de terugbetaling van die aanslag hebben kunnen genieten of zullen kunnen genieten naar aanleiding van de vernietiging ervan, ook ertoe gehouden zullen zijn de last van een eventuele latere stijging van die belasting te dragen, die bestemd is om het verlies aan ontvangsten te compenseren dat te wijten is aan de genoemde terugbetaling, en zelfs de gevolgen van een vermindering van de overheidsuitgaven van de gemeente. Met de aanneming van de bestreden bepaling wenst de wetgever meer in het bijzonder te vermijden dat « een zeer klein aantal van betrokken belastingplichtigen - de meest geïnformeerde of best bijgestane - die

¹⁴⁵⁰ GwH 28 maart 2007, nr. 51/2007, B.4.5. Het Hof erkent dat de ordonnantie die het besluit bekrachtigt voor de hoven en rechtbanken en voor de Raad van State kan worden betwist op grond van artikel 9 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, maar die toetsing is beperkt tot de bestaanbaarheid van de ordonnantie met de in artikel 9 vermelde bepalingen van de Grondwet en van de voormelde bijzondere wet (*supra* nr. 298), zodat de bekritiseerde bekrachtiging de rechtsonzekerheid wel degelijk beperkt. Zie ook GwH 18 november 2010, nr. 131/2010, B.5.9.

¹⁴⁵¹ Bedoeld zijn de van de pensioenen afgehouden solidariteitsbijdragen.

¹⁴⁵² GwH 15 juli 1998, nr. 86/98, B.12.2-B.12.4.

nog de terugbetaling van hun aanvullende gemeentebelasting zouden kunnen bekomen », worden bevoordeeld.¹⁴⁵³

444. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens houdt rekening met alle omstandigheden van de zaak,¹⁴⁵⁴ maar inzonderheid met het doel en de draagwijdte van de maatregel. Als het doel erin bestaat de rechtszekerheid te herstellen en als de maatregel niet een bepaald geval beoogt maar een algemene draagwijdte heeft,¹⁴⁵⁵ dan moet de beïnvloeding van hangende gedingen bij wijze van spreken als aanvaardbare collaterale schade worden beschouwd. Een louter financieel motief volstaat in beginsel niet om de wetgevende tussenkomst te verantwoorden.¹⁴⁵⁶ In de zaak *Building Societies* werd wel een wetgevende validatie aanvaard die ertoe strekte te vermijden dat sommige personen een ongewild belastingvoordeel zouden genieten.¹⁴⁵⁷

Afdeling 3 – De aard van de toegedekte onwettigheid

§ 1. Externe onwettigheid

445. De aard van de toegedekte onwettigheid is een onderschatte factor in de beoordeling van de toelaatbaarheid van een wetgevende validatie. In nogal wat gevallen betreft die onwettigheid de schending van een vormvereiste bij de aanneming van het besluit, met name het verzuim de afdeling wetgeving van de Raad van State te raadplegen. Dat gebrek kan door het bestuur worden hersteld, maar in principe niet met terugwerkende kracht, reden waarom de wetgever doorgaans tussenkomt (*supra* nr. 426).

Ook indien de met bijzondere redenen omklede hoogdringendheid is ingeroepen om aan het advies van de Raad van State te ontsnappen,¹⁴⁵⁸ kunnen de rechtscolleges de wettigheid van de ingeroepen hoogdringendheid controleren en derhalve nagaan of zij (voldoende) gemotiveerd is (*supra* nr. 352).

446. Herhaaldelijk heeft het Grondwettelijk Hof reeds geoordeeld dat de vernietiging van een besluit wegens de schending van een substantiële vormvereiste bij de aanneming ervan en ook

¹⁴⁵³ GwH 26 november 2009, nr. 186/2009, B.9.2.3, met verwijzing naar de parlementaire voorbereiding. Zie ook GwH 22 april 2010, nr. 34/2010, B.5.3; GwH 29 april 2010, nr. 44/2010, B.9.

¹⁴⁵⁴ EHRM 27 mei 2004, OGIS-Institut Stanislas, OGEC St. Pie X en Blanche de Castille e.a. t. Frankrijk, § 63; EHRM (beslissing) 10 november 2005, EEG-Slachthuis Verbist t. België, *Reports of Judgments and Decisions* 2005, XII, 337.

¹⁴⁵⁵ EHRM 20 februari 2003, Forrer-Niedenthal t. Duitsland, § 64. Zie ook EHRM 27 mei 2003, Crisan t. Roemenië, § 27, waarin het ging om een algemene hervorming van de bevoegdheid van de rechtbanken (die er duidelijk niet op gericht was aan een of andere procespartij meer kansen op succes te bieden).

¹⁴⁵⁶ Bv. EHRM 14 februari 2006, Lecarpentier e.a. t. Frankrijk, § 47; EHRM 9 januari 2007, Aubert e.a. t. Frankrijk, § 83; EHRM 9 januari 2007, Arnolin e.a. t. Frankrijk, § 76; EHRM 12 juni 2007, Ducret t. Frankrijk, § 40; EHRM 23 juli 2009, Joubert t. Frankrijk, § 60; EHRM 11 februari 2010, Javaugue t. Frankrijk, § 41. Zie ook reeds EHRM (Grote kamer) 28 oktober 1999, Zielinski en Pradal en Gonzalez e.a. t. Frankrijk, § 59.

¹⁴⁵⁷ EHRM 23 oktober 1997, National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society t. Verenigd Koninkrijk, § 81.

¹⁴⁵⁸ Zie o.a. R. ANDERSEN, "L'urgence et la section de Législation du Conseil d'Etat", *TBP* 2000, 7-11; Th. WERQUIN, concl. voor Cass. 17 september 2001, S.99.0198.N, *Arr.Cass.* 2001, 1455-1458, nr. 465.

de vaststelling van dergelijke schending in een rechterlijke beslissing die slechts tussen partijen geldt, niet tot gevolg kan hebben dat de wetgever in de onmogelijkheid verkeert de hierdoor ontstane rechtsonzekerheid te verhelpen.¹⁴⁵⁹ De wetgever kan daaraan zelfs verhelpen wanneer het besluit strafbaarstellingen bevat (*supra* nr. 89).¹⁴⁶⁰

Het kan ook gaan om de niet-naleving van andere vormvereisten, zoals een onregelmatigheid bij de samenroeping van de provincieraad¹⁴⁶¹ of een schending van de artikelen 87 en 88 van het EG-verdrag, thans de artikelen 107 en 108 van het VWEU (verplichte aanmelding van steunmaatregelen bij de Europese Commissie).¹⁴⁶²

447. De vastgestelde onwettigheid kan ook gelegen zijn in de onbevoegdheid van de auteur van de bestuurshandeling.¹⁴⁶³ Zo kan uit een vernietigingsarrest¹⁴⁶⁴ blijken dat een heffing, die bij koninklijk besluit werd ingevoerd, ten onrechte als een retributie werd beschouwd en dat de wetgever dus zelf – op grond van het wettigheidsbeginsel in belastingaangelegenheden (artikel 170 van de Grondwet) – in de heffing moet voorzien.¹⁴⁶⁵ Maar ook zonder een vernietigingsarrest kan de (al dan niet gegronde) vrees bestaan dat de bij besluit ingevoerde inhouding als een belasting zou worden beschouwd.¹⁴⁶⁶

De (beweerde) onwettigheid van de bestuurshandeling, op grond van de onbevoegdheid van de auteur ervan, kan niet het onaantastbaar recht doen ontstaan, ten voordele van de partijen die die onbevoegdheid hebben aangeklaagd, voor altijd van de betrokken bijdrage te worden vrijgesteld.¹⁴⁶⁷ De nieuwe handeling van de wetgever dient uiteraard zelf de hogere rechtsnormen na te leven.¹⁴⁶⁸ In hoofdzaak budgettaire overwegingen, al dan niet onder het mom van het algemeen belang (*supra* nr. 442), zetten de wetgever er doorgaans toe aan de

¹⁴⁵⁹ Bv. GwH 19 april 2006, nr. 55/2006, B.7; GwH 17 april 2008, nr. 64/2008, B.29.4 en B.47.4; GwH 27 november 2008, nr. 166/2008, B.13; GwH 4 februari 2010, nr. 6/2010, B.11; GwH 12 mei 2010, nr. 55/2010, B.11; GwH 18 november 2010, nr. 131/2010, B.5.6.

¹⁴⁶⁰ GwH 8 maart 2005, nr. 56/2005, B.13, waarbij het Hof uitdrukkelijk opmerkte dat de inhoud van het besluit niet werd betwist.

¹⁴⁶¹ GwH 12 november 1992, nr. 67/92, B.11.1.

¹⁴⁶² GwH 9 februari 2000, nr. 17/2000, B.3.3. Zie echter over het retroactief herstel van die onwettigheid HvJ (Grote kamer) 21 oktober 2003, Van Calster en Cleeren, C-261/01 en C-262/01, punt 60: “Een dergelijke wetgevingstechniek kan niet verenigbaar met de aanmeldingsplicht van artikel [108], lid 3, van het Verdrag worden geacht. Anders zou aan de lidstaten de mogelijkheid worden geboden, een voorgenomen steunmaatregel zonder aanmelding onmiddellijk ten uitvoer te leggen en de gevolgen van het niet-aanmelden weg te werken door de maatregel op te heffen en tegelijkertijd met terugwerkende kracht opnieuw in te voeren.” Aan terugbetaling is in dit geval dus niet te ontkomen, zie o.a. Cass. 5 december 2008, C.07.0145.N, *Arr.Cass.* 2008, 2930, nr. 701.

¹⁴⁶³ Bv. door een overschrijding van de grenzen van de bevoegdheidsdelegatie op basis waarvan het betrokken besluit is genomen, GwH 4 februari 2010, nr. 6/2010, B.11 en GwH 12 mei 2010, nr. 55/2010, B.11.

¹⁴⁶⁴ Dat kan ook een vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof zijn, zie GwH 13 maart 2001, nr. 38/2001, B.12.2: “De wetgever kan niet worden verweten dat hij voortaan zelf – ook met overname van vroegere bepalingen – een aangelegenheid regelt waarin het Hof hem had verweten niet zelf te zijn opgetreden, of, op zijn minst, niet uitdrukkelijk de Koning te hebben gemachtigd om de aangelegenheid te regelen.” In dezelfde zin GwH 23 april 2002, nr. 72/2002, B.9.2; GwH 26 juni 2002, nr. 106/2002, B.2.3; GwH 14 januari 2003, nr. 3/2003, B.2.3.

¹⁴⁶⁵ GwH 15 januari 2009, nr. 6/2009, B.3.3. Zie ook GwH 4 maart 2008, nr. 41/2008, B.7.2.

¹⁴⁶⁶ GwH 15 juni 1993, nr. 46/93, B.6.2. Vgl. GwH 2 juni 2004, nr. 99/2004, B.2.3; GwH 29 april 2010, nr. 44/2010, B.8.

¹⁴⁶⁷ GwH 9 februari 2000, nr. 17/2000, B.3.3; GwH 15 januari 2009, nr. 6/2009, B.3.3-B.3.7.

¹⁴⁶⁸ GwH 28 maart 2007, nr. 51/2007, B.4.4.

heffing met terugwerkende kracht te herstellen. In dat geval is de wetgevende tussenkomst met name aan de toetsingscriteria inzake retroactieve wetgeving onderworpen (*supra* nr. 432).

448. De voormelde rechtspraak geldt met andere woorden voor alle externe onwettigheden. Daarmee zijn de aspecten bedoeld die niet de inhoud van de beslissing maar de auteur en de vorm betreffen (*supra* nr. 350). Een louter externe onwettigheid kan in principe steeds worden hersteld. De wetgever is door de vormvoorschriften doorgaans niet gebonden, zodat de wetgevende validatie niet de vormgebreken vertoont die het bekrachtigde besluit konden aantasten.¹⁴⁶⁹

449. Ook uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat wanneer een handeling nietig is verklaard wegens vorm- of procedurefouten, de betrokken instelling het recht heeft om – met inachtneming van de betrokken vorm- en procedurevoorschriften – opnieuw een identieke handeling vast te stellen, en hieraan zelfs terugwerkende kracht te verlenen indien dit noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang en het gewettigd vertrouwen van de betrokkenen naar behoren in acht wordt genomen.¹⁴⁷⁰

In een arrest van 23 oktober 2008 oordeelde het Gerecht van de Europese Unie:

“Dienaangaande volstaat het erop te wijzen dat de nietigverklaring van een handeling wegens vorm- of procedurefouten helemaal niets afdoet aan het recht van de instelling die deze handeling heeft vastgesteld, om een nieuwe handeling vast te stellen op basis van dezelfde elementen, feitelijk en rechtens, als die welke de grondslag voor de nietig verklaarde handeling hebben gevormd, voor zover zij deze keer de vorm- of procedurevoorschriften – waarvan de schending tot nietigverklaring had geleid – en het gewettigd vertrouwen van de betrokkenen naar behoren in acht heeft genomen.”¹⁴⁷¹

In het verlengde daarvan, met betrekking tot het (retroactief) toedekken van een onwettigheid die bestaat in het ontbreken van een wettelijke grondslag, oordeelde het Gerecht voor ambtenarenzaken van de Europese Unie in een arrest van 5 mei 2009 als volgt :

“En effet, l’exécution d’une décision de justice ayant annulé un acte communautaire pour insuffisance de base légale ne peut justifier de façon systématique que l’administration puisse prendre un acte ayant un caractère rétroactif de façon à couvrir l’illégalité initiale. Ainsi qu’il a été rappelé (...), une telle rétroactivité n’est conforme au principe de sécurité juridique que dans des cas exceptionnels, lorsque le but à atteindre l’exige et lorsque la confiance légitime des intéressés est dûment respectée.”¹⁴⁷²

¹⁴⁶⁹ GwH 7 december 1993, nr. 84/93, B.6; GwH 20 januari 1994, nr. 5/94, B.8. Zie ook GwH 23 maart 2005, nr. 64/2005, B.9.3: “een wetsnorm kan niet worden verweten dat hij de adressaten ervan de adviezen die voorafgaan aan een besluit en de beroepen die daartegen kunnen worden ingesteld, ontzegt, aangezien niet wordt aangevoerd dat die wetgever buiten zijn bevoegdheden zou hebben gehandeld”.

¹⁴⁷⁰ Zie recent Gerecht 23 oktober 2008, T-256/07, Organisatie van Volksmujahedeene van Iran, punt 65, met verwijzing naar HvJ 30 september 1982, Amylum/Raad, 108/81, punten 4-17; HvJ 13 november 1990, Fedesa e.a., C-331/88, punten 45-47; Gerecht 17 oktober 1991, de Compte/Parlement, T-26/89, punt 66.

¹⁴⁷¹ Gerecht 23 oktober 2008, T-256/07, Organisatie van Volksmujahedeene van Iran, punt 75.

¹⁴⁷² Gerecht voor ambtenarenzaken 5 mei 2009, Simões Dos Santos, F-27/08, punt 105.

§ 2. Interne onwettigheid

450. De interne onwettigheid van een bestuurshandeling is een andere zaak. Zij heeft geen betrekking op de vorm en de bevoegdheid, maar op de inhoud van de maatregel en de overeenstemming daarvan met de hogere rechtsnormen.

Op dat punt moet de aard van de onwettigheid meer in detail worden bekeken.¹⁴⁷³ Meer bepaald is dan van belang of de betrokken onwettigheid ook aan het Grondwettelijk Hof kan worden voorgelegd. Dat is bijvoorbeeld het geval als de bestuurshandeling in strijd is met het gelijkheidsbeginsel: de wetgevende norm die de bestuurshandeling ongewijzigd overneemt zal door dezelfde onwettigheid zijn aangetast. Het Grondwettelijk Hof kan de grief die daarop is gesteund op dezelfde wijze onderzoeken als de Raad van State dat kon vóór de bekrachtiging van de bestuurshandeling.¹⁴⁷⁴ Hetzelfde geldt voor een aantasting van het beginsel van niet-retroactiviteit.¹⁴⁷⁵

451. Het Grondwettelijk Hof dient derhalve te onderzoeken welke grieven voor de Raad van State of voor de gewone hoven en rechtbanken tegen de inmiddels bekrachtigde besluiten werden aangevoerd.

In een aantal arresten stelde het Hof bijvoorbeeld vast dat het ging om de volgende gebreken: het verzuim van formaliteiten die de Koning in acht diende te nemen, een aantasting van het beginsel van de niet-retroactiviteit van de wetten en verordeningen en de vaststelling van de uitvoering van de opgelegde verplichtingen op data voorafgaand aan de inwerkingtreding van de koninklijke besluiten. Die onregelmatigheden, gesteld dat ze zouden zijn aangetoond, hebben volgens het Hof ten voordele van de partijen die de koninklijke besluiten voor de Raad van State hadden aangevochten, niet het onaantastbaar recht kunnen doen ontstaan voor altijd te worden vrijgesteld van elke betaling van de betwiste heffing, wanneer de betaling ervan gegrond zou zijn op een nieuwe akte waarvan de grondwettigheid onbetwistbaar zou zijn. Die nieuwe akte zou slechts ongrondwettig zijn indien zij zelf de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang met de in het middel vermelde bepalingen, zou schenden.¹⁴⁷⁶

In een ander arrest werden de tegen het koninklijk besluit van 28 oktober 1994 aangevoerde middelen afgeleid uit de schending van artikel 105 van de Grondwet en van artikel 68 van de

¹⁴⁷³ Ook wanneer het gaat om een loutere bekrachtiging, door de wetgever, van een besluit (bekrachtigingstechniek, *supra* nr. 429), dient het Grondwettelijk Hof, bij zijn toetsing van de wetgevende norm, uiteraard de inhoud van het bekrachtigde besluit te betrekken, zie GwH 24 juni 1998, nr. 76/98, B.3.2. Er moet immers worden aangenomen dat de wetgever zich de betwiste bepaling eigen heeft gemaakt, zie GwH 20 januari 1999, nr. 6/99, B.3.

¹⁴⁷⁴ Bv. GwH, nr. 102/2003, B.16.7: "Bovendien voerden die verzoekers voor de Raad van State hoofdzakelijk verschillen in behandeling aan die zij onverantwoord achtten. Die verschillen in behandeling konden voor het Hof worden bestreden. De rechtsbescherming van de verzoekers wordt dus niet aangetast."

¹⁴⁷⁵ Bv. GwH 13 juli 2001, nr. 98/2001, B.8.5; GwH 26 november 2009, nr. 186/2009, B.3.2 en B.8; GwH 4 februari 2010, nr. 6/2010, B.11; GwH 12 mei 2010, nr. 55/2010, B.11.

¹⁴⁷⁶ GwH 15 september 1999, nr. 97/99, B.27; GwH 13 juli 2001, nr. 98/2001, B.8.5; GwH 19 december, nr. 159/2001, B.13.5.

wet van 30 maart 1994, doordat de Koning de machtiging die hem bij dat laatste artikel is toegekend, heeft overschreden, uit het feit dat de afdeling wetgeving van de Raad van State niet werd geraadpleegd, uit het algemeen beginsel van niet-retroactiviteit en uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. De eerste twee schendingen, gesteld dat ze zouden zijn aangetoond, hebben ten voordele van de partijen die het koninklijk besluit van 28 oktober 1994 hadden aangevochten of die de wettigheid ervan gerechtelijk hadden betwist, niet het onaantastbaar recht kunnen doen ontstaan voor altijd te worden vrijgesteld van elke betaling van de solidariteitsbijdrage voor de jaren 1995 en 1996,¹⁴⁷⁷ zelfs indien de betaling ervan gegrond zou zijn op een nieuwe akte waarvan de regelmatigheid onbetwistbaar zou zijn. Die nieuwe akte zou slechts ongrondwettig zijn, zo stelt het Hof, indien hij zelf de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, eventueel in samenhang met het algemeen beginsel van niet-retroactiviteit van de wetten, zou schenden.¹⁴⁷⁸

452. Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat het Grondwettelijk Hof belang hecht aan de mogelijkheid om de inhoudelijke grieven te kunnen laten onderzoeken door een rechter. Dat punt wordt verderop uitgewerkt (afdeling 5). Daarnaast hecht het Hof ook belang aan het feit dat de wetgever een bevoegdheid heeft willen uitoefenen die hem toekomt. Dat punt komt in de volgende afdeling aan bod (afdeling 4). Ten slotte lijkt het Hof ervan uit te gaan dat het retroactief herstellen van bepaalde onwettigheden geen afbreuk doet aan het rechterlijk gezag van gewijsde (afdeling 6).

§ 3. De aard van de toegedekte onwettigheid in het licht van de rechtszekerheid

453. Aangezien een wetgevende validatie doorgaans de rechtszekerheid beoogt te herstellen (*supra* nr. 426), maakt de aard van de toegedekte onwettigheid een belangrijk verschil uit. Wanneer het gaat om een externe onwettigheid die wordt rechtgezet, dan kan de regeling immers in identieke bewoordingen worden hersteld, zodat zij de rechtsonderhorigen niet kan verrassen. De validatie heeft wel een terugwerkend effect, maar zij roept geen nieuwe bepalingen in het leven, die zouden afwijken van de bepalingen die reeds in het onwettige besluit voorkwamen. Zij doet met andere woorden niets anders dan bepalingen consolideren waarvan de adressaten de draagwijdte kenden¹⁴⁷⁹ (zodat geen afbreuk wordt gedaan aan hun gewettigde verwachtingen)¹⁴⁸⁰ en geeft derhalve geen aanleiding tot rechtsonzekerheid.¹⁴⁸¹

Zo doet bijvoorbeeld de wet van 14 juli 1994 betreffende de financiering van het Instituut voor veterinaire keuring, die de artikelen overneemt van een koninklijk besluit van 25 januari 1989 dat

¹⁴⁷⁷ Het ging om de wet van 12 augustus 2000 houdende sociale, budgettaire en andere bepalingen waarbij de wet van 30 maart 1994 werd gewijzigd (artikel 23), met uitwerking van 1 januari 1995 tot 31 december 1996 (artikel 24).

¹⁴⁷⁸ GwH 13 maart 2002, 49/2002, B.15.2.

¹⁴⁷⁹ Bv. GwH 15 september 1999, nr. 97/99, B.29; GwH 13 juli 2001, nr. 98/2001, B.8.7; GwH 13 maart 2002, nr. 49/2002, B.17; GwH 14 september 2006, nr. 139/2006, B.14; GwH 4 maart 2008, nr. 41/2008, B.7.3; GwH 4 februari 2010, nr. 6/2010, B.12; GwH 29 april 2010, nr. 44/2010, B.10; GwH 12 mei 2010, nr. 55/2010, B.12.

¹⁴⁸⁰ GwH 18 november 2010, nr. 131/2010, B.5.7.

¹⁴⁸¹ GwH 13 maart 2001, nr. 38/2001, B.14.3; GwH 23 april 2002, nr. 72/2002, B.11.4; GwH 26 juni 2002, nr. 106/2002, B.2.89; GwH 14 januari 2003, nr. 3/2003, B.2.9; GwH 22 april 2010, nr. 34/2010, B.5.4.

wegens een vormgebrek door de Raad van State werd vernietigd, “op het vlak van de kenbaarheid van de wet zeker geen rechtsonzekerheid ontstaan daar zij woordelijk de bepalingen van het koninklijk besluit van 25 januari 1989 overneemt”.¹⁴⁸²

454. In een beslissing van 10 november 2005, meer bepaald in de zaak die ook aanleiding gaf tot het arrest nr. 17/2000 van het Grondwettelijk Hof, heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof op dat punt goedgekeurd.

Wanneer de wetgever retroactief een vormgebrek herstelt, bestaat de doelstelling erin “d’assurer le respect de la volonté initiale du législateur” door middel van het opvullen van “un vide juridique créé par l’erreur technique initialement commise”. Het Europees Hof beklemtoont “le fait que les requérants ne pouvaient valablement escompter que l’Etat resterait inactif. L’intervention était prévisible et répondait à une évidente et impérieuse justification d’intérêt général. Elle ne crée pas d’insécurité juridique particulière dans la mesure où, comme il a déjà été relevé, le contenu des dispositions législatives est rigoureusement identique à celui de l’arrêté royal initial.”¹⁴⁸³ Het Europees Hof zegt niet waaruit dat dwingend motief van algemeen belang bestaat, maar uit het arrest nr. 17/2000 van het Grondwettelijk Hof kan worden afgeleid dat het een als volksgezondheid vermomd budgettair motief betreft (*supra* nr. 442 en vn. 1449).

Ook in een vroeger arrest heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens reeds erkend dat de wetgever een rechtstechnisch mankement mag rechtzetten als daarmee de oorspronkelijke wil van de wetgever wordt bevestigd en als de verzoekers die rechtzetting redelijkerwijze mochten verwachten.¹⁴⁸⁴ Het Hof houdt er ook rekening mee dat er nog geen definitieve rechterlijke uitspraak is op het moment van de wetgevende tussenkomst en dat die tussenkomst er met name toe strekt de gelijkheid van de rechtsonderhorigen te waarborgen.¹⁴⁸⁵

Inzake het optreden van een onbevoegde overheid stelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich minder soepel op, zo blijkt uit een later arrest, waarin het de wettelijke validatie van fiscale controles die door onbevoegde diensten waren verricht, strijdig bevindt met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM. De financiële belangen van de staat wegen niet op tegen het eigendomsrecht van de belastingplichtige. Artikel 6.1 van het EVRM was hier niet van toepassing, maar het Hof betreft dat element toch in zijn beoordeling.¹⁴⁸⁶

¹⁴⁸² GwH 20 mei 1998, nr. 49/98, B.5.1.

¹⁴⁸³ EHRM (beslissing) 10 november 2005, EEG-Slachthuis Verbist t. België, *Reports of Judgments and Decisions* 2005, XII, 337. Zie echter ook *supra* vn. 1462 voor het oordeel van het Hof van Justitie, alsook *infra* nr. 468.

¹⁴⁸⁴ EHRM 27 mei 2004, OGIS-Institut Stanislas, OGEC St. Pie X en Blanche de Castille e.a. t. Frankrijk, §§ 67-71. Zie ook EHRM (beslissing) 9 december 2008, sci Parc de Vallauris t. Frankrijk, waarin “la Cour juge convaincante la thèse du Gouvernement selon laquelle, en se bornant à purger un vice de pure forme, la loi de validation litigieuse a permis le recouvrement d’impositions par ailleurs légalement dues”. Over de laatstgenoemde zaak, zie ook E. VAN BRUSTEM, “La Cour européenne affine sa jurisprudence en matière de validations législatives applicables à des litiges pendants”, *RGCF* 2009, 415-430.

¹⁴⁸⁵ EHRM 27 mei 2004, OGIS-Institut Stanislas, OGEC St. Pie X en Blanche de Castille e.a. t. Frankrijk, § 71.

¹⁴⁸⁶ EHRM 23 juli 2009, Joubert t. Frankrijk, § 67, *RGCF* 2009, 409, noot E. VAN BRUSTEM. Zie ook EHRM 25 november 2010, Lilly France (n° 2) t. Frankrijk, §§ 46-58.

“En l'espèce, l'intervention législative litigieuse a définitivement empêché les requérants de faire valoir leur grief tiré de l'incompétence des agents de la DVNI devant les juridictions administratives, les privant ainsi d'un bien dont ils pouvaient espérer obtenir le remboursement.”

455. Gaat het om een interne onwettigheid die niet wordt overgenomen (*supra* nrs. 450-451) maar wordt rechtgezet door de wetgever, dan wijzigt de regeling inhoudelijk en kan er van een validatie in principe geen sprake meer zijn, enkel nog van een retroactieve wet. Die wordt *grosso modo* aan de hand van dezelfde criteria beoordeeld (*supra* nr. 432), maar als de regeling inhoudelijk wijzigt, is er doorgaans wel sprake van een verrassingseffect (en dus van rechtsonzekerheid).

Afdeling 4 – De wetgever moet bevoegd zijn

§ 1. Horizontale bevoegdheidsverdeling

456. Wanneer “uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang” zijn aangetoond, zijn nog niet alle problemen van de baan. Om van een grondwettig wetgevend optreden te kunnen spreken, moet de wetgever ook bevoegd zijn om in de betrokken aangelegenheid op te treden. Die voorwaarde verwijst in de eerste plaats naar de beperkte bevoegdheid van bepaalde wetgevers, meer bepaald de decreetgevers en de ordonnantiegever, om aan de bevoegdheid van de rechtscolleges te raken (horizontale bevoegdheidsverdeling), maar zij verwijst vooral ook naar de beperkte bevoegdheid van de wetgever om op het domein van de uitvoerende macht te treden (verticale bevoegdheidsverdeling).

457. In zijn vroege rechtspraak was het Grondwettelijk Hof van oordeel dat de decreetgever niet bevoegd is om individuele administratieve rechtshandelingen (het ging om benoemingsbesluiten) geldig te verklaren omdat de Raad van State daardoor wordt verhinderd zich over de beroepen tot nietigverklaring van die rechtshandelingen uit te spreken¹⁴⁸⁷ en de decreetgever aldus een door de Grondwet aan de wet voorbehouden aangelegenheid betreedt.¹⁴⁸⁸ Krachtens artikel 146 van de Grondwet¹⁴⁸⁹ is de regeling van de bevoegdheid van de rechtscolleges immers een aan de federale wetgever voorbehouden aangelegenheid.

¹⁴⁸⁷ Die rechtspraak zou niet noodzakelijk gelden wanneer de wetgevende validatie beoogt de gevolgen van een reeds uitgesproken vernietiging teniet te doen, aldus P. POPELIER, “Legislatieve ‘validatie’: een kwestie van wetgevingstechniek”, in M. ADAMS en L. WINTGENS (eds.), *Wetgeving in theorie en praktijk*, Antwerpen, Maklu, 1994, 88.

¹⁴⁸⁸ GwH 11 februari 1988, nr. 46/88, B.5.1-B.5.6.

¹⁴⁸⁹ Artikel 146 van de Grondwet bepaalt: “Geen rechtbank, geen met eigenlijke rechtspraak belast orgaan kan worden ingesteld dan krachtens een wet. Geen buitengewone rechtbanken of commissies kunnen, onder welke benaming ook, in het leven worden geroepen.” Onder de met eigenlijke rechtspraak belaste organen worden de administratieve en tuchtrechtscolleges verstaan (*supra* nr. 197). Het in 1993 ingevoegde artikel 160 van de Grondwet behoudt de bevoegdheid van de Raad van State uitdrukkelijk voor aan de federale wetgever (zie ook het eveneens in 1993 ingevoegde artikel 161 van de Grondwet, wat de andere administratieve rechtscolleges betreft).

Die rechtspraak is echter nog van weinig belang, sedert de decreetgever (meer bepaald vanaf medio 1993), gebruik makend van de impliciete bevoegdheden,¹⁴⁹⁰ ook op de door de Grondwet aan de wetgever voorbehouden aangelegenheden mag treden.¹⁴⁹¹ De voorwaarden voor het gebruik maken van impliciete bevoegdheden zijn drievoudig: (1) de door de decreetgever of ordonnantiegever buiten zijn bevoegdheid aangenomen bepalingen moeten noodzakelijk zijn voor een zinvolle uitoefening van de hem uitdrukkelijk toegewezen bevoegdheden, (2) de betreden bevoegdheid moet zich tot een gedifferentieerde regeling lenen en (3) de weerslag op de betreden bevoegdheid moet marginaal zijn.¹⁴⁹² Aan die laatste twee voorwaarden is in geval van een wetgevende validatie doorgaans voldaan en als er reeds “uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang” zijn aangetoond (*supra* nr. 433), stelt ook de noodzakelijkheidsvoorwaarde geen probleem. In elk geval moet worden vastgesteld dat na het arrest nr. 46/88 geen enkel validatiedecreet meer op bevoegdheidsrechtelijke gronden is gesneuveld.

§ 2. Verticale bevoegdheidsverdeling

458. Op het verticale vlak wint de bevoegdheidsvraag daarentegen aan belang. Op het eerste gezicht ligt daar weinig conflictstof aangezien de wetgevende macht alles mag regelen wat niet uitdrukkelijk door de Grondwet (of de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen) aan de uitvoerende macht is toevertrouwd.¹⁴⁹³ Door de aangelegenheid van de solidariteitsbijdrage¹⁴⁹⁴ of van de heffing op de omzet van de farmaceutische bedrijven¹⁴⁹⁵ in een wet te regelen, heeft de wetgever bijvoorbeeld een bevoegdheid uitgeoefend die hem toekomt, maar ook: door het gewestelijk ontwikkelingsplan in een ordonnantie te regelen, heeft de ordonnantiegever zelf een bevoegdheid willen uitoefenen die hem toekomt.¹⁴⁹⁶

De afdeling wetgeving van de Raad van State heeft het uitgangpunt lang geleden zo geformuleerd:

“Dat door de wetgever aan een koninklijk besluit kracht van wet wordt verleend kan, wat de bevoegdheidsverdeling tussen de wetgevende macht en de uitvoerende macht betreft, grondwettelijk op geen bezwaar stuiten, tenminste niet als het gaat om koninklijke besluiten die met toepassing van de artikelen 67 en 78 van de Grondwet zijn genomen. De wetgevende macht kan, indien zij het nuttig acht, haar uitdrukkelijke opdracht aan de uitvoerende macht terugnemen en zelf de nodige maatregelen treffen door aanvulling of wijziging van de wet of tot een bestanddeel van de wet maken wat voordien een uitvoeringsbepaling was.”¹⁴⁹⁷

¹⁴⁹⁰ Zie artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

¹⁴⁹¹ Zie artikel 19, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

¹⁴⁹² Bv. GwH 30 april 2003, nr. 49/2003, B.8.2.

¹⁴⁹³ Bv. GwH 23 maart 2005, nr. 64/2005, B.9.2: “Krachtens artikel 78 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen heeft de Regering geen andere macht dan die welke de Grondwet en de wetten en decreten krachtens de Grondwet uitgevaardigd, haar uitdrukkelijk toekennen.”

¹⁴⁹⁴ GwH 13 maart 2002, nr. 49/2002, B.15.1.

¹⁴⁹⁵ GwH 15 september 1999, nr. 97/99, B.25.

¹⁴⁹⁶ GwH 28 maart 2007, nr. 51/2007, B.4.2. Zie ook GwH 2 juli 2003, nr. 94/2003, B.23.

¹⁴⁹⁷ RvS, afd. wetgeving, advies van 24 november 1977, aangehaald in J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State*, Antwerpen, Maklu, 1999, 265.

Uit het door de Raad van State gemaakte voorbehoud blijkt tegelijkertijd dat de wetgever rekening moet houden met bepaalde grenzen. De artikelen 67 en 78 van de Grondwet – de huidige artikelen 108 en 105 van de Grondwet (*supra* nr. 14) – verwijzen immers naar de bevoegdheid van de Koning om de wetten uit te voeren (zie ook *supra* nr. 46).

459. De techniek van de wetgevende validatie (aangekondigd of niet) kan niet worden aangewend in een aangelegenheid die tot de zelfstandige bevoegdheid van de Koning behoort, zoals de bevoegdheid om het statuut van de ambtenaren bij het algemeen bestuur te regelen (artikelen 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet).¹⁴⁹⁸ Maar ook wanneer de wetgever een bevoegdheid uitoefent die hem toekomt, mag hij niet zonder meer in een afwijking voorzien in een aangelegenheid die hij eerst aan de Koning heeft opgedragen.

Een voorbeeld kan dit verduidelijken. De artikelen 37 en 107, tweede lid, zijn niet van toepassing op de ambtenaren van de parastatale overheidsdiensten. De wetgever heeft evenwel aan de Koning de bevoegdheid verleend om het statuut van het personeel van die instellingen te regelen.¹⁴⁹⁹

In beginsel kan de wetgever dus beslissen om (een aspect van) het statuut van de ambtenaren van de parastatale instellingen, dat hij aan de Koning heeft opgedragen, zelf te regelen, maar die werkwijze leidt ertoe dat op de niet-naleving van bepaalde vormvereisten die bij de regeling door een koninklijk besluit zijn opgelegd, geen sanctie is gesteld. *In casu* gaat het om het advies van het algemeen beheerscomité van het RIZIV, om het akkoord van de ministers van Ambtenarenzaken en van Begroting en om het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State. Aangezien die vormvereisten voor de betrokken ambtenaren een waarborg vormen, zou de wetgever de aangelegenheid die hij heeft opgedragen, niet zelf kunnen regelen, enkel en alleen om ze te omzeilen.¹⁵⁰⁰

Bovendien vormen het beginsel van de gelijke toegang tot de openbare dienst en het beginsel volgens hetwelk de benoemingen gebeuren op basis van rechtsregels die vooraf op algemene en objectieve wijze zijn bepaald, een corollarium van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Een afwijking van deze algemene regels, zelfs wanneer zij uitgaat van de wetgever, moet

¹⁴⁹⁸ GwH 2 juni 2004, nr. 99/2004, B.6.2. Behoudens wat de aangelegenheden betreft die de Grondwet aan de wetgever heeft voorbehouden, zoals die inzake pensioenen (artikel 179 van de Grondwet), het nationaliteitsvereiste (artikelen 8 en 10 van de Grondwet) en het gebruik der talen (artikelen 30 en 129, § 1, van de Grondwet), zie A. ALEN, *Handboek*, 222.

¹⁴⁹⁹ Zie artikel 11 van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar en artikel 21 van het koninklijk besluit van 3 april 1997 houdende maatregelen met het oog op de responsabilisering van de openbare instellingen van sociale zekerheid, met toepassing van artikel 47 van de wet van 26 juli 1996 tot modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels.

¹⁵⁰⁰ GwH 2 oktober 2002, nr. 138/2002, B.5.3. Zie ook reeds, wat de schorsing in dezelfde zaak betreft, GwH 10 juli 2002, nr. 129/2002, B.6.3. Vgl. echter GwH 23 maart 2005, nr. 64/2005, B.9.3: "een wetsnorm kan niet worden verweten dat hij de adressaten ervan de adviezen die voorafgaan aan een besluit en de beroepen die daartegen kunnen worden ingesteld, ontzegt, aangezien niet wordt aangevoerd dat die wetgever buiten zijn bevoegdheden zou hebben gehandeld".

berusten op voldoende redenen van algemeen belang om een aantasting van de coherentie van het door de Koning uitgevaardigde personeelsstatuut te verantwoorden.¹⁵⁰¹

Meer algemeen staat in beginsel niets eraan in de weg dat een wetgever afwijkt van een wettelijke bepaling die hij zelf heeft aangenomen, maar hij dient daarbij het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie na te leven.¹⁵⁰² Bijgevolg mag een wetgever, wanneer hij een bevoegdheid uitoefent die hem toekomt, niet zonder objectieve en redelijke verantwoording in een afwijkende regeling voorzien in een aangelegenheid die hij zelf op algemene wijze heeft geregeld en waarvan hij de nadere uitwerking en de toepassing aan de uitvoerende macht heeft opgedragen.

§ 3. Het verlenen van stedenbouwkundige vergunningen

460. Een soortgelijke redenering kan worden gevolgd inzake stedenbouw. Meermaals reeds heeft het Grondwettelijk Hof erop gewezen dat het inzake stedenbouw doorgaans van essentieel belang is, zowel voor de aanvrager van de vergunning als voor de betrokken derden, dat hun niet de dienst zou worden ontzegd die een gespecialiseerde overheid kan bieden door hun situatie *in concreto* te beoordelen en dat door de rechter kan worden onderzocht of de administratie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door van mening te zijn dat de aanvraag al dan niet in overeenstemming is met de goede ruimtelijke ordening of door een afwijking van de van kracht zijnde planologische bepalingen toe te kennen. Die controle kan door de Raad van State worden uitgeoefend wanneer een administratieve beslissing is genomen of, in geval van stilzwijgen van de administratie, wordt geacht te zijn genomen. In geval van een dergelijke administratieve beslissing zou de gewone rechter, krachtens artikel 159 van de Grondwet, een vergelijkbare controle kunnen uitoefenen.¹⁵⁰³

Ook op dat vlak kan worden betoogd dat de wetgever, wanneer hij voor een bepaalde categorie van vergunningen in een wettelijke regeling voorziet, de niet-naleving van bepaalde vereisten aan elk rechterlijk toezicht onttrekt. Bovendien vormt het beginsel dat de vergunningen worden verleend op basis van rechtsregels die vooraf op algemene en objectieve wijze zijn bepaald, eveneens een corollarium van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (*supra* nr. 459), zodat een afwijking van deze algemene regels, zelfs wanneer zij uitgaat van de wetgever, moet berusten op voldoende redenen van algemeen belang om een aantasting van de coherentie van het door de decreetgever zelf uitgevaardigde systeem inzake het verlenen van vergunningen te verantwoorden.

¹⁵⁰¹ GwH 2 oktober 2002, nr. 138/2002, B.5.4. Zie ook reeds, wat de schorsing in dezelfde zaak betreft, GwH 10 juli 2002, nr. 129/2002, B.6.5.

¹⁵⁰² Bv. GwH 25 januari 2007, nr. 22/2007, B.6.1-B.6.2.

¹⁵⁰³ GwH 10 mei 2006, nr. 74/2006, B.4-B.8, m.b.t. artikel 53, § 2, vijfde lid, van het decreet van het Vlaamse Gewest betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996; zie daarover ook GwH 21 maart 2007, nr. 49/2007, B.8-B.10. In dezelfde zin reeds GwH 7 juni 2001, nr. 78/2001, B.4-B.8, m.b.t. het soortgelijke artikel 137, tweede lid, van de ordonnantie van de Brussels Hoofdstedelijk Parlement van 29 augustus 1991 houdende organisatie van de planning en de stedenbouw, en GwH 26 november 2003, nr. 156/2003, B.4-B.8, m.b.t. het soortgelijke artikel 52, § 2, van het Waalse Wetboek van Ruimtelijke Ordening, Stedenbouw en Patrimonium, in de versie die voorafgaat aan het decreet van 27 november 1997.

Hoewel de decreetgever in beginsel kan beslissen om een onderdeel van het vergunningenbeleid inzake ruimtelijke ordening zelf uit te oefenen, leidt die werkwijze ertoe dat aan de voormelde waarborgen afbreuk wordt gedaan. Aangezien de tussenkomst van een gespecialiseerde overheid en het rechterlijk toezicht op zowel de externe als de interne wettigheid van die tussenkomst voor de betrokken rechtsonderhorigen bijzondere waarborgen vormen, zou de decreetgever de aangelegenheid die hij heeft opgedragen, niet zelf kunnen uitoefenen, enkel en alleen om die waarborgen te omzeilen.¹⁵⁰⁴

Enkel in uitzonderlijke omstandigheden, wanneer voldoende redenen van algemeen belang voorhanden zijn, kan de decreetgever machtiging verlenen om bij het toekennen van stedenbouwkundige en andere vergunningen af te wijken van de voorschriften van de plannen van aanleg. Het voorhanden zijn van dergelijke omstandigheden werd met name aanvaard in een arrest van 2 juli 2003, waarmee het Grondwettelijk Hof de beroepen tot vernietiging van de uitzonderingsregeling “voor enkele bouwvergunningen waarvoor dwingende redenen van groot algemeen belang gelden” (het zogenaamde Deurganckdokdecreet) heeft verworpen.¹⁵⁰⁵

461. De afdeling wetgeving van de Raad van State gaat nog een stap verder, misschien zelfs een stap te ver in het licht van de residuaire bevoegdheid van de wetgevende macht.¹⁵⁰⁶ het beginsel van de scheiding der machten zou eraan in de weg staan dat een parlement de uitoefening van de wetgevende en de uitvoerende functie cumuleert “en se chargeant tout à la fois, non seulement d’édicter des règles de droit générales et permanentes, mais aussi de les appliquer à des situations individuelles”.¹⁵⁰⁷ De wetgever mag immers niet de essentie van de scheiding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht miskennen “en mettant en place un régime qui bouleverserait complètement la répartition des attributions respectives des organes titulaires du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif”.¹⁵⁰⁸

¹⁵⁰⁴ Naar analogie met de hoger aangehaalde arresten nrs. 129 en 138/2002 van het Grondwettelijk Hof (*supra* nr. 459).

¹⁵⁰⁵ GwH 2 juli 2003, nr. 94/2003, B.11.3. Zie in zekere zin ook reeds GwH 6 juni 1995, nr. 41/95, B.6.2 en GwH 27 maart 1996, nr. 24/96, B.4.4, met betrekking tot de machtiging aan de Vlaamse Regering om bij de aanwijzing van de beschermde duingebieden af te wijken van de wetskrachtige bepalingen inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw, waardoor zich een probleem voordeed van hiërarchie tussen wetsnormen en uitvoeringsbepalingen “dat alleen door de decreetgever zelf kon worden opgelost”, door middel van een (aangekondigde) bekrachtiging. Volgens het Hof betrof het een controle van de decreetgever op de uitoefening van de machten die hij aan de Vlaamse Regering heeft verleend “in een aangelegenheid die hij vermag zelf te regelen” (B.6.3 van het arrest nr. 41/95).

¹⁵⁰⁶ Zie D. RENDERS, *La consolidation législative de l’acte administratif unilatéral*, Brussel, Bruylant, 2003, 88, die van oordeel is dat de Grondwet de wetgever niet verhindert bij wege van individuele maatregel op te treden.

¹⁵⁰⁷ RvS, afd. wetgeving, advies 44.320/4 van 7 mei 2008 over een voorontwerp van decreet van het Waalse Gewest “relatif aux autorisations régionales modifiant le Code wallon de l’aménagement du territoire, de l’urbanisme, du patrimoine et le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d’environnement”, *Parl.St. W.Parl.* 2007-08, nr. 805/1, 47-48.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, 49. Zie, min of meer in dezelfde zin, B. ACKERMAN, “The New Separation of Powers”, *Harvard Law Review* 2000, 689: “The power to make laws must be separated from the power to implement them. If politicians are allowed to breach this barrier, the result will be tyranny.”

Inzonderheid inzake stedenbouw en ruimtelijke ordening heeft de afdeling wetgeving in een ander advies bovendien gewezen op verplichtingen die voortvloeien uit de zogenaamde plan-MER-richtlijn,¹⁵⁰⁹ waaraan sedert 21 juli 2004 moet zijn voldaan, en uit het verdrag van Aarhus van 25 juni 1998 betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, dat in België op 21 april 2003 in werking is getreden.¹⁵¹⁰ De Raad van State stelde met name vast dat na de bekrachtiging van de besluiten van de Vlaamse Regering “alleen een beroep openstaat bij het Grondwettelijk Hof, waarbij dat Hof in beginsel niet kan toetsen of het decreet, dat gewestplanwijzigingen valideert, strijdig is met bepalingen van het nationale recht betreffende het milieu, onder meer de door het verdrag van Aarhus bepaalde procedurele waarborgen inzake de totstandkoming van deze gewestplanwijzigingen”, terwijl krachtens artikel 9 van het genoemde verdrag een volledige toetsing aan de bepalingen van het nationale recht betreffende het milieu mogelijk moet zijn en het Grondwettelijk Hof wettelijke bepalingen in de regel niet kan toetsen aan andere wettelijke bepalingen (zie afdeling 5).

§ 4. Validatie van individuele besluiten

462. De afwijking van de algemene regel verklaart ook de strenge houding van het Hof wanneer het gaat om een bekrachtiging van individuele besluiten, zoals de bekrachtiging van administratieve rechtshandelingen tot benoeming¹⁵¹¹ of bevordering van personeelsleden van de Nationale Loterij¹⁵¹² of de bekrachtiging van concordantiebeslissingen van de hogeschoolbesturen tot docent. Dergelijke bekrachtiging verhindert dat de Raad van State zich ten gronde uitspreekt over de eventuele onregelmatigheid van de aan zijn oordeel onderworpen beslissingen en dat de hoven en rechtbanken waarbij geschillen aanhangig worden gemaakt betreffende die beslissingen zich zouden kunnen uitspreken over de wettigheid ervan met toepassing van artikel 159 van de Grondwet. Bijgevolg wordt de categorie van burgers waarop de betrokken beslissingen toepasselijk zijn, ongelijk behandeld ten opzichte van de andere burgers die de rechterlijke waarborgen genieten die worden geboden bij de artikelen 144, 145 en 159 van de Grondwet en bij artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

¹⁵⁰⁹ Richtlijn 2001/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2001 betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's.

¹⁵¹⁰ RvS, afd. wetgeving, advies 47.672/1 van 28 januari 2010 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering “houdende ongewijzigde vaststelling van gewestplanwijzigingen overeenkomstig artikel 7.4.1, § 2, van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening”, punt 3.1 en 3.2.

¹⁵¹¹ Wetgevende validaties vonden nochtans in oorsprong plaats om onregelmatige benoemingen te regulariseren, aldus J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 193. Zie ook E. LIEKENDAEL, “De scheiding der machten aan de vooravond van het derde millenium”, rede uitgesproken door de procureur-generaal op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1997, *RW* 1997-98, 554-555 en A. ALEN, “*Scheiding of "samenwerking" der machten?*”, Brussel, Academiae Analecta, 1990, 61.

¹⁵¹² GwH 12 maart 1992, nr. 20/92, B.2.3-B.2.4. Zie ook reeds GwH 11 februari 1988, nr. 46/88, B.5.1-B.5.6 (waarin de decretale validatie op het bevoegdheidsrechtelijke vlak sneuvelde, *supra* nr. 457).

Een dergelijk verschil in behandeling is in strijd met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, aangezien daarvoor geen objectieve en redelijke verantwoording bestaat.¹⁵¹³

463. In het geval van bekrachtiging van individuele besluiten neemt het gelijkheidsbeginsel in feite de gedaante aan van het adagium *patere legem quam ipse fecisti* (*supra* nr. 337), aldus de afdeling wetgeving van de Raad van State in een al wat ouder advies:

“Dat adagium is immers maar een derivaat, een verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel. Het verbiedt dat een overheid die een rechtsregel heeft uitgevaardigd in een individueel geval dat onder de rechtsregel valt, van die rechtsregel zou afwijken. Welnu, in een particulier geval een nochtans toepasselijke regel niet toepassen is de gelijkheid schenden; want zodoende behandelt men degenen op wie men de rechtsregel niet toepast anders – beter of slechter al naar het geval – dan degenen op wie men de rechtsregel wel toepast en wel – onder voorbehoud van wat hierna zal worden gezegd – zonder dat daarvoor een deugdelijke reden voorhanden kan zijn, immers, zo de gelijkheidsregel de overheid hoegenaamd niet verbiedt onderscheidingen te maken tussen diverse gevallen zolang daar maar een deugdelijke reden voor bestaat, als ze echter eenmaal een alle gevallen overkoepelende regel heeft uitgevaardigd, heeft ze, per hypothese, al deze gevallen als “gelijk” beschouwd en heeft ze dus bevonden dat er geen deugdelijke reden voorhanden is om deze gevallen verschillend te behandelen; haar toestaan in een individueel geval deze algemeen geldende beoordeling te ignoreren is haar – onder het daareven gemaakte voorbehoud – toestaan willekeurig, d.w.z. strijdig met het grondwettelijk gelijkheidsprincipe te handelen.”¹⁵¹⁴

Afdeling 5 – De rechtsbescherming moet zijn gewaarborgd

§ 1. De aard van de toegedekte onwettigheid in het licht van de rechtsbescherming

464. De aard van de toegedekte onwettigheid is van belang in het licht van de rechtszekerheid (*supra* nr. 453), maar ook in het licht van de rechtsbescherming. Wanneer het gaat om een interne onwettigheid die niet wordt rechtgezet, dan is de wetgevende norm door dezelfde onwettigheid aangetast en is het van belang dat die onwettigheid door een rechter kan worden beoordeeld (*supra* nr. 451).

Door de bekrachtiging verschuift de rechtsbescherming van de Raad van State en de gewone hoven en rechtbanken naar het Grondwettelijk Hof. De vraag is dan of de grieven die tegen de bestuurshandeling konden worden aangevoerd, ook tegen de bekrachtigingswet kunnen worden ingezet.

Er dient derhalve te worden nagegaan of de door de wetgever ingevoerde regeling er niet toe leidt dat aan een categorie van personen, op een discriminerende manier, het recht wordt ontzegd op een daadwerkelijk juridictioneel beroep dat zowel door een algemeen

¹⁵¹³ GwH 13 juli 2000, nr. 89/2000, B.15. De decreetgever had zich nochtans beroepen op de wil om de continuïteit in het onderwijs te waarborgen en te vermijden dat er inbreuk zou worden gepleegd op de verworven rechten van de betrokkenen (B.13).

¹⁵¹⁴ RvS, afd. wetgeving, advies van 29 september 1983 over een wetsvoorstel “tot wijziging van de wet van 1 april 1971 houdende oprichting van de Regie der Gebouwen”, *Parl.St.* Kamer 1982-83, nr. 533/4, 4.

rechtsbeginsel als door artikel 6 van het EVRM wordt gewaarborgd.¹⁵¹⁵ Bovendien waarborgt artikel 13 van de Grondwet aan alle personen die zich in dezelfde toestand bevinden het recht om volgens dezelfde regels inzake bevoegdheid en rechtspleging te worden berecht. Aldus dient een verschil in behandeling ook in dat opzicht redelijk te worden verantwoord.¹⁵¹⁶

§ 2. Volstaat de toetsing door het Grondwettelijk Hof?

465. Volgens de traditionele rechtspraak van het Grondwettelijk Hof berooft de bekrachtiging de partijen niet van hun recht op een effectieve juridische bescherming, aangezien zij de bekrachtigde besluiten voor dat Hof kunnen betwisten.¹⁵¹⁷ In zoverre de wetgever een nieuwe handeling vaststelt, die het Hof vermag te toetsen, doet hij niets af van het grondbeginsel van de Belgische rechtsorde dat rechterlijke beslissingen slechts door het aanwenden van rechtsmiddelen kunnen worden gewijzigd.¹⁵¹⁸ De omstandigheid dat de rechterlijke waarborgen niet dezelfde zijn ten aanzien van een koninklijk besluit als ten aanzien van een wet is objectief verantwoord: het houdt verband met het verschil dat de grondwetgever in het leven heeft geroepen inzake de toetsing van de rechtsgeldigheid tussen wettelijke en bestuursrechtelijke handelingen.¹⁵¹⁹

466. Het Grondwettelijk Hof erkent dat het optreden van de wetgever de verzoeker verhindert de eventuele onregelmatigheden van het bekrachtigde koninklijk besluit door de Raad van State te laten afkeuren, maar dat optreden ontzegt hem niet het recht om voor het Hof de ongrondwettigheid aan te voeren van de wet waarmee de wetgever het koninklijk besluit heeft bekrachtigd, alsook de ongrondwettigheid van de bepaling van het bekrachtigde koninklijk besluit dat hij voor de Raad van State bekritiseerde. De verzoeker wordt zijn recht op een daadwerkelijk juridische beroep dus niet ontnomen.¹⁵²⁰

Een belangrijke beperking is wel dat het Grondwettelijk Hof alleen de inhoudelijke grieven kan beoordelen (en daarenboven niet aan andere wettelijke bepalingen kan toetsen, *supra* nr. 461). Wanneer bijvoorbeeld voor de Raad van State hoofdzakelijk verschillen in behandeling worden aangevoerd, dan kunnen die verschillen in behandeling ook voor het Hof worden bestreden.¹⁵²¹ Gebreken in de procedure die aan de totstandkoming van een achteraf bekrachtigd besluit is voorafgegaan, ontsnappen aan de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof. Reeds in het arrest nr. 24/96 was het Hof die mening toegedaan: “Zelfs indien de verzoekende partijen op ongelijke wijze zouden zijn behandeld in de verschillende fasen van de beschermingsprocedure, dan nog

¹⁵¹⁵ GwH 24 februari 1999, nr. 22/99, B.10; GwH 17 maart 1999, nr. 32/99, B.8.

¹⁵¹⁶ GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.47.3 en B.58.2; GwH 11 maart 2009, 40/2009, B.12.2 en B.13.2; GwH 14 mei 2009, nr. 80/2009, B.13. Zie ook reeds GwH 22 juni 1995, nr. 51/95, B.5 en GwH 28 september 1995, nr. 66/95, B.8.

¹⁵¹⁷ Bv. GwH 13 maart 2001, nr. 38/2001, B.14.3; GwH 13 juli 2001, nr. 98/2001, B.8.6; GwH 13 maart 2002, nr. 49/2002, B.15.3; GwH 17 december 2003, nr. 164/2003, B.5.3; GwH 14 december 2005, nr. 188/2005, B.5.7.

¹⁵¹⁸ In enkele vroegere arresten had het Hof dat grondbeginsel in herinnering gebracht, zie GwH 5 juli 1990, nr. 25/90, 9.B.3 en GwH 22 november 1990, nr. 36/90, 4.

¹⁵¹⁹ GwH 7 december 1993, nr. 84/93, B.6; GwH 20 januari 1994, nr. 5/94, B.8. Zie ook GwH 12 november 1992, nr. 67/92, B.11.2; GwH 15 september 1999, nr. 97/99, B.12.

¹⁵²⁰ GwH 20 juni 2007, nr. 89/2007, B.5. Het ging *in casu* om het verzuim de afdeling wetgeving van de Raad van State te raadplegen. Zie ook GwH 4 februari 2010, nr. 6/2010, B.11 en GwH 12 mei 2010, nr. 55/2010, B.11.

¹⁵²¹ GwH 22 juli 2003, nr. 102/2003, B.16.7.

kan het Hof daarover geen uitspraak doen, nu de grieven betrekking hebben op vormelijkheden voorafgaand aan de totstandkoming van de aangevochten decreetsbepalingen en niet op de inhoud van die bepalingen”.¹⁵²²

467. Kortom: de mogelijkheid voor de rechtzoekenden om zich na een wetgevende validatie tot het Grondwettelijk Hof te wenden kan de weggefallen rechtsbescherming voor de Raad van State en voor de gewone hoven en rechtbanken slechts gedeeltelijk compenseren. Het Grondwettelijk Hof is wel bevoegd om de middelen te onderzoeken volgens welke de wet, die zich de bepalingen van het koninklijk besluit eigen heeft gemaakt, een van de grondwettelijke bepalingen zou schenden waarvan het Hof de inachtneming dient te verzekeren. Maar het acht zich niet bevoegd om de formele onregelmatigheden te onderzoeken waardoor het koninklijk besluit zou zijn aangetast vóór de bekrachtiging ervan, zelfs indien zij als schendingen van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet worden voorgesteld. Een middel dat daarop is gegrond, is niet ontvankelijk.¹⁵²³

Die rechtspraak van het Hof slaat overigens op de totstandkoming van wetgevende normen in het algemeen. Het Hof acht zich enkel bevoegd om de inhoud van een wetgevende norm te controleren en niet of de formaliteiten voorafgaand aan de aanneming ervan in acht werden genomen.¹⁵²⁴ Zo is het Hof met name niet bevoegd om kennis te nemen van het middel dat is afgeleid uit de schending van de bepalingen die voorschrijven dat de voorontwerpen van wet aan het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State worden onderworpen.¹⁵²⁵

§ 3. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

468. De wetgevende tussenkomst mag het geding niet lamleggen, zo blijkt uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, want dan komt het recht op toegang tot de rechter, dat immers ook het recht op de beslechting van het geschil omvat,¹⁵²⁶ in het gedrang.¹⁵²⁷ De wetgevende tussenkomst mag evenmin leiden dat elk toezicht door een rechterlijk orgaan met volle rechtsmacht onmogelijk wordt.¹⁵²⁸

Behalve met de rechtszekerheid (*supra* nr. 452) houdt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ook rekening met de rechtsbescherming. In de reeds aangehaalde zaak die ook aanleiding gaf tot het arrest nr. 17/2000 van het Grondwettelijk Hof (*supra* nr. 462) hecht het Europees Hof meer bepaald belang aan de vaststelling dat de gewone hoven en rechtbanken de nieuwe wet nog steeds kunnen toetsen aan het EU-recht:

¹⁵²² GwH 27 maart 1996, nr. 24/96, B.5.2.

¹⁵²³ GwH 9 juni 1999, nr. 61/99, B.3.2.

¹⁵²⁴ Bv. GwH 15 september 1999, nr. 97/99, B.12. Onder voorbehoud evenwel van artikel 30*bis* van de bijzondere wet van 6 januari 1989, zie GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.14.3, en van de vraag of een wetsbepaling met de vereiste meerderheid werd goedgekeurd, zie GwH 25 maart 2003, nr. 35/2003, B.2.2.

¹⁵²⁵ GwH 15 september 1999, nr. 97/99, B.43.

¹⁵²⁶ EHRM 1 maart 2002, Kutić t. Kroatië, § 25; EHRM 10 juli 2003, Multiplex t. Kroatië, § 45.

¹⁵²⁷ EHRM 9 oktober 2003, Acimović t. Kroatië, §§ 36-42.

¹⁵²⁸ EHRM 27 mei 2003, Crisan t. Roemenië, § 27. Over het begrip “volle rechtsmacht”, zie hoofdstuk IX.

“En l'espèce, l'étendue du contrôle judiciaire n'est donc pas affaibli de façon substantielle du fait que l'arrêté royal ait été remplacé par une loi, le juge ayant également le pouvoir d'écarter l'application de toute norme législative qui violerait une règle de droit international directement applicable. Les arrêts de la cour d'appel d'Anvers postérieurs à l'arrêt de la Cour d'arbitrage vont dans ce sens”.¹⁵²⁹

Afdeling 6 – Het gezag van het rechterlijk gewijsde

§ 1. Uitvoering van de uitspraak

469. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens maakt een onderscheid tussen de tussenkomst van de wetgever in hangende procedures en het wetgevend optreden na afloop van een gerechtelijke procedure (*supra* nr. 431).¹⁵³⁰ In het eerste geval bekijkt het Hof de zaak vanuit de gelijkheid van de procespartijen (recht op gelijke wapens), voor het eerst uiteengezet in het arrest *Stran en Stratis Andreadis*.¹⁵³¹

In het tweede geval bekijkt het Hof de zaak vanuit het oogpunt van de uitvoering van de uitspraak, dat integraal deel uitmaakt van het proces in de zin van artikel 6.1 van het EVRM.¹⁵³² Het Hof verwijst dan doorgaans naar het arrest *Immobiliari Saffi*, waarin het van oordeel was dat “si on peut admettre que les Etats contractants, dans des circonstances exceptionnelles (...), interviennent dans une procédure d'exécution d'une décision de justice, pareille intervention ne peut avoir comme conséquence ni d'empêcher, invalider ou encore retarder de manière excessive l'exécution, ni, encore moins, de remettre en question le fond de cette décision”.¹⁵³³ Zo kan de overheid bijvoorbeeld door een bestemmingswijziging niet ontsnappen aan de betaling van een reeds door de rechter toegekende schadevergoeding.¹⁵³⁴

470. Uit artikel 6.1 van het EVRM leidt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ook af dat de rechter de bevoegdheid moet hebben om een verbindende beslissing te nemen die niet kan worden gewijzigd door een niet-rechterlijke instantie ten nadele van een procespartij.¹⁵³⁵

Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens moet de overheid zich ervan onthouden, op grond van het rechtszekerheidsbeginsel, de bindende kracht van vonnissen en arresten in vraag te stellen. Herhaaldelijk heeft het Hof daaraan moeten herinneren in zaken die gericht waren tegen voormalige communistische staten, waar het parket

¹⁵²⁹ EHRM (beslissing) 10 november 2005, EEG-Slachthuis Verbist t. België, *Reports of Judgments and Decisions* 2005, XII, 337. Zie evenwel artikel 26, § 4, van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof, *supra* nr. 295.

¹⁵³⁰ Al worden die twee argumentatielijnen ook soms vermengd, bv. EHRM 14 december 1999, Antonakopoulos, Vortsela en Antonakopoulou t. Griekenland, § 25; EHRM 28 maart 2000, Dimitrios Georgiadis t. Griekenland, § 25. In dezelfde zin, in het Engels, EHRM 21 maart 2002, Vasilopoulou t. Griekenland, § 16.

¹⁵³¹ EHRM 9 december 1994, Griekse raffinaderijen Stran en Stratis Andreadis t. Griekenland, § 46.

¹⁵³² EHRM 19 maart 1997, Hornsby t. Griekenland, § 40.

¹⁵³³ EHRM (Grote kamer) 28 juli 1999, Immobiliari Saffi t. Italië, § 74; EHRM 29 september 2009, Costachescu t. Roemenië, § 28.

¹⁵³⁴ EHRM 27 maart 2003, Satka t. Griekenland, § 57.

¹⁵³⁵ A. ALEN, *Handboek*, 715, met verwijzing naar EHRM 19 april 1994, Van de Hurk t. Nederland, § 45.

bevoegd was gebleven om de vernietiging van vonnissen te vragen wegens een beweerde strijdigheid met de wet, ook nadat de beslissing reeds kracht van gewijsde had verkregen.¹⁵³⁶

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens laat wel een opening: uitzonderingen op dit beginsel zijn verantwoord in geval van substantiële en dwingende omstandigheden,¹⁵³⁷ zoals het rechtzetten van gerechtelijke dwalingen,¹⁵³⁸ het aan het licht komen van nieuwe feiten¹⁵³⁹ of het corrigeren van een fundamentele vergissing¹⁵⁴⁰ of een fundamenteel gebrek.¹⁵⁴¹ Met die uitzonderingen verwijst het Hof impliciet naar het Zevende Aanvullend Protocol bij het EVRM, waarin sprake is van dezelfde of soortgelijke omstandigheden.¹⁵⁴² In elk geval moet een uitzondering op het beginsel een billijk evenwicht tot stand brengen “between the interests of the individual and the need to ensure the effectiveness of the system of justice”.¹⁵⁴³

§ 2. Kracht van gewijsde

471. De uitvoering van een rechterlijke uitspraak is van des te meer belang in een bestuursrechtelijk geschil waarvan de uitkomst bepalend is voor de burgerlijke rechten van de betrokkene. Door het instellen van een annulatieberoep beoogt die niet alleen de vernietiging van de litigieuze akte maar ook de opheffing van de gevolgen ervan. Een effectieve rechtsbescherming en het herstel van de wettigheid vereisen dat de administratie zich neerlegt bij de uitspraak van de rechter (*supra* nr. 54). Het bestuur is een onderdeel van de rechtsstaat en zijn belang vereenzelvigd zich met een goede rechtsbedeling. Wanneer het bestuur weigert of nalaat uit te voeren of talmt met de uitvoering, zouden de waarborgen die de rechtsonderhorige tijdens de gerechtelijke fase van de procedure geniet elke betekenis verliezen.¹⁵⁴⁴

¹⁵³⁶ P. LEMMENS, “Enkele aspecten van de ‘doctrine’ van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2005-2006, 80, met verwijzing naar EHRM (Grote kamer) 28 oktober 1999, Brumarescu t. Roemenië, §§ 61-62. Zie ook EHRM 24 juli 2003, Ryabikh t. Rusland, § 53; EHRM (Grote kamer) 8 april 2004, Assanidze t. Georgië, § 130; EHRM 9 november 2004, Svetlana Naumenko t. Oekraïne, § 92; EHRM 22 maart 2005, Rosca t. Moldovië, § 27; EHRM 17 september 2009, Bocvarska t. Macedonië, § 82.

¹⁵³⁷ EHRM 24 juli 2003, Ryabikh t. Rusland, § 52.

¹⁵³⁸ EHRM 18 november 2004, Pravednaya t. Rusland, § 28.

¹⁵³⁹ EHRM 15 oktober 2009, Goncharova e.a. t. Rusland, § 14. Het gaat niet om geheel nieuwe feiten, maar om bestaande feiten die pas na de rechterlijke uitspraak aan het licht komen, zie EHRM 18 januari 2007, Bulgakova t. Rusland, § 39.

¹⁵⁴⁰ EHRM 31 juli 2008, Protsenko t. Rusland, §§ 31-33; EHRM 9 juli 2009, Tarnopolskaya e.a. t. Rusland, § 33; EHRM 16 juli 2009, Zehentner t. Oostenrijk, § 64.

¹⁵⁴¹ EHRM 15 oktober 2009, Goncharova e.a. t. Rusland, § 14, met verwijzing naar EHRM 24 juli 2003, Ryabikh t. Rusland, §§ 51-52.

¹⁵⁴² Artikel 4.2 bepaalt bijvoorbeeld: “De bepalingen van het voorgaande lid beletten niet de heropening van de zaak overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van de betrokken Staat, indien er aanwijzingen zijn van nieuwe of pas aan het licht gekomen feiten, of indien er sprake was van een fundamenteel gebrek in het vorige proces, die de uitkomst van de zaak zouden of zou kunnen beïnvloeden.”

¹⁵⁴³ EHRM 19 februari 2009, Khristov t. Oekraïne, § 34.

¹⁵⁴⁴ EHRM 20 juli 2000, Antonetto t. Italië, § 28; EHRM 12 juli 2007, SC Ruxandra Trading SRL t. Roemenië, § 53. Zie ook, buiten de context van wetgevende validatie, EHRM 18 februari 2010, Pechlivanidis e.a. t. Griekenland, §§ 33 en 34, waarin het Hof enerzijds erkent, gelet op de ruime appreciatiemarge die de lidstaten inzake ruimtelijke ordening toekomt, dat een rechterlijke uitspraak niet betekent “que l’administration n’a plus le droit d’examiner s’il est opportun d’exproprier à nouveau la propriété litigieuse ou de préjuger de l’illégalité d’une telle mesure”, maar

Uit het arrest *Antonetto* kan worden afgeleid dat een wetgevende validatie weinig kans maakt om de toets aan artikel 6.1 van het EVRM te doorstaan wanneer zij ertoe strekt de uitvoering van een rechterlijke uitspraak onwerkzaam te maken, zelfs op het uiterst gevoelige domein van de stedenbouw en ruimtelijke ordening, met andere woorden wanneer het gaat om de regularisatie van bouwovertredingen en dus om de niet-uitvoering van rechterlijke bevelen tot afbraak.¹⁵⁴⁵ Kortom, aan in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraken mag de wetgever niet raken.¹⁵⁴⁶

472. Dat blijkt ook uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Reeds in de zogenaamde loodsenzaken heeft het Hof gewezen op het fundamentele beginsel van onze rechtsorde dat de rechterlijke beslissingen niet kunnen worden gewijzigd dan ingevolge de aanwending van rechtsmiddelen.¹⁵⁴⁷ Het Grondwettelijk Hof staat daarop geen uitzonderingen toe. Bepalingen die afbreuk doen aan rechterlijke beslissingen die in kracht van gewijsde zijn gegaan, schenden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet doordat zij aan een categorie van personen het voordeel ontzeggen van rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden, wat naar het oordeel van het Hof “door geen enkele omstandigheid kan worden verantwoord”.¹⁵⁴⁸ Het gaat immers om een van de essentiële beginselen van de rechtsstaat.¹⁵⁴⁹

Een wetgevende validatie van vernietigde bepalingen kan bijvoorbeeld wel gevolgen hebben voor de hangende rechtsgedingen die ertoe strekken terugbetaling te verkrijgen van de bedragen die werden betaald op grond van de vernietigde bepalingen, maar mag geen afbreuk doen aan in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissingen waarbij de terugbetaling van de betrokken bedragen reeds werd verkregen.¹⁵⁵⁰ De regel dat aan definitieve rechterlijke

anderzijds toch van oordeel is dat het recht op toegang tot de rechter is geschonden omdat het bestuur heeft nagelaten alles in het werk te stellen “pour se conformer dans les meilleurs délais à cette décision”.

¹⁵⁴⁵ In die zin ook P. POPELIER, “Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2000)”, *TvW* 2001, 30. Anders: E. LIEKENDAEL, “De scheiding der machten aan de vooravond van het derde millennium”, rede uitgesproken door de procureur-generaal op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1997, *RW* 1997-98, 556-557.

¹⁵⁴⁶ Evenmin aan definitieve en uitvoerbare administratieve akten, zie EHRM 24 mei 2007, *Paudicio t. Italië*, § 41.

¹⁵⁴⁷ GwH 5 juli 1990, nr. 25/90, 9.B.3; GwH 22 november 1990, nr. 36/90, 4. Zie ook GwH 19 februari 2003, nr. 27/2003, B.7; GwH 2 juli 2003, nr. 95/2003, B.8; GwH 2 juli 2003, nr. 98/2003, B.10; GwH 15 januari 2009, nr. 5/2009, B.4.3; GwH 5 mei 2009, nr. 72/2009, B.4.2; GwH 30 september 2009, nr. 151/2009, B.5.1; GwH 23 december 2009, nr. 202/2009, B.9.1; GwH 30 maart 2010, nr. 31/2010, B.9.1; GwH 29 april 2010, nr. 49/2010, B.9.1 (in de laatste vier arresten wordt voorts gepreciseerd dat er nog geen sprake is van een definitief geworden rechterlijke beslissing wanneer tegen een in kracht van gewijsde gegane beslissing cassatieberoep is ingesteld; vgl. GwH 10 juni 2009, nr. 98/2009, B.10.2 en GwH 3 december 2009, nr. 196/2009, B.10.2).

¹⁵⁴⁸ GwH 9 februari 2000, nr. 17/2000, B.3.3; GwH 22 juli 2004, nr. 136/2004, B.21.2; GwH 19 januari 2005, nr. 14/2005, B.6.2; GwH 3 december 2008, nr. 172/2008, B.15. Zie ook GwH 13 maart 2002, nr. 49/2002, B.14.1-B.14.2; GwH 17 december 2003, nr. 164/2003, B.4.1; GwH 2 juni 2004, nr. 99/2004, B.5.1. Vgl. GwH 15 juli 1998, nr. 86/98, B.10-B.11, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat buitengewone omstandigheden de tussenkomst van de wetgever zouden kunnen verantwoorden; zie daarover ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, deel 2, Mechelen, Kluwer, 2004, 593 en G. ROSOUX, “Le controle juridictionnel des ‘validations législatives’ en France et en Belgique: un conflit de légitimités”, *Rev.dr.ULg* 2005, 210-211.

¹⁵⁴⁹ GwH 17 december 2009, nr. 199/2009, B.8.

¹⁵⁵⁰ GwH 15 januari 2009, nr. 6/2009, B.3.10; GwH 17 december 2009, nr. 199/2009, B.8.

beslissingen geen afbreuk mag worden gedaan gaat derhalve voor op het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.¹⁵⁵¹

§ 3. Gezag van gewijsde

473. De kracht van gewijsde moet worden onderscheiden van het gezag van gewijsde. Krachtens artikel 28 van het Gerechtelijk Wetboek verwerft een beslissing kracht van gewijsde zodra zij niet meer vatbaar is voor verzet of hoger beroep,¹⁵⁵² behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt en onverminderd de gevolgen van de buitengewone rechtsmiddelen,¹⁵⁵³ hetgeen verwijst naar de mogelijkheid tot uitvoering van de beslissing.¹⁵⁵⁴ Het gezag van het rechterlijk gewijsde daarentegen bestaat vanaf de uitspraak (artikel 24 van hetzelfde Wetboek) en verhindert dat een vordering waarover reeds uitspraak is gedaan opnieuw wordt ingesteld (artikel 25 van hetzelfde Wetboek) en waardoor die beslissing met een vermoeden van juistheid is bekleed (zie ook *infra* nr. 669).¹⁵⁵⁵ Beide begrippen vinden echter hun grondslag in dezelfde idee, namelijk dat aan elke betwisting een einde moet komen (*litis finiri oportet*)¹⁵⁵⁶ en dat wat door de rechter definitief is beslist, wordt vermoed de waarheid te zijn (*res iudicata pro veritate habetur*).¹⁵⁵⁷

474. Het gezag van gewijsde verhindert niet dat de aangelegenheid die door een onwettige akte was geregeld (en die werd vernietigd of buiten toepassing werd gelaten), opnieuw door een beslissing of een verordening zou kunnen worden geregeld. Integendeel, de vereisten voor de goede werking van de openbare diensten impliceren vaak dat de onwettige akte wordt

¹⁵⁵¹ Zie met name GwH 15 januari 2009, nr. 6/2009, waarin de wetgever zich op het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel beriep om ook de definitief geworden rechterlijke beslissingen onder de validatie te laten ressorteren.

¹⁵⁵² Verzet en hoger beroep zijn de gewone rechtsmiddelen (artikel 21, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek). Het Hof van Justitie hanteert een verdragsautonome interpretatie van het begrip gewoon rechtsmiddel (J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 633, met verwijzing naar HvJ 22 november 1977, *Jur.* 1977, 2186).

¹⁵⁵³ Voorziening in cassatie, derdenverzet, verzoek tot herroeping van gewijsde en verhaal op de rechter zijn de buitengewone rechtsmiddelen (artikel 21, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek). Daaraan kan de vordering tot intrekking van het vonnis worden toegevoegd (zie met name de artikelen 10 tot 17 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof). Wel wijzen sommigen erop dat artikel 28 van het Gerechtelijk Wetboek “vrolijk bij analogie – en teleologisch – [wordt] toegepast op de cassatievoorziening”, B. ALLEMEERSCH, M. BOES en P. VAN ORSHOVEN, *Beginselen van gerechtelijk recht*, Leuven, Acco, 2008, 36. Zie bv. Cass. 9 juni 2009, P.09.0023.N, *RABG* 2009, 919, noot F. VAN VOLSEM: “Met kracht van gewijsde wordt bedoeld de toestand waarin een rechterlijke beslissing niet meer ongedaan kan worden gemaakt door het aanwenden van verzet of hoger beroep, en bij analogie door een cassatieberoep”, met verwijzing (in de samenvatting) naar E. DIRIX, B. TILLEMEN en P. VAN ORSHOVEN, *De Valk Juridisch Woordenboek*, Intersentia, Antwerpen, 2001, 185.

¹⁵⁵⁴ Zie ook EHRM 14 januari 2010, Tsonyo Tsonev (n° 2) t. Bulgarije, § 53 : “A decision is final for the purposes of this provision if it has acquired the force of *res iudicata*. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available, or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them”, met verwijzing naar EHRM (Grote kamer) 10 februari 2009, Sergey Zolotukhin t. Rusland, §§ 107 en 108.

¹⁵⁵⁵ Cass. 9 juni 2009, P.09.0023.N, *RABG* 2009, 919, noot F. VAN VOLSEM. Om te beslissen of er gezag van gewijsde is, moet de rechter met name onderzoeken of de nieuwe aanspraak kan worden ingewilligd zonder het voordeel van de vroegere beslissing teniet te doen, Cass. 6 januari 2010, P.09.0020.F.

¹⁵⁵⁶ P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde. Een begrippenstudie*, Diegem, Kluwer, 2001, 136.

¹⁵⁵⁷ B. ALLEMEERSCH, M. BOES en P. VAN ORSHOVEN, *Beginselen van gerechtelijk recht*, Leuven, Acco, 2008, 35.

hersteld.¹⁵⁵⁸ Wanneer het bestuur zelf in de onmogelijkheid verkeert om de akte te herstellen (onbevoegdheid,¹⁵⁵⁹ verbod van retroactiviteit, ...), is het optreden van de wetgever de enige optie. Vereist is wel dat de nieuwe norm zelf de hogere rechtsnormen naleeft.

Wanneer bijvoorbeeld in een rechterlijke uitspraak wordt vastgesteld dat voor de berekeningswijze van bepaalde pensioenen geen wettelijke basis bestond, dan staat het gezag van gewijsde niet eraan in de weg dat de wetgever daarvoor alsnog in een wettelijke grondslag voorziet, maar verhindert de kracht van gewijsde dat de rechtskracht van die rechterlijke uitspraak wordt miskend.¹⁵⁶⁰

§ 4. Het Grondwettelijk Hof

475. Uit de vroege rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt dat ook de kracht van gewijsde grenzen kent, met name wanneer het gaat om de betaling of terugbetaling van bijdragen.

Ten aanzien van de mogelijkheid om bij de burgerlijke rechtscolleges de terugbetaling van de onwettig geïnde rechten te verkrijgen, merkte het Hof op dat de vernietiging van een administratieve maatregel door de Raad van State in het voordeel van de verzoekende partijen niet het onaantastbare recht doet ontstaan om voor altijd van de betaling van dergelijke rechten te worden vrijgesteld, ook indien die rechten gebaseerd zouden zijn op een nieuwe handeling waarvan de geldigheid zou zijn vastgesteld. “In die omstandigheid doet het feit dat de bestreden bepaling tot gevolg heeft met terugwerkende kracht aan die ondernemingen de betaling op te leggen van rechten die identiek zijn met die waarvan zij de vrijstelling hadden verkregen, geen afbreuk aan de rechten die in de door de verzoekende partijen (...) aangehaalde internationale instrumenten worden gewaarborgd, noch aan het gezag van gewijsde van de beslissingen van de Raad van State, noch aan het beginsel van de scheiding der machten, en nog minder aan dat van de onafhankelijkheid van de magistratuur”.¹⁵⁶¹

Hetzelfde geldt voor een uitspraak van de gewone hoven en rechtbanken waarbij een besluit krachtens artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing wordt gelaten: “Voor zover die beslissingen in kracht van rechterlijk gewijsde zijn gegaan, beletten zij dat diegenen die ze hebben verkregen gedwongen worden tot terugbetalingen met toepassing van het onwettig verklaarde besluit. Maar zij hebben ten gunste van die verzoekende partijen – en nog minder ten gunste van diegenen die geen partij waren in die gedingen – geen onaantastbaar recht doen ontstaan om voor

¹⁵⁵⁸ GwH 12 november 1992, nr. 67/92, B.11.1. Zie ook GwH 21 december 1995, nr. 87/95, B.2.6. In dat laatste geval werd het herstel niet uitgevoerd door de auteur van de vernietigde handeling; dat de wetgever in de plaats was getreden van de Koning, werd verantwoord door de omstandigheid dat de wetgever zelf de bevoegdheden wilde uitoefenen waartoe hij de Koning had gemachtigd.

¹⁵⁵⁹ Bv. GwH 13 januari 1994, nrs. 2/94 en 3/94, B.3: “Het gezag van gewijsde zou een verder strekkende draagwijdte krijgen dan het heeft, wanneer de bevoegde auteur - behoudens de toetsing van die bevoegdheid - niet mag doen wat het vernietigingsarrest slechts de onbevoegde auteur verbiedt opnieuw te doen.” Zie ook GwH 15 januari 2009, nr. 6/2009, B.3.3-B.3.7.

¹⁵⁶⁰ Bv. GwH 6 juli 2005, nr. 123/2005, B.6.

¹⁵⁶¹ GwH 21 december 1995, nr. 87/95, B.2.9.

altijd van iedere terugbetaling te zijn vrijgesteld, vermits een nieuwe vordering tot terugbetaling op een nieuwe akte zou steunen die onbetwistbaar wettig is.”¹⁵⁶²

Zoals gezegd betreft het al wat oudere rechtspraak en zij valt moeilijk te rijmen met meer recente uitspraken van het Hof volgens welke de wetgever, ook wanneer hij wetgevend optreedt met terugwerkende kracht, niet vermag de definitief geworden rechterlijke beslissingen in het gedrang te brengen, op straffe van een van de essentiële beginselen van de rechtsstaat te schenden.¹⁵⁶³

§ 5. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

476. De meer recente rechtspraak van het Grondwettelijk Hof valt beter ter rijmen met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (*supra* nr. 469). Zoals hoger is gebleken kan het Europees Hof het rechtszekerheidsbeginsel afwegen tegen andere belangen (*supra* nr. 470).¹⁵⁶⁴ Ook in het interne recht is de kracht van gewijsde niet absoluut nu de rechterlijke uitspraak nog met de buitengewone rechtsmiddelen kan worden bestreden.¹⁵⁶⁵

Anderzijds erkent ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, zoals het Grondwettelijk Hof, dat het retroactief herstellen van bepaalde onwettigheden geen afbreuk doet aan het rechterlijk gezag van gewijsde:

“La Cour rappelle qu’en principe, le pouvoir législatif n’est pas empêché de régler en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant des lois en vigueur (...).¹⁵⁶⁶ Autrement dit, en matière civile, l’article 6 ne garantit pas l’intangibilité de la chose jugée.”¹⁵⁶⁷

§ 6. Het Hof van Justitie

477. Ook volgens het Hof van Justitie ten slotte zijn het beginsel van rechtszekerheid (en het eruit voortvloeiende definitief karakter van jurisdictionele beslissingen) niet absoluut, in de zin dat het onder alle omstandigheden voorrang heeft. Het dient meer bepaald in overeenstemming te worden gebracht met andere waarden die bescherming verdienen, zoals de beginselen van

¹⁵⁶² GwH 7 december 1993, nr. 84/93, B.7; GwH 20 januari 1994, nr. 5/94, B.9.

¹⁵⁶³ GwH 7 december 2005, nr. 177/2005, B.23; GwH 15 januari 2009, nr. 6/2009, B.3.10.

¹⁵⁶⁴ Zie bv. EHRM 16 juli 2009, Zehentner t. Oostenrijk, §§ 61-65 alsook, in een andere context, EHRM 1 december 2009, Velcea en Mazare t. Roemenië, § 131.

¹⁵⁶⁵ Met name het verzoek tot herroeping van gewijsde blijft mogelijk (artikel 1132 van het Gerechtelijk Wetboek), maar enkel om redenen waarvan de verzoeker geen kennis had of kon hebben voor het arrest waarvan de intrekking wordt gevorderd of voor het verstrijken van de termijn voor het instellen van de rechtsmiddelen (Cass. 26 mei 1995, C.93.0277.N, *Arr.Cass.* 1995, 515, nr. 256; zie ook artikel 1133 van het Gerechtelijk Wetboek, waarin de gronden waarop een verzoek tot herroeping van gewijsde kan worden gesteund limitatief zijn opgesomd), alsook, in strafzaken, de aanvraag tot heropening van de rechtspleging (artikel 442*bis* e.v. van het Wetboek van Strafvordering) en de aanvraag tot herziening van in kracht van gewijsde gegane veroordelingen (artikel 443 e.v. van het Wetboek van Strafvordering). Zie ook Cass. 29 oktober 2008, P.08.0547.F, *Arr.Cass.* 2008, 2415, nr. 594.

¹⁵⁶⁶ Met verwijzing naar EHRM (Grote kamer) 28 oktober 1999, Zielinski en Pradal en Gonzalez e.a. t. Frankrijk, § 57.

¹⁵⁶⁷ EHRM (beslissing) 29 augustus 2000, ONSIL t. Frankrijk, *Reports of Judgments and Decisions* 2000-IX, 558.

legaliteit, van effectiviteit en van het primaat van het Unierecht. Daaruit kan volgen dat een nationale regel die aan een beslissing een definitief karakter verleent in uitzonderlijke omstandigheden buiten toepassing zou moeten worden gelaten.¹⁵⁶⁸

Uiteindelijk beoogt het Hof van Justitie telkens, in het licht van de bijzondere feitelijke en juridische omstandigheden, een evenwicht tot stand te brengen tussen de rechtszekerheid, waaraan het definitief karakter van beslissingen zijn bestaansrecht aan ontleent, en de vereisten van het unierechtelijke wettigheidsbeginsel.¹⁵⁶⁹

478. Het Hof van Justitie heeft er herhaaldelijk op gewezen dat regels die een onherroepelijk karakter verlenen aan beslissingen van een rechterlijk of bestuursorgaan (*supra* nr. 137) bijdragen tot de rechtszekerheid, die tot de in het Unierecht erkende fundamentele beginselen behoort.¹⁵⁷⁰ In het licht van dat beginsel heeft het Hof gepreciseerd dat het, om zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als een goede rechtspleging te waarborgen, van belang is dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmiddelen zijn uitgeput of nadat de beroepstermijnen zijn verstreken, niet meer opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld.¹⁵⁷¹ Bijgevolg gebiedt het Unierecht volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie een nationale rechter niet de nationale procesregels die een beslissing kracht van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al zou daardoor een schending van een bepaling van het Unierecht – van welke aard ook – door deze beslissing kunnen worden opgeheven.¹⁵⁷²

Het Hof van Justitie tracht dit spanningsveld tussen rechtszekerheid en wettigheid op te heffen door een beroep te doen op de procedurele autonomie van de lidstaten (*supra* nr. 395). Bij gebreke van een Europeesrechtelijke regeling ter zake is de wijze waarop het beginsel van kracht van gewijsde ten uitvoer wordt gelegd, krachtens het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten, een zaak van de interne rechtsorde van die staten. Deze nadere regels mogen evenwel niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke situaties krachtens intern recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door de Europese rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).¹⁵⁷³ Het beginsel van kracht van gewijsde geldt met andere woorden

¹⁵⁶⁸ J. MAZÁK, conclusie van 24 maart 2009 voor HvJ 3 september 2009, Fallimento Olimpclub, C-2/08, punt 47-48, met verwijzingen naar HvJ 22 maart 1961, SNUPAT/Hoge Autoriteit, gevoegde zaken 42 en 49/59, *Jur.* 101; HvJ (Grote kamer), 19 september 2006, i-21 Germany en Arcor, gevoegde zaken C-392 en C-422/04, punt 52 (dat laatste arrest betreft een definitief geworden administratief besluit, *supra* nr. 251).

¹⁵⁶⁹ J. MAZÁK, conclusie van 24 maart 2009 voor HvJ 3 september 2009, Fallimento Olimpclub, C-2/08, punt 54.

¹⁵⁷⁰ HvJ (Grote kamer) 1 juni 1999, Eco Swiss, C-126/97, punt 46; HvJ (Grote kamer) 13 januari 2004, Kühne & Heitz, C-453/00, punt 24; HvJ (Grote kamer) 12 februari 2008, Willy Kempter, C-2/06, punt 37.

¹⁵⁷¹ HvJ (Grote kamer) 30 september 2003, Köbler, C-224/01, punt 38; HvJ 16 maart 2006, Kapferer, C-234/04, punt 20; HvJ 3 september 2009, Fallimento Olimpclub, C-2/08, punt 22; HvJ, 6 oktober 2009, Asturcom, C-40/08, punt 36; HvJ 22 december 2010, Commissie/Slowakije, C-507/08, punt 59.

¹⁵⁷² HvJ (Grote kamer) 1 juni 1999, Eco Swiss, C-126/97, punten 46 en 47; HvJ 16 maart 2006, Kapferer, C-234/04, punt 21; HvJ 3 september 2009, Fallimento Olimpclub, C-2/08, punt 23; HvJ 6 oktober 2009, Asturcom, C-40/08, punt 37; HvJ 22 december 2010, Commissie/Slowakije, C-507/08, punt 60.

¹⁵⁷³ HvJ 16 maart 2006, Kapferer, C-234/04, punt 22; HvJ 3 september 2009, Fallimento Olimpclub, C-2/08, punt 24; HvJ 6 oktober 2009, Asturcom, C-40/08, punt 38.

slechts onder het voorbehoud dat de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in acht worden genomen.

Afdeling 7 – Enkele besluiten

479. Het is niet eenvoudig om uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof definitieve conclusies te trekken, zo merkten Vande Lanotte en Goedertier reeds op¹⁵⁷⁴ en dat besluit kan aan het einde van dit hoofdstuk alleen maar worden bijgetreden. Hetzelfde kan overigens worden gezegd van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens die, meer nog dan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, door de concrete omstandigheden van elke zaak wordt beïnvloed.

Verschillende factoren spelen een rol in de toetsing van wetgevende validaties, zo is gebleken, maar in essentie hanteert de rechtspraak twee parameters: rechtszekerheid en rechtsbescherming.

Het rechtszekerheidsbeginsel speelt een rol aan twee zijden, de doelzijde en de gevolgzijde: het herstellen van de rechtszekerheid¹⁵⁷⁵ kan een doelstelling zijn van het wetgevend valideren, maar het corrigerend optreden voor het verleden kan aan de andere kant ook (opnieuw) rechtsonzekerheid doen ontstaan, waardoor in wezen afbreuk wordt gedaan aan het vereiste van voorzienbaarheid (*supra* nr. 53) en aan het vertrouwensbeginsel (*supra* nr. 118). De parameter rechtsbescherming houdt in dat het validerend optreden het rechterlijk toezicht op de betrokken norm niet mag verhinderen of (buitensporig) uithollen.

480. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is sterk afgestemd op die van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, maar toch moet op bepaalde punten een andere klemtoon worden vastgesteld. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de wetgever uiteenlopende rechtspraak beoogt te corrigeren (*supra* nr. 440).

De rechtspraak van beide rechtscolleges staat ook niet stil. Zij blijft steeds vatbaar voor evolutie en verfijning. Uitkijken is het bijvoorbeeld naar de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak van het Deurganckdokdecreet (*supra* nr. 460)¹⁵⁷⁶ en naar de afwikkeling van de beroepen tot vernietiging van het zogenaamde DAR-decreet die bij het Grondwettelijk Hof hangende zijn¹⁵⁷⁷ en naar aanleiding waarvan dat Hof een reeks prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Hof van Justitie.¹⁵⁷⁸

¹⁵⁷⁴ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 200.

¹⁵⁷⁵ Of het voorkomen van rechtsonzekerheid, zoals het Grondwettelijk Hof vaak verkiest, bv. GWH 3 maart 2004, nr. 30/2004, B.5. Zie ook L. FRANÇOIS, "La fiabilité du droit, dite *sécurité juridique*", in *La sécurité juridique*, Editions du jeune barreau de Liège, 1993, 10.

¹⁵⁷⁶ Verzoekschrift nr. 4832/04, Vergauwen e.a. t. België.

¹⁵⁷⁷ Decreet van 17 juli 2008 betreffende enkele vergunningen waarvoor er dringende redenen van algemeen belang bestaan, beter gekend als het "décret des autorisations régionales" of afgekort: het "DAR-decreet". Het oorspronkelijke voorontwerp van decreet droeg als opschrift "relatif aux autorisations régionales modifiant le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, du patrimoine et le décret du 11 mars 1999 relatif au

481. Finaal komt de toetsing van een wetgevende validatie neer op de vraag of er uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang voorhanden zijn. Het beantwoorden van die vraag noopt de rechter tot een afweging van het individuele belang dat de rechtzoekende wil gevrijwaard zien tegen het algemene belang dat de wetgever nastreeft. Het is een afweging die, volgens Rosoux, “comporte une part d’appréciation en opportunité”,¹⁵⁷⁹ waarmee dit hoofdstuk in wezen wordt herleid tot een – lang uitgesponnen – illustratie, maar dan ten aanzien van de wetgever in plaats van het bestuur, van de dunne lijn tussen wettigheid en opportuniteit waarop de rechter zich in vele gevallen beweegt (*supra* nr. 361).

permis d’environnement”. Zie ook het hoger vermelde advies daarover van de afdeling wetgeving van de Raad van State (*supra* vn. 1506).

¹⁵⁷⁸ GwH 30 maart 2010, nr. 30/2010.

¹⁵⁷⁹ G. Rosoux, “Le controle juridictionnel des ‘validations législatives’ en France et en Belgique: un conflit de légitimités”, *Rev.dr.ULg* 2005, 218.

HOOFDSTUK IX – De verhouding tussen artikel 159 van de Grondwet en het begrip “volle rechtsmacht”¹⁵⁸⁰

Afdeling 1 – Het spanningsveld tussen artikel 159 van de Grondwet en artikel 6 van het EVRM

482. Het bestuur dat op grond van zijn discretionaire bevoegdheid een beslissing neemt, beschikt over een beoordelingsvrijheid die het de mogelijkheid biedt zelf te oordelen over de wijze waarop het zijn bevoegdheid uitoefent en de meest geschikt lijkende oplossing te kiezen binnen de door de wet gestelde grenzen.

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de rechter bevoegd is om een door het bestuur bij de uitoefening van zijn niet-gebonden bevoegdheid begane onrechtmatige aantasting van een subjectief recht zowel te voorkomen als te vergoeden, maar hij vermag daarbij aan het bestuur zijn beleidsvrijheid niet te ontnemen en vermag zich niet in de plaats van het bestuur te stellen. De rechter in kort geding mag dit evenmin doen (*supra* nr. 413). Die rechtspraak is een toepassing van het beginsel van de scheiding der machten, dat “een evenwicht beoogt tussen de verschillende machten van de Staat” (*supra* nr. 5) en dat in het Belgische recht wordt beschouwd als een “ongeschreven algemeen rechtsbeginsel dat aan meerdere grondwetsbepalingen ten grondslag ligt” (*supra* nr. 3).

Ook het Grondwettelijk Hof refereert in zijn rechtspraak aan het beginsel van de scheiding der machten: de gewone rechter ermee belasten zijn beoordeling in de plaats te stellen van de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van het bestuur zou erop neerkomen hem een bevoegdheid toe te kennen die onverenigbaar is met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen de administratieve overheid en de rechtscolleges (*supra* nr. 409).

483. Wanneer het de rechter, zoals in een vorig hoofdstuk is uiteengezet, niet is toegestaan zich op terrein van de opportuniteit te begeven en zich in de plaats van het bestuur te stellen (*supra* nrs. 360-368), rijst de vraag of daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan artikel 6.1 van het EVRM. Op grond van die bepaling heeft eenieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie die bij de wet is ingesteld. Een soortgelijke waarborg is vervat in artikel 14.1 van het IVBPR.¹⁵⁸¹

¹⁵⁸⁰ Dit hoofdstuk is in een vroegere versie verschenen als J. THEUNIS, “De rechter geklemd tussen het beginsel van de scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht? Een verkenning van het spanningsveld tussen artikel 159 van de Grondwet en artikel 6.1 van het EVRM op het stuk van administratieve geldboeten, tuchtsancties en stedenbouwkundige herstellvorderingen”, in *De wettigheidstoets*, 153-227.

¹⁵⁸¹ In beginsel wordt in wat volgt enkel naar artikel 6.1 van het EVRM verwezen. In de meeste gevallen mag dergelijke verwijzing worden geacht eveneens te gelden voor artikel 14.1 van het IVBPR.

Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens houdt artikel 6.1 van het EVRM het recht in op een rechter met “volle rechtsmacht”.

484. Het begrip “volle rechtsmacht” geeft aanleiding tot één van de meest troebele leerstukken in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het werd in onze rechtsorde definitief voor het voetlicht gebracht, in al zijn schijnbare eenvoud, door het arrest *Silvester's Horeca Service* van 4 maart 2004 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dat arrest bevat met name de volgende overweging:

“Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi (...).”¹⁵⁸²

De overweging wordt hier in het Frans weergegeven, omdat het de enige taal is waarin het arrest beschikbaar is. De vertaling ervan is een delicate aangelegenheid (*infra* nr. 493).

485. Het arrest *Silvester's Horeca Service* had betrekking op een zaak die met een arrest van het Hof van Cassatie van 5 februari 1999 in het interne recht was afgesloten. In zijn arrest verwijst het Europees Hof voor de Rechten van de Mens naar de latere evolutie in het interne Belgische recht, met name de arresten van 24 februari 1999 en van 12 juni 2002 van het Grondwettelijk Hof.

In die arresten oordeelde het Grondwettelijk Hof dat, indien de wetgever aan de administratie de mogelijkheid laat om de omvang van een administratieve geldboete met repressief karakter te moduleren, niets van wat onder de beoordeling van de administratie valt aan de controle van de rechter mag kunnen ontsnappen.¹⁵⁸³ In het arrest van 12 juni 2002 voegde het Hof daar met zoveel woorden aan toe dat de rechter de boete in voorkomend geval kan “moduleren, te dezen opheffen of verminderen binnen de in de artikelen 70, § 2, en 84, derde lid, van het B.T.W.-Wetboek aan de administratie gestelde grenzen”.¹⁵⁸⁴

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelt echter vast dat die arresten van het Grondwettelijk Hof dateren van na het cassatiearrest van 5 februari 1999 en dat met de erin uiteengezette beginselen geen rekening is gehouden in de zaak van *Silvester's Horeca Service*. Het Europees Hof wekt daarmee de indruk dat het wellicht niet tot een schending van artikel 6.1 van het EVRM zou hebben besloten indien met de door het Grondwettelijk Hof uiteengezette beginselen wel rekening was gehouden.

486. Het spanningsveld tussen het rechterlijk wettigheidstoezicht en het vereiste van volle rechtsmacht komt scherp aan het licht in een arrest van het Hof van Cassatie van 4 november 2008. In dat buitengewoon omstandig gemotiveerd arrest maakt het Hof van Cassatie komaf

¹⁵⁸² EHRM 4 maart 2004, *Silvester's Horeca Service* t. België, § 27.

¹⁵⁸³ GwH 24 februari 1999, nr. 22/99, B.13; GwH 12 juni 2002, nr. 96/2002, B.4.2.

¹⁵⁸⁴ GwH 12 juni 2002, nr. 96/2002, B.4.3.

met de opkomende stelling in de rechtsleer – en de daarop gesteunde hoop van wellicht tal van rechtzoekenden – dat de stedenbouwkundige herstellvordering aan een ruimer rechterlijk toezicht dan thans het geval is, moet worden onderworpen.

Het Hof van Beroep te Antwerpen had in een arrest van 5 december 2007 gemeend niet te mogen oordelen over de opportuniteit van de gevorderde herstelmaatregel tot afbraak en deze niet te mogen vervangen door een veroordeling tot betaling van de meerwaarde. De eisers in cassatie voerden met name aan dat het bestreden arrest daardoor in strijd is “met het intrinsiek strafrechtelijk karakter van de vordering tot afbraak in de zin van artikel 6.1 EVRM en artikel 14 IVBPR, waarbij de rechter deze maatregel, als intrinsiek strafrechtelijke sanctie, moet kunnen beoordelen en eventueel hervormen op alle punten, zowel in feite als in rechte”.

In zijn arrest van 4 november 2008 verwerpt het Hof van Cassatie het middel. De waarborgen van artikel 6.1 van het EVRM houden niet in, zo merkt het Hof van Cassatie op, “dat de strafrechter daarover met volheid van rechtsmacht zou moeten kunnen oordelen”.¹⁵⁸⁵ Nochtans had het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in een arrest van 27 november 2007 – beter gekend als het arrest Hamer – de herstelmaatregel van afbraak als een straf in de zin van artikel 6.1 van het EVRM beschouwd.¹⁵⁸⁶

487. Redenen genoeg dus om het spanningsveld tussen het rechterlijk wettigheidstoezicht en het vereiste van volle rechtsmacht nader te verkennen. De verkenningstocht voert ons via de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, naar de rechtspraak van de hoogste interne rechtscolleges. Het decor is afwisselend – administratieve geldboeten, tuchtsancties, stedenbouwkundige herstellvorderingen – maar de vraag aan de einder blijft steeds dezelfde: wat is volle rechtsmacht ?

Afdeling 2 – Het vereiste van volle rechtsmacht in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: het arrest *Silvester’s Horeca Service* gedomystifieerd

488. Wat het vereiste van volle rechtsmacht betreft, wordt de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens “un manque flagrant de lisibilité” verweten, waardoor het uiterst

¹⁵⁸⁵ Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N, *Arr.Cass.* 2008, 2504, nr. 608.

¹⁵⁸⁶ EHRM, 27 november 2007, Hamer t. België, § 60. In dezelfde zaak Hamer oordeelde het Hof van Cassatie eerder dat het herstel in de vorige staat geen straf is maar “een maatregel van burgerlijke aard die beoogt de gevolgen van het misdrijf te doen ophouden”, Cass. 7 januari 2003, P.02.0327.N, *TMR* 2008, 112. Het arrest *Hamer* (van het EHRM) werd in de rechtsleer – met alle voor de hand liggende woordspelingen – opvallend druk becommentarieerd, zie o.a. V. PETITAT, “De herstelmaatregel als straf onder de hamer?”, *CDPK* 2009, 305-332; M. DE SWAEF en M. TRAEEST, “Tussen Hamer en aambeeld: de gevolgen van het arrest-Hamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op de herstelmaatregel in stedenbouw”, *RW* 2008-09, 1331-1332; P. VANSANT, “Het arrest van het Europees Hof van de Rechten van de Mens van 27 november 2007: de Vlaamse handhaving van de ruimtelijke ordening op de rooster”, *TMR* 2008, 46-50; S. DE MEULENAER, “Het arrest Hamer: een klop van de hamer voor het Vlaamse stedenbouwbeleid?”, *TBO* 2008, 177-180; M. BOES, “Het herstel in de vorige staat is een straf”, *Not.Fisc.M.* 2008, 198-202; T. BOMBOIS, “Ordre de remise en état des lieux, champ pénal et délai raisonnable”, *JLMB* 2008, 735-752.

moeilijk is “d'en fournir une grille de lecture à la fois précise et fiable”.¹⁵⁸⁷ We ondernemen toch een poging.

Het eerste arrest waarin het Europees Hof voor de Rechten van de Mens uitdrukkelijk het begrip “volle rechtsmacht” (“pleine juridiction”, “full jurisdiction”) hanteert, het arrest *Albert en Le Compte* van 10 februari 1983, heeft betrekking op de omvang van de bevoegdheid waarover de rechter dient te beschikken in een geschil over burgerlijke rechten. Dat arrest poneert meer bepaald het beginsel dat, wanneer in het kader van een tuchtprocedure iemands burgerlijke rechten in het geding zijn (in dit geval het recht om het beroep van arts verder uit te oefenen), die persoon op een gegeven moment recht moet hebben op het toezicht door een jurisdictioneel orgaan met volle rechtsmacht dat de waarborgen biedt van artikel 6.1 van het EVRM.¹⁵⁸⁸

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanvaardt met andere woorden dat niet op elk niveau van de procedure wordt voldaan aan alle vereisten van artikel 6.1 van het EVRM, op voorwaarde dat de beslissingen nadien kunnen worden aangevochten bij een rechterlijke instantie die zelf aan de vereisten van voormeld artikel voldoet en die volle rechtsmacht heeft. Wat het begrip “volle rechtsmacht” inhoudt, zegt het Hof niet met zoveel woorden, maar het preciseert wel dat de jurisdictionele beslechting van het geschil, zowel wat de feitelijke als wat de juridische vragen betreft, moet zijn gewaarborgd.¹⁵⁸⁹

489. Zoals bekend hebben de waarborgen die artikel 6.1 van het EVRM biedt een tweevoudig toepassingsgebied: zij gelden bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen (het burgerlijke luik) en bij het bepalen van de gegrondheid van een strafvervolging (het strafrechtelijke luik). Het verschil is van belang omdat de strafvervolging met meer waarborgen is omringd. Artikel 6.2 en artikel 6.3 van het EVRM zijn bijvoorbeeld enkel van toepassing wanneer iemand wegens een strafbaar feit wordt vervolgd.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hanteert een autonoom strafbegrip. De kwalificatiecriteria – ook wel de “Engel-criteria” genoemd¹⁵⁹⁰ – zijn: de juridische kwalificatie van de inbreuk in het interne recht, de aard van de inbreuk en de aard en de ernst van de sanctie die

¹⁵⁸⁷ R. TINIERE, “La notion de ‘pleine juridiction’ au sens de la Convention européenne des droits de l’homme et l’office du juge administratif”, *RFDA* 2009, 730.

¹⁵⁸⁸ EHRM 10 februari 1983, *Albert en Le Compte* t. België, A-58, § 29. Zie bv. ook EHRM 13 februari 2003, *Chevron* t. Frankrijk, waarin het vereiste van volle rechtsmacht werd gesteld in een geding met betrekking tot de weigering om een arts in te schrijven in de orde der geneesheren omdat zij niet over het geschikte diploma zou beschikken.

¹⁵⁸⁹ M. MELCHIOR, “La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Présence du droit public et des droits de l’homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1993, deel III, 1327-1328.

¹⁵⁹⁰ Bv. EHRM 25 november 2008, *Oral* (n° 2) t. Turkije, § 23. De criteria werden namelijk voor het eerst uiteengezet in EHRM 8 juni 1976, *Engel* e.a. t. Nederland, § 82. Voor de eerste toepassing op een administratieve sanctie, zie EHRM 21 februari 1984, *Öztürk* t. Duitsland, §§ 50-54. Voor een recent onderzoek van de toepasselijkheid op administratieve sancties door de Grote kamer, zie EHRM (Grote kamer) 23 november 2006, *Jussila* t. Finland, §§ 29-38. Zie ook GwH 18 juni 2009, nr. 99/2009, B.5. Zie ook W. VERRIJDT, “Artikel 6, § 1 van het EVRM en het belastingrecht”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 38; C. BILLIET, *Bestuurlijke sanctionering van milieurecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 139-153.

kan worden opgelegd.¹⁵⁹¹ De kwalificatie van een maatregel als niet-strafrechtelijk in de zin van de Belgische wetgeving heeft dus niet tot gevolg dat de maatregel automatisch buiten het strafrechtelijke luik van artikel 6.1 van het EVRM valt.

De autonomie werkt overigens in beide richtingen. De kwalificatie van een maatregel als straf in de zin van artikel 6.1 van het EVRM brengt enkel mee dat de waarborgen van die bepaling in acht moeten worden genomen, maar heeft niet tot gevolg dat die maatregel in de Belgische wetgeving van strafrechtelijke aard zou zijn.¹⁵⁹²

490. De waarborgen die in artikel 6.1 van het EVRM zijn vervat, waaronder het vereiste van volle rechtsmacht, gelden zowel voor het burgerlijke als voor het strafrechtelijke luik.¹⁵⁹³

Bovendien wordt vaak uit het oog verloren dat het recht op een “daadwerkelijk juridictioneel toezicht” – het Grondwettelijk Hof verkiest doorgaans die termen boven het begrip “volle rechtsmacht” – niet alleen door artikel 6.1 van het EVRM wordt gewaarborgd maar ook door een algemeen rechtsbeginsel.¹⁵⁹⁴ Dus zelfs als geen van beide luiken van die verdragsbepaling van toepassing is, geldt nog steeds het recht op een daadwerkelijk juridictioneel toezicht.¹⁵⁹⁵

Voor het onderwerp van ons onderzoek dient derhalve op de (zeer casuïstische) toepassing van de Engel-criteria en, meer algemeen, op het onderscheid tussen het burgerlijke en het

¹⁵⁹¹ In de huidige rechtspraak, zo merken Ankaert en Put op, lijkt een welbepaald criterium steeds meer op de voorgrond te treden, namelijk het ontradend en punitief karakter van de sanctie, naast de algemeenheid van de norm, E. ANKAERT en J. PUT, “Het EVRM en bestuurlijke punitieve sancties”, in *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties, Preadviezen*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2006, 6-7. Zie ook reeds P. VAN ORSHOVEN, “Fiscale administratieve sancties en het recht op behoorlijke rechtsbedeling na het arrest-Öztürk van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”, *Fiskofoon* 1984, 82-92 en A. ALLEN, “Administratieve geldboeten: hun internationaal – en internrechtelijke kwalificatie”, in *Liber Amicorum G. Baeteman*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 265-314.

¹⁵⁹² GwH 2 maart 1995, nr. 18/95, B.3, *Amén*. 1995, 28, noot M. BOES; GwH 6 december 2000, nr. 127/2000, B.13.5; GwH 19 mei 2004, nr. 88/2004, B.13.2-B.13.3 (impliciet); GwH 12 december 2007, nr. 151/2007, B.12.3; GwH 16 juli 2009, nr. 119/2009, B.6.2; GwH 16 december 2010, nr. 148/2010, B.3.3; Cass. 28 oktober 2008, P.08.0880.N, *Arr.Cass.* 2008, 2406, nr. 590; Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N, *Arr.Cass.* 2008, 2504, nr. 608; Cass. 6 januari 2009, P.08.0674.N; Cass. 24 november 2009, P.09.0278.N. Vgl. evenwel GwH 7 juni 2001, nr. 77/2001, B.7-B.9 en GwH 13 juni 2001, nr. 80/2001, B.7-B.9, die van de omgekeerde veronderstelling lijken uit te gaan. Ook het begrip “burgerlijke rechten” heeft overigens een andere betekenis in artikel 144 van de Grondwet dan in artikel 6.1 van het EVRM.

¹⁵⁹³ Zie ook GwH 18 januari 2006, nr. 6/2006, B.10: “Ongeacht of de sancties bedoeld in artikel 119bis, § 2, tweede lid, 2°, 3° en 4°, « burgerlijke rechten en verplichtingen » betreffen dan wel van strafrechtelijke aard zijn in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, moeten de rechtzoekenden aan wie ze worden opgelegd aanspraak kunnen maken op een daadwerkelijke juridictionele toetsing”; GwH 18 juni 2009, nr. 99/2009, B.6.5-B.7.1.

¹⁵⁹⁴ GwH 24 februari 1999, nr. 22/99, B.10; GwH 17 maart 1999, nr. 32/99, B.8. Daarenboven houdt artikel 13 van de Grondwet een recht in op toegang tot de bevoegde rechter, dat inhoudsloos zou zijn indien niet voldaan is aan het recht op een eerlijk proces, zoals gewaarborgd bij artikel 6.1 van het EVRM, bij artikel 14 van het IVBPR en bij een algemeen rechtsbeginsel. Bijgevolg dienen ook bij een toetsing aan artikel 13 van de Grondwet die waarborgen te worden betrokken, GwH 3 december 2009, nr. 195/2009, B.8.

¹⁵⁹⁵ Het verschil met artikel 6.1 van het EVRM is dat de draagwijdte van het algemeen rechtsbeginsel niet door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt gedicteerd, maar door de interne rechtscolleges kan worden ingevuld. Het is echter weinig waarschijnlijk dat de waarborg van een daadwerkelijk juridictioneel toezicht verschillend wordt ingevuld naargelang artikel 6.1 van het EVRM wel of niet van toepassing is.

strafrechtelijke luik niet dieper te worden ingegaan,¹⁵⁹⁶ al blijft wel de vraag relevant of het vereiste van volle rechtsmacht dezelfde draagwijdte heeft wanneer een rechter te doen heeft met een straf dan wel met een maatregel van burgerlijke aard. Zoals verderop zal blijken is dat hooguit een kwestie van gradatie.¹⁵⁹⁷

491. Het arrest *Silvester's Horeca Service* behoort zeker niet tot de baanbrekende arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het kreeg in onze rechtsorde meer dan gewone aandacht omdat het de bevindingen van het Hof van Cassatie tegensprak. Het Hof van Cassatie had immers in een arrest van 5 februari 1999 het middel dat door dezelfde verzoekende partij aan de schending van artikel 6.1 van het EVRM was ontleend, verworpen.

Meer bepaald was het Hof van Cassatie in zijn arrest *Silvester's Horeca Service* van oordeel dat het rechterlijk toezicht op de in het geding zijnde fiscale administratieve geldboete weliswaar inhoudt dat de rechter “moet kunnen nagaan of voldaan is aan alle wettelijke vereisten van de straf en hiervoor de elementen in feite en in rechte moet kunnen beoordelen” en dat hij dus “de mogelijkheid moet hebben de werkelijkheid na te gaan van de sanctionering en eveneens te beoordelen of de sanctie met de wettelijke voorschriften overeenstemt, en inzonderheid of zij niet indruist tegen specifieke wettelijke bepalingen of tegen algemene rechtsbeginselen, en of zij niet in strijd is met de zorgvuldigheidsplicht van het bestuur”, maar dat het rechterlijk toezicht “niet inhoudt dat de rechter om loutere redenen van opportuniteit of billijkheid de belastingplichtige zou kunnen bevrijden van de bedoelde verplichtingen die hem wettelijk zijn opgelegd door de overheid”.¹⁵⁹⁸

492. Het arrest *Silvester's Horeca Service* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blinkt niet uit door een klare motivering.¹⁵⁹⁹ Meer bepaald komt niet duidelijk tot uitdrukking welk aspect tot de slotsom van een gebrek aan volle rechtsmacht doet besluiten: ligt het aan de te beperkte draagwijdte van het rechterlijk wettigheidstoezicht (gebrek aan opportuniteitstoezicht), aan het gebrek aan hervormingsbevoegdheid van de rechter of aan beide?

¹⁵⁹⁶ Daarvoor kan o.a. verwezen worden naar A. ALEN, “Administratieve geldboeten: hun internationaal – en internrechtelijke kwalificatie”, in *Liber Amicorum G. Baeteman*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 382-390; I. BOONE en G. VAN HAEGENBORGH, “Hoofdstuk III - Administratieve sancties”, in *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2004, 194-199; T. BOMBOIS en D. DÉOM, “La définition de la sanction administrative”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 102-128; F. KRENC, “La protection contre la répression administrative au regard de la Convention européenne des droits de l’homme”, in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Bruxelles, die Keure, 2007, 117-121; C. VANDERKERKEN, *Fiscale strafvervolgving en rechtsbescherming*, Brussel, Bruylant, 2006, 307-315; S. VAN DROOGHENBROECK, “De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées? Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Rev.dr.ULg* 2005, 469-474.

¹⁵⁹⁷ In dezelfde zin R. TINIÈRE, “La notion de ‘pleine juridiction’ au sens de la Convention européenne des droits de l’homme et l’office du juge administratif”, *RFDA* 2009, 730: “Plus précisément, il semble qu’il existe une sorte de gradation des exigences selon que la sanction relève de la matière civile ou de la matière pénale”.

¹⁵⁹⁸ Cass. 5 februari 1999, C.97.0441.N, *Arr.Cass.* 1999, 142, nr. 67, concl. GOEMINNE. Zie daarover o.a. A. ALEN, “Naar een betere rechtsbescherming inzake administratieve geldboeten na de koerswijziging van het Hof van Cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999”, *RW* 1999-00, 630-638; S. NUDELHOLC en J. KIRKPATRICK, “Le contrôle judiciaire des amendes fiscales et le principe de proportionnalité”, noot onder Cass. 5 februari 1999, *RCJB* 2002, 594-652.

¹⁵⁹⁹ Zie ook V. SEPULCHRE, *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, Brussel, Larcier, 2005, 355-356.

Een bepaalde strekking in de rechtsleer leidt uit het arrest af dat er voortaan nog slechts sprake kan zijn van een rechter met volle rechtsmacht, wanneer die rechter de macht heeft om de voor hem gebrachte betwisting in al haar aspecten te onderzoeken, met inbegrip van de opportuniteit en de billijkheid, én voor zover hij de macht heeft de beslissing ook daadwerkelijk te wijzigen of hervormen.¹⁶⁰⁰

Wat dat laatste aspect betreft, leidt ook de afdeling wetgeving van de Raad van State op algemene wijze uit het arrest af dat “wanneer het bestuur de administratieve geldboete vermag kwijt te schelden, te verminderen of uitstel van betaling te verlenen, zoals te dezen, de rechter bij wie een beroep tegen het opleggen van die geldboete of tegen de weigering tot modulering ervan aanhangig is, over dezelfde bevoegdheid dient te beschikken”¹⁶⁰¹ en dus in zulk geval de boete altijd moet kunnen hervormen.¹⁶⁰²

Al die gevolgtrekkingen steunen echter op een geïsoleerde lezing van het arrest. Wanneer het arrest in het geheel van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt beschouwd, komt een ander, veel genuanceerder beeld te voorschijn.

493. Wat de hervormingsbevoegdheid betreft, is er om te beginnen de rechtspraak die aan het arrest *Silvester’s Horeca Service* voorafgaat. In een reeks arresten tegen Oostenrijk van 23 oktober 1995 was het Europees Hof voor de Rechten van de Mens reeds van oordeel dat een rechtbank slechts over volle rechtsmacht beschikt indien die rechtbank over de bevoegdheid

¹⁶⁰⁰ O.a. X. TATON, “Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire”, *RDC* 2005, 806; L. DE GEYTER, “Een mensenrechtelijke benadering van het fenomeen van de bestuurlijke sancties. Een analyse van de rechtspraak van het Arbitragehof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”, in *Tegenspraak-cahiers* 24, Brugge, die Keure, 2005, 110; S. BOULLART, “De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht”, *CDPK* 2007 (Feesteditie 10 jaar CDPK), 251-253; A. LUST en S. LUST, “De administratieve verankering van het milieumisdrijf”, in A. DE NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieustraf- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Gent, Larcier, 2005, 529; A. LUST en S. LUST, “Het grondrecht op een rechter met volle rechtsmacht en de stedenbouwkundige herstellvordering”, in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE, e.a. (eds.), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, Deel B, 880; T. SCHEPENS, “Rechterlijke controle op fiscale administratieve sancties”, in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Actuele fiscale thema’s 2007*, Biblo, Kalmthout, 2008, 141. Sommige auteurs (zie DE GEYTER, p. 115 en BOULLART, p. 272) zijn zelfs van oordeel dat de annulatiebevoegdheid van de Raad van State niet langer volstaat om aan de vereisten van volle rechtsmacht te voldoen (zie daarover *infra* nrs. 528-529).

¹⁶⁰¹ O.a. RvS, afd. wetgeving, advies 39.536/VR van 24 januari 2006 over een voorontwerp van decreet “houdende wijziging van het decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode”, *Parl.St.* VI.Parl. 2005-06, nr. 824/1, *TBP* 2006, 564-574 (uittreksel). Dit advies is door S. Van Drooghenbroeck de “bijbel” van het recht inzake administratieve sancties genoemd, S. VAN DROOGHENBROECK, “Réplique. Entre bénévolance et incertitudes: y a-t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives?”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 263.

¹⁶⁰² Al moet daaraan volledigheidshalve worden toegevoegd dat de Raad van State in meer recente adviezen rekening houdt met “de recente ontwikkeling van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”, meer bepaald het arrest Jussila van 23 november 2006 (*infra* nr. 543), bv. RvS, afd. wetgeving, advies 44.947/VR/V, 44.948/VR/V en 44.949/VR/V van 19 augustus 2008 over voorontwerpen van decreet en van ordonnantie “tot goedkeuring van het samenwerkingsakkoord betreffende de preventie en het beheer van verpakingsafval”, *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 1944/1, 92; RvS, afd. wetgeving, advies 45.923/3 van 24 februari 2009 over een voorontwerp van decreet “betreffende toegangsverbod tot voertuigen van de VVM”, *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2178/1, 47.

beschikt om alle feitelijke en juridische punten van de aangevochten beslissing te “réformer”.¹⁶⁰³ Die arresten werden uitgesproken in het Frans en in het Engels. In het Frans wordt de term “réformer” gebruikt, maar in het Engels “to quash”, hetgeen eerder de betekenis heeft van vernietigen of ongegrond oordelen. Volgens de Franse tekst zou derhalve de bevoegdheid zijn vereist om de lagere beslissing te kunnen hervormen. Volgens de Engelse tekst zou de bevoegdheid om te vernietigen volstaan.

Uit die semantische verwarring werd door de meerderheid van de rechtsleer afgeleid dat de noodzakelijke bevoegdheid van de rechter niet noodzakelijk als een substitutiebevoegdheid moet worden begrepen, maar dat zij ook kan worden uitgelegd als de macht om een doorgedreven controle uit te oefenen op alle onderdelen van de beslissing en de consequenties van die beoordeling aan te geven.¹⁶⁰⁴ Het bestuur zou wel binnen een redelijke termijn het vernietigingsarrest moeten nakomen.¹⁶⁰⁵ Het arrest *Silvester’s Horeca Service*, dat zoals vermeld (*supra* nr. 484) enkel in de Franse versie beschikbaar is, doch in die versie niet afwijkt van de vroegere rechtspraak, zou derhalve op dezelfde wijze moeten worden begrepen.

494. Wanneer het Europees Hof voor de Rechten van de Mens verwijst naar de bevoegdheid om een geschil te beslechten, zowel wat de feitelijke vragen als wat de rechtsvragen betreft, kan men zich bovendien moeilijk van de indruk ontdoen dat die verwijzing is ingegeven door het klassieke onderscheid tussen de taak van de hoven van beroep en de taak van het Hof van Cassatie. De hoven van beroep (of de appelrechters in het algemeen) toetsen de beslissingen die hen worden onderworpen in volle omvang en hebben zelfs via de versterkte devolutieve kracht van het hoger beroep de mogelijkheid om het geding in eerste aanleg voor een deel overbodig te maken.¹⁶⁰⁶ Het Hof van Cassatie daarentegen treedt in beginsel niet in de beoordeling van de zaken zelf.¹⁶⁰⁷ Het beslist niet over de feitenkwesies doch enkel over de

¹⁶⁰³ EHRM 23 oktober 1995, Schmutz t. Oostenrijk, § 36; EHRM 23 oktober 1995, Gradinger t. Oostenrijk, § 44; EHRM 23 oktober 1995, Palaoro t. Oostenrijk, § 43; EHRM 23 oktober 1995, Pfarmer t. Oostenrijk, § 40; EHRM 23 oktober 1995, Pramstaller t. Oostenrijk, § 41; EHRM 23 oktober 1995, Umlauf t. Oostenrijk, § 39. Ook uit die arresten bleek niet duidelijk welk gebrek doorslaggevend was: de beperkte controlebevoegdheid over de feiten, de onmogelijkheid van substitutie of de combinatie van beide, J. PUT, “Administratieve boeten, verzachtende omstandigheden en volle rechtsmacht: contradicties in de rechtspraak van het Arbitragehof”, *TBP* 2002, 679.

¹⁶⁰⁴ J. PUT, “Administratieve boeten, verzachtende omstandigheden en volle rechtsmacht: contradicties in de rechtspraak van het Arbitragehof”, *TBP* 2002, 679-680; B. DE SMET, J. LATHOUWERS en K. RIMANQUE, “Artikel 6. Recht op een eerlijk proces”, in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar*, vol. I, Antwerpen, Intersentia, 2004, 486. Zie ook A. ALEN, “Administratieve geldboeten: hun internationaal- en internrechtelijke kwalificatie”, in *Liber Amicorum G. Baeteman*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 401; S. VAN DROOGHENBROECK, “De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées? Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Rev.dr.ULg* 2005, 475.

¹⁶⁰⁵ B. DE SMET, J. LATHOUWERS en K. RIMANQUE, “Artikel 6. Recht op een eerlijk proces”, in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar*, vol. I, Antwerpen, Intersentia, 2004, 486.

¹⁶⁰⁶ I. VEROUGSTRAETE, “Cassatie in civiele zaken”, in *Preadviezen over de werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007, 147-148.

¹⁶⁰⁷ Artikel 147, tweede lid, van de Grondwet. Het gaat echter niet om een absolute regel. In bepaalde gevallen treedt het Hof van Cassatie wel in de beoordeling van de zaken zelf (zie o.a. artikel 610 van het Gerechtelijk Wetboek).

rechtswesties.¹⁶⁰⁸ Het Hof kan volgens de klassieke leer, in geval van verbreking, zijn oordeel niet in de plaats stellen van de voorgelegde beslissing.¹⁶⁰⁹ Het begrip “volle rechtsmacht” staat aldus tegenover het “niet treden in de beoordeling van de zaak”, waartoe de cassatiecontrole doorgaans is beperkt.¹⁶¹⁰ Het gebruik van de term “réformer” lijkt met andere woorden eerder te benadrukken dat een cassatieberoep niet volstaat om van een toetsing met volle rechtsmacht te kunnen spreken, dan dat het zou willen aanduiden dat een toetsing zonder hervormingsbevoegdheid onvoldoende is.

495. In de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zijn overigens verdere aanwijzingen te vinden die het meerderheidsstandpunt in de rechtsleer (*supra* nr. 493) ondersteunen. Met name in twee arresten tegen Zweden van 23 juli 2002 nam het Hof genoegen met de bevoegdheid van de administratieve rechtbanken om een fiscale administratieve boete (die als strafrechtelijk werd gekwalificeerd in de zin van artikel 6.1 van het EVRM) te vernietigen. Terwijl in het Engels opnieuw de term “to quash” wordt gebruikt, luidt de Franse term niet “réformer” maar “annuler”.¹⁶¹¹

Ook enkele arresten die geen betrekking hebben op strafrechtelijke sancties (in de zin van artikel 6.1 van het EVRM) maar op burgerlijke rechten en verplichtingen (het zogenaamde burgerlijke luik, *supra* nr. 489) scheppen meer duidelijkheid over het begrip “volle rechtsmacht”. Toonaangevend in dat verband is het arrest *Kingsley*, waarin het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van oordeel is dat het inherent is “à la notion de contrôle juridictionnel que, si un moyen d'appel est considéré comme valable, la juridiction procédant au contrôle puisse annuler la décision attaquée et rendre elle-même une nouvelle décision ou renvoyer l'affaire devant le même organe ou un organe différent”.¹⁶¹²

Het is trouwens weinig waarschijnlijk, zoals Krenc terecht opmerkt, dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het rechtssysteem van tal van lidstaten, waar net als in ons land de

¹⁶⁰⁸ Die regel betekent niet dat de cassatierechter met de feiten geen rekening mag houden, doch enkel dat hij geen andere feiten in aanmerking mag nemen dan die waarvan het bestaan werd vastgesteld door het bestreden arrest of vonnis, door de procedurestukken en door de akten welke regelmatig werden voorgelegd aan de rechter die over de grond van de zaak heeft beslist, A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Gent, Story-Scientia, 1981, 412-413. Het Hof van Cassatie oefent op die feiten wel een marginale toetsing uit, I. VEROUGSTRAETE, “Cassatie in civiele zaken”, in *Preadviezen over de werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007, 149.

¹⁶⁰⁹ I. VEROUGSTRAETE, “Cassatie in civiele zaken”, in *Preadviezen over de werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007, 164.

¹⁶¹⁰ P. VAN ORSHOVEN, “Je n’aime pas mon sujet. De bevoegdheid van de hoven en rechtbanken in burgerlijke zaken. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen”, *TPR* 2004, 1089. Vgl. echter GwH nr. 81/2008, 27 mei 2008, B.16.2, waarin het optreden met volle rechtsmacht tegenover het optreden als annulatierechter wordt geplaatst. Zie daarover J. THEUNIS, “De toetsing aan grondrechten door het Grondwettelijk Hof. Overzicht van rechtspraak 2008”, *TBP* 2009, 342. Zie ook *infra* nr. 531.

¹⁶¹¹ EHRM 23 juli 2002, Janosevic t. Zweden, § 82; EHRM 23 juli 2002, Västberga Taxi Aktiebolag en Vulic t. Zweden, § 94.

¹⁶¹² EHRM 7 november 2000, Kingsley t. Verenigd Koninkrijk, § 58, bevestigd door EHRM (Grote kamer) 28 mei 2002, Kingsley t. Verenigd Koninkrijk, § 32.

administratieve rechtbanken in de regel slechts over een vernietigingsbevoegdheid beschikken, strijdig zou bevinden met artikel 6.1 van het EVRM.¹⁶¹³

496. Ook na het arrest *Silvester's Horeca Service* neemt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens meermaals genoeg met een vernietigingsbevoegdheid, zij het steeds in burgerlijke zaken,¹⁶¹⁴ terwijl het geen enkele keer tot een verdragsschending besluit wegens het ontbreken van een hervormingsbevoegdheid. Mogen we daaruit besluiten dat voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in alle gevallen een vernietigingsbevoegdheid volstaat?¹⁶¹⁵

Helemaal zeker is dat niet. De vaststelling blijft dat in het arrest *Silvester's Horeca Service* bewust opnieuw de term “réformer” wordt gebruikt,¹⁶¹⁶ terwijl inmiddels in het arrest *Janosevic* het Engelse equivalent “to quash” toch reeds als “annuler” was vertaald (*supra* nr. 495). De vaststelling blijft ook dat aan het arrest *Silvester's Horeca Service* in de latere rechtspraak nog wordt gerefereerd¹⁶¹⁷ en dat het Europees Hof dat arrest dus niet zonder meer is afgefallen.

Een mogelijke uitleg zou kunnen zijn dat een rechter in beginsel over volle rechtsmacht beschikt indien hij de aangevochten beslissing kan vernietigen en de zaak na vernietiging van de beslissing kan verwijzen naar een onafhankelijke instantie die een nieuwe beslissing neemt, maar dat hij toch in uitzonderlijke gevallen die beslissing zelf moet kunnen hervormen. Dat zou met name het geval kunnen zijn indien het gaat om een sterk strafrechtelijk gekleurde administratieve sanctie, zoals in het arrest *Silvester's Horeca Service*. Ik kom op die (subtiele) nuance nog herhaaldelijk terug.

497. Naast de vraag of de rechter de beslissing van het bestuur moet kunnen hervormen, blijft ook de vraag hoe ver de rechter moet kunnen gaan in zijn beoordeling van de beslissing. Vaststaat dat een cassatieberoep niet voldoende is,¹⁶¹⁸ om de eenvoudige reden dat een

¹⁶¹³ F. KRENC, “La protection contre la répression administrative au regard de la Convention européenne des droits de l’homme”, in H. DUMONT, P. JADOUŁ en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Bruxelles, die Keure, 2007, 124. In dezelfde zin ook M. MELCHIOR, “La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Présence du droit public et des droits de l’homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1993, deel III, 1345.

¹⁶¹⁴ Zie o.a. EHRM 28 juli 2005, *Alatulkkila e.a. t. Finland*, § 52; EHRM 31 mei 2007, *Bistrovic t. Kroatië*, § 53; EHRM, 29 oktober 2009, *Chaudet t. Frankrijk*, § 37.

¹⁶¹⁵ Hetgeen de conclusie lijkt te zijn van o.a. F. KRENC, “La protection contre la répression administrative au regard de la Convention européenne des droits de l’homme”, in H. DUMONT, P. JADOUŁ en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Bruxelles, die Keure, 2007, 123 en van S. VAN DROOGHENBROECK, “De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées? Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Rev.dr.ULg* 2005, 475-476 en “Réplique. Entre bénévolance et incertitudes: y a-t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives?”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 263-264.

¹⁶¹⁶ Zie ook EHRM 28 april 2009, *Savino e.a. t. Italië*, § 73.

¹⁶¹⁷ O.a. EHRM 21 maart 2006, *Valico S.r.l. t. Italië*.

¹⁶¹⁸ O.a. EHRM 27 juli 2006, *Gubler t. Frankrijk*, § 26: “Or, la Cour a déjà établi que lorsque le Conseil d’Etat statue en cassation sur les décisions de la section disciplinaire du conseil national de l’ordre des médecins, il ne peut passer pour un « organe judiciaire de pleine juridiction », notamment parce qu’il n’a pas le pouvoir d’apprécier la proportionnalité entre la faute et la sanction (...)” Vgl. GwH 8 mei 2002, nr. 85/2002, B.21: “Weliswaar

cassatierechter doorgaans enkel rechtsvragen beoordeelt en niet in de beoordeling van de feiten treedt (*supra* nr. 494).¹⁶¹⁹ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens lijkt immers een doorslaggevend belang te hechten aan het feit dat alle relevante kwesties in feite en in rechte moeten kunnen worden onderzocht.¹⁶²⁰

Ook een louter wettigheidstoezicht volstaat niet, waarmee wordt bedoeld dat de evenredigheid van de maatregel moet kunnen worden beoordeeld.¹⁶²¹ Een rechterlijke instantie met volle rechtsmacht moet in staat zijn om de proportionaliteit tussen de sanctie en de fout te beoordelen, althans in zoverre het bestuur zelf de evenredigheid van de maatregel kon beoordelen, zoals in de zaak *Silvester's Horeca Service*.¹⁶²² Wanneer het bestuur over een gebonden bevoegdheid beschikt, in de zin dat de wetgever geen keuze laat wat de op te leggen sanctie betreft, maakt de evenredigheidstoets geen deel uit van het vereiste van volle rechtsmacht.¹⁶²³ Er bestaat immers in de rechtspraak geen precedent dat de wetgever zou verbieden in een vaste straf te voorzien, of dat de rechter zou verplichten een straf te moduleren in functie van de omstandigheden van de zaak.¹⁶²⁴

Dat de rechter ook de opportuniteit van de beslissing moet kunnen beoordelen, kan vooralsnog uit geen enkel arrest worden afgeleid.

In een arrest van 11 maart 2009 erkent ook het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk dat de waarborgen vervat in artikel 6 van het EVRM niet vereisen dat op iedere persoon ten aanzien van wie een administratieve sanctie wordt opgelegd die als een strafrechtelijke sanctie in de zin van die bepaling wordt gekwalificeerd, dezelfde maatregelen tot verzachting van de straf kunnen worden toegepast als die welke de persoon geniet ten aanzien van wie een sanctie wordt

beschikken de rechtzoekenden in dat geval slechts over één enkele aanleg, vermits de voorziening in cassatie die zij tegen de arresten van het hof van beroep kunnen instellen geen beroep met volle rechtsmacht is”.

¹⁶¹⁹ EHRM 21 februari 2008, *Ravon e.a. t. Frankrijk*, § 29. Wanneer het Hof van Cassatie in uitzonderlijke gevallen de feiten onderzoekt, kan het cassatieberoep wel volstaan: EHRM 25 september 2008, *K.T. t. Noorwegen*, § 101.

¹⁶²⁰ Bv. EHRM 24 november 2005, *Capital Bank AD t. Bulgarije*, § 101.

¹⁶²¹ Bv. EHRM 31 juli 2008, *Družstevní Záložna Pria e.a. t. Tsjechië*, §§ 112-113. Zie ook I. VERHEVEN, “Naar een nieuwe invulling van het begrip ‘volle rechtsmacht’? Het contentieux van de economische regulatoren”, in *Actualia Publiekrecht 1, Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, 5.

¹⁶²² S. VAN DROOGHENBROECK, “De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées? Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Rev.dr.ULg* 2005, 477-478.

¹⁶²³ Boes twijfelt eraan of in het geval van gebonden bevoegdheid nog sprake is van een administratieve sanctie, M. BOES, *Administratieve sancties en art. 6 E.V.R.M. in België*, Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 4; M. BOES, “Administratieve sancties”, in *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, 198-199. Zie ook C. BILLIET, *Bestuurlijke sanctionering van milieurecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 47-48.

¹⁶²⁴ EHRM 2 juli 2002, *Göktan t. Frankrijk*, § 58: “il n'existe pas de précédent des organes de la Convention, ni au titre de l'article 6 ni au titre de l'article 7, qui censure le fait pour le législateur de prévoir une peine fixe, ou qui oblige le juge à « moduler » cette peine en fonction des circonstances de la cause”. Zie ook I. BOONE en G. VAN HAEGENBORGH, “Hoofdstuk III - Administratieve sancties”, in *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2004, 213: “artikel 6 EVRM impliceert blijkbaar niet dat de rechter over de mogelijkheid moet beschikken om een straf op te leggen onder het wettelijk minimum indien de wettelijke tarieven reeds voldoende rekening houden met het proportionaliteitsbeginsel”. Die laatste nuancering is niet zonder belang: de wetgever mag immers geen onevenredige straffen opleggen (*supra* nr. 93).

opgelegd die als een strafrechtelijke sanctie in de zin van het interne recht wordt gekwalificeerd.¹⁶²⁵

498. Blijft nog over de vraag of de draagwijdte van het begrip volle rechtsmacht in burgerlijke zaken en in strafzaken dezelfde is. In een bijdrage van 2005 heeft Van Drooghenbroeck aangetoond dat de standaard die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake volle rechtsmacht hanteert niet verschillend is in het burgerlijke en in het strafrechtelijke luik.¹⁶²⁶

Echter, in het arrest Grecu van 30 november 2006 herhaalt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens eerst dat “[p]our qu'un « tribunal » puisse décider d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil en conformité avec l'article 6 § 1, il faut qu'il ait compétence de se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi”, maar het voegt er met zoveel woorden aan toe dat “[c]ela vaut a fortiori en matière pénale, l'article 6 se relevant moins exigeant pour les contestations relatives à des droits de caractère civil que pour les accusations en matière pénale”.¹⁶²⁷

Hoewel uit de rechtspraak zeker niet kan worden afgeleid dat een vernietigingsbevoegdheid in het algemeen niet kan volstaan onder het strafrechtelijke luik, lijkt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens toch niet uit te sluiten dat de toetsing in bepaalde gevallen intenser dient te zijn dan in het burgerlijke luik.¹⁶²⁸

499. De “strengere” houding van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest *Silvester's Horeca Service* – en ook van het Grondwettelijk Hof in de reeds vermelde arresten (*supra* nr. 485) – houdt ongetwijfeld verband met de aard van de in het geding zijnde sancties. Het betrof immers fiscale boeten die zeer nauw bij het eigenlijke strafrecht aanleunen, daar zelfs zo goed als deel van uitmaken (onder hoofdstuk XI “Strafbepalingen” van het BTW-Wetboek), met dien verstande dat de opdracht om de fiscale inbreuken te vervolgen en te bestraffen aan de fiscale administratie is toevertrouwd (vandaar de kwalificatie als “administratieve boete”). Wanneer de feiten met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden zijn gepleegd, hangt de betrokkene voor dezelfde tekortkoming bovenop de administratieve geldboete een strafrechtelijke vervolging boven het hoofd.

Het uitgangspunt, ook in het gemeen strafrecht, is dat het in de eerste plaats aan de democratisch gekozen wetgever toekomt, onder voorbehoud dat hij geen maatregel mag nemen die kennelijk onredelijk is, het strafrechtelijk beleid te bepalen en desgevallend de

¹⁶²⁵ GwH 11 maart 2009, nr. 42/2009, B.4, *RDP* 2009, 1177, noot F. PIRET en D. RENDERS.

¹⁶²⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, “De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées? Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme”, *Rev.dr.ULg* 2005, 475-476. Zie ook D. RENDERS, M. JOASSART, G. PIJCKE en F. PIRET, “Le régime juridique de la sanction administrative”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 226-227.

¹⁶²⁷ EHRM 30 november 2006, Grecu t. Roemenië, § 62.

¹⁶²⁸ Zie ook Y. BOT, conclusie van 2 april 2009 voor HvJ 3 september 2009, Papierfabrik August Koehler AG e.a., C-322/07 P e.a., waarin hij van oordeel is dat “artikel 6 EVRM minder strenge eisen blijkt te stellen voor betwistingen omtrent burgerlijke rechten dan voor een strafrechtelijke vervolging” (vn. 50).

beoordelingsvrijheid van de rechter uit te sluiten.¹⁶²⁹ Meer bepaald komt het aan de wetgever toe te oordelen of het wenselijk is de rechter te dwingen tot gestrengheid wanneer een inbreuk het algemeen belang schaadt. Die gestrengheid kan niet alleen de omvang van de straf betreffen, maar ook de aan de rechter geboden mogelijkheid om uitstel van tenuitvoerlegging van de straf toe te kennen of om de straf tot onder de gestelde grenzen te verminderen wanneer verzachtende omstandigheden aanwezig zijn. Het Grondwettelijk Hof zou een dergelijke keuze alleen kunnen afkeuren indien die kennelijk onredelijk zou zijn of indien de in het geding zijnde bepaling ertoe zou leiden aan een categorie van beklaagden het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige instantie, zoals gewaarborgd bij artikel 6.1 van het EVRM, te ontzeggen.¹⁶³⁰ Dat laatste is met name het geval wanneer een strafbepaling onevenredige gevolgen kan hebben door niet te voorzien in een minimum en een maximum.¹⁶³¹

500. Volgens het gemeen strafrecht beschikt de strafrechter in beginsel over een arsenaal van mogelijkheden om de straf in zekere mate te “individualiseren” en dus een straf op te leggen die hij in verhouding acht tot de zwaarte van de bewezen verklaarde misdrijven: door het bepalen van minimum- en maximumgrenzen aan de straffen, door de mogelijkheid om rekening te houden met verzachtende omstandigheden en door de mogelijkheid om maatregelen tot uitstel en tot opschorting van de uitspraak toe te kennen.

Wat meer bepaald de geldboeten betreft, heeft de wetgever het recent ook mogelijk gemaakt dat de rechter bij de vaststelling van de boete rekening houdt met de precaire financiële situatie van de beklaagde en zelfs onder het wettelijk minimum gaat.¹⁶³² Het gaat hier niet om een administratieve geldboete, waarop de rechter een controle uitoefent, maar om een straf in de eigenlijke zin, die de rechter zelf dient op te leggen.

Voor de administratieve geldboeten geldt dat arsenaal aan mogelijkheden doorgaans niet. Hoe meer een administratieve geldboete strafrechtelijk getint is, hoe sneller vanzelfsprekend de vraag rijst of niet een soortgelijke mogelijkheid van individualisering van de straf zich opdringt. Dat laatste blijkt althans uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.

Afdeling 3 – Het vereiste van volle rechtsmacht ten aanzien van administratieve sancties: het Grondwettelijk Hof ontwikkelt een eigen rechtspraak

501. De administratieve geldboeten – en administratieve sancties in het algemeen – zijn te onderscheiden van de strafrechtelijke geldboeten – en van de straffen in het algemeen. Het zijn

¹⁶²⁹ GwH 7 juni 2007, nr. 81/2007, B.5.1; GwH 6 november 2008, nr. 157/2008, B.3.4; GwH 26 juni 2008, nr. 93/2008, B.15.3 (m.b.t. administratieve sancties).

¹⁶³⁰ GwH 7 juni 2007, nr. 81/2007, B.4.3; GwH 6 november 2008, nr. 157/2008, B.3.5.

¹⁶³¹ Zie daarover J. THEUNIS, “Grondwettelijk Hof of grondrechtenhof? De evenredigheid van de straf als casus”, in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 173-196.

¹⁶³² Zie artikel 163, derde en vierde lid, en 195, tweede en derde lid, van het Wetboek van Stafvordering.

sancties die, meestal voor lichtere inbreuken, het klassieke strafrecht zijn komen vervangen of aanvullen, eerst in het fiscaal en sociaal recht maar spoedig ook in andere domeinen van het recht.

Er bestaat geen wettelijke definitie van het begrip “administratieve sanctie”. De meest gangbare omschrijving in de rechtsleer is die van Put: een bij of krachtens de wet vastgestelde maatregel met een repressief karakter, die door een bestuursorgaan wordt opgelegd door middel van een eenzijdige, individuele bestuurshandeling, als reactie op een inbreuk op een rechtsnorm.¹⁶³³ Het feit dat zij door een bestuursorgaan worden opgelegd, is van cruciaal belang. Daardoor wordt de betrokken sanctie als het ware uit het strafrecht gelicht – zij krijgt de kwalificatie “administratieve sanctie” in plaats van “strafsanctie” – en valt zij in principe, zoals alle bestuurshandelingen, onder de beginselen die de verhouding regelen tussen de administratie en de rechtscolleges.¹⁶³⁴ De algemene beginselen van het strafrecht daarentegen blijven in principe wel van toepassing (*infra* nr. 505).

Als voordelen van deze “depenalisering” worden doorgaans aangehaald: de soepelheid, de snelheid en de aanvaardbaarheid van administratieve sancties. Door een keuze voor rechtshandhaving door middel van administratieve sancties kan het bestuur de nadelen van het strafrechtelijk systeem (seponering door het openbaar ministerie, te trage rechtsgang) uit de weg gaan.¹⁶³⁵ “La sanction administrative paraît mieux répondre au souci d’une répression prompte effective ne s’encombrant pas d’un formalisme excessif”,¹⁶³⁶ zo vat Krenc het beknopt samen. Hij voegt eraan toe dat het allerminst de bedoeling is de vroeger strafrechtelijk beteugelde inbreuken voortaan ongestraft te laten. Het gaat eerder om “dépénaliser pour mieux réprimer”.¹⁶³⁷ De sancties worden niet opgelegd door de rechter, maar door de administratieve overheid, waarop de rechter vervolgens een controle uitoefent.

502. Aangezien de administratieve sancties vaak afstammen van het klassieke strafrecht, zal het niet verbazen dat het probleem van de volle rechtsmacht zich bij de rechterlijke controle van die sancties het scherpst heeft gemanifesteerd.¹⁶³⁸ Het Europees Hof voor de Rechten van de

¹⁶³³ J. PUT, *Administratieve sancties in het sociale zekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 1998, 35 en “Rechtshandhaving door administratieve sancties in het recht”, *RW* 2001-02, 1196. Zie ook reeds H. COREMANS, “De administratieve sanctie. Naar een omlijning van het begrip”, *RW* 1964-65, 753-764 en meer recent C. BILLIET, *Bestuurlijke sanctionering van milieurecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 27-62.

¹⁶³⁴ Met inbegrip van de principiële onmogelijkheid voor het bestuursorgaan om artikel 159 van de Grondwet toe te passen (*supra* nrs. 229-255), zie daarover M. BOES, “Administratieve sancties”, in *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, 201-202 en 216-217, die ervoor pleit dat de ambtenaar die bevoegd is om een (gemeentelijke) sanctie op te leggen, bevoegd zou moeten zijn om de wettigheid van het gemeentereglement – en bij uitbreiding, van alle bestuurshandelingen die relevant zijn voor het beoordelen van de zaak – te onderzoeken. Zie daarover echter mijn voorstel van oplossing (*supra* nr. 253).

¹⁶³⁵ I. BOONE en G. VAN HAEGENBORGH, “Hoofdstuk III - Administratieve sancties”, in *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2004, 185.

¹⁶³⁶ F. KRENC, “La protection contre la répression administrative au regard de la Convention européenne des droits de l’homme”, in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Bruxelles, die Keure, 2007, 113.

¹⁶³⁷ *Ibid.*, 114.

¹⁶³⁸ Die rechterlijke controle kan gebaseerd zijn op een uitdrukkelijke wettelijke bepaling maar ook op artikel 159 van de Grondwet, zie bv. A. VAGMAN, “Autorité administrative indépendante, amendes administratives et diffusion de

Mens acht een systeem van administratieve sancties in plaats van straffen op zichzelf niet strijdig met het EVRM, op voorwaarde evenwel dat de waarborgen van de artikelen 6 en 7 van het EVRM niet worden omzeild én dat de betrokkene de bestuurshandeling in elk geval kan aanvechten bij een rechtscollège met volle rechtsmacht.¹⁶³⁹ Het Grondwettelijk Hof heeft zich daarbij aangesloten:

“B.10. De wetgever heeft de vrijheid om aan de fiscus de taak toe te vertrouwen de fiscale inbreuken te vervolgen en te bestraffen. Hij mag ook bijzonder zware straffen opleggen in sectoren waar de omvang en de frequentie van de fraude de belangen van de gemeenschap ernstig aantasten. Niets verbiedt hem, om redenen van doeltreffendheid, aan de Minister van Financiën de taak toe te vertrouwen de inbreuken op het vlak van de B.T.W. te vervolgen, hem de bevoegdheid te geven uitspraak te doen over de aanvragen tot kwijtschelding en hem ertoe in staat te stellen dadingen te treffen.

Er dient evenwel te worden nagegaan of de door de wetgever ingevoerde regeling er niet toe leidt dat aan een categorie van personen, op een discriminerende manier, het recht wordt ontzegd op een daadwerkelijk juridictioneel beroep dat zowel door een algemeen rechtsbeginsel als door artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens wordt gewaarborgd.”¹⁶⁴⁰

§ 1. Sociale geldboeten

503. In het eerste arrest waarin het Grondwettelijk Hof zich over administratieve geldboeten (in geval van inbreuk op sommige sociale wetten) diende uit te spreken, het arrest nr. 72/92 van 18 november 1992, merkte het Hof op dat het prijsgeven van de gewone strafrechtelijke procedure niet ertoe mag leiden “dat de uitoefening van de rechten van de verdediging op buitensporige wijze wordt belemmerd”.

Het Hof stelde echter vast dat de bestreden wet (van 30 juni 1971)¹⁶⁴¹ “een beroep in rechte organiseert dat *a posteriori* de nadelen van de administratieve procedure opvangt. Immers, wanneer een werkgever een verzoek bij de arbeidsrechtbank aanhangig maakt, volgt deze een procedure die de uitoefening van de rechten van de verdediging waarborgt. Zij oefent op de beslissing van de ambtenaar een toetsing met volle rechtsmacht uit.¹⁶⁴² niets van wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de ambtenaar valt, ligt buiten de controle van de rechtbank. Daarenboven heeft het beroep een opschortende werking.”¹⁶⁴³

scènes de violence gratuite: réflexions autour de l'arrêt S.A. TVI prononcé le 5 décembre 2001 par le Conseil d'Etat”, noot onder RvS 5 december 2001, nr. 101.503, nv TVi, *APT* 2003, 291-295.

¹⁶³⁹ A. ALEN, “Administratieve geldboeten: hun internationaal- en internrechtelijke kwalificatie”, in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, 269.

¹⁶⁴⁰ GwH 24 februari 1999, nr. 22/99, B.10.

¹⁶⁴¹ Inmiddels opgeheven bij de wet van 6 juni 2010 tot invoering van het Sociaal Strafwetboek (artikel 109, 26°), die in werking treedt op een door de Koning te bepalen datum en uiterlijk één jaar na de bekendmaking ervan (op 1 juli 2010) in het *Belgisch Staatsblad* (artikel 111).

¹⁶⁴² Zelfs indien de wet zulks niet uitdrukkelijk zou hebben bepaald, hebben de gewone hoven en rechtbanken volle rechtsmacht op grond van de gemeenrechtelijke regels, GwH 7 maart 2007, nr. 33/2007, B.6.4; GwH 18 april 2007, nr. 62/2007, B.6.3.

¹⁶⁴³ GwH 18 november 1992, nr. 72/92, B.4.4, *JTT* 1993, noot F. LAGASSE. Over de opschortende werking verder meer (*infra* nr. 532).

Wanneer de wetgever oordeelt, zo stelt het Hof in latere arresten, dat sommige tekortkomingen ten aanzien van wettelijke bepalingen moeten worden beteugeld, dan behoort het tot zijn beoordelingsbevoegdheid te beslissen of het opportuun is om voor strafsancties *sensu stricto* of voor administratieve sancties te opteren. De keuze van de ene of de andere categorie van sancties kan op zich niet worden geacht discriminerend te zijn, maar het verschil in behandeling dat daaruit voor eenzelfde tekortkoming kan voortvloeien, is slechts toelaatbaar indien het in redelijkheid is verantwoord.¹⁶⁴⁴

Terwijl de wet van 30 juni 1971 de bedoeling heeft de feiten te beteugelen waarop strafsancties staan, voert zij een stelsel in dat categorieën van personen verschillend behandelt. In tegenstelling tot de persoon die wordt gedagvaard om voor de correctionele rechtbank te verschijnen, kan de persoon die voor de arbeidsrechtbank een beroep instelt tegen de beslissing waarbij hem een administratieve geldboete wordt opgelegd voor eenzelfde misdrijf, sommige wettelijke modaliteiten van individualisering van de straf niet genieten.¹⁶⁴⁵

Het Grondwettelijk Hof komt vervolgens tot het besluit dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden doordat de arbeidsrechtbank niet onder het wettelijk vastgestelde minimum zou kunnen gaan,¹⁶⁴⁶ terwijl de correctionele rechtbank, voor eenzelfde overtreding van een wet die de toepassing van artikel 85 van het Strafwetboek mogelijk maakt, wel een boete kan opleggen die lager is dan het wettelijke minimum indien verzachtende omstandigheden voorhanden zijn.¹⁶⁴⁷

504. Hoewel het oorspronkelijk anders oordeelde,¹⁶⁴⁸ acht het Grondwettelijk Hof het gelijkheidsbeginsel zeven jaren later eveneens geschonden doordat de arbeidsrechtbank niet over de mogelijkheid beschikt om uitstel van tenuitvoerlegging toe te kennen. De reden hiervoor is dubbel. In de eerste plaats maakt het Hof opnieuw een vergelijking met de correctionele rechtbank:

¹⁶⁴⁴ GwH 14 juli 1997, nr. 40/97, B.2-B.3.1, *CDPK* 1998, 305, noot I. VERHEVEN; GwH 14 juli 1997, nr. 45/97, B.2-B.3.1; GwH 16 juni 2004, nr. 105/2004, B.2-B.3.1. In dezelfde zin: GwH 7 december 1999, nr. 128/99, B.7; GwH 30 oktober 2001, nr. 132/2001, B.4; GwH 28 november 2001, nr. 153/2001, B.5; GwH 28 maart 2002, nr. 56/2002, B.7.4; GwH 29 november 2006, nr. 178/2006, B.3.2; GwH 26 april 2007, nr. 67/2007, B.6; GwH 18 juni 2008, nr. 91/2008, B.5; GwH 11 maart 2009, nr. 42/2009, B.5.

¹⁶⁴⁵ GwH 16 juni 2004, nr. 105/2004, B.5.1, *JTT* 2004, 497, noot F. LAGASSE en V. MARCHAND.

¹⁶⁴⁶ Terwijl de administratieve geldboeten een dergelijke omvang bereiken dat zij, zelfs als in een minimum en een maximum is voorzien, in sommige gevallen toch onevenredig kunnen zijn ten opzichte van de ernst van de feiten en ten opzichte van de repressieve en preventieve doelstelling die met de administratieve sanctie wordt beoogd, GwH 14 juli 1997, nr. 40/97, B.7.1; GwH 14 juli 1997, nr. 45/97, B.7.1.

¹⁶⁴⁷ GwH 14 juli 1997, nr. 40/97, B.6.2-B.7.3; GwH 14 juli 1997, nr. 45/97, B.6.2-B.7.3. Later stelt het Hof vast dat de arbeidsrechtbank krachtens artikel 1^{er} van de voormelde wet van 30 juni 1971, ingevoegd bij artikel 76 van de wet van 13 februari 1998 houdende bepalingen tot bevordering van de tewerkstelling, de geldboete kan verminderen onder de wettelijke minima, wanneer verzachtende omstandigheden aanwezig zijn, zij het nog steeds met een wettelijke drempel waaronder men ook bij verzachtende omstandigheden niet kan dalen, drempel die echter ook voor de strafrechter geldt, zie GwH 30 juni 1999, nr. 76/99, B.1-B.2.2; GwH 16 juni 2004, nr. 105/2004, B.5.3.

¹⁶⁴⁸ GwH 14 juli 1997, nr. 40/97, B.6.2-B.7.3; GwH 14 juli 1997, nr. 45/97, B.6.2-B.7.3. Het oordeel van het Hof in die arresten werd door de voorzitter van het Hof een "Salomonsoordeel" genoemd, M. MELCHIOR, "La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux", in J.C. SCHOLSEM (ed.), *Le point sur les droits de l'homme*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2000, 22, en later een "compromis", waartoe het Hof zijn toevlucht neemt "pour réunir une majorité confortable pour l'adoption de ses arrêts", M. MELCHIOR, "Quelques propos sur la jurisprudence de la Cour d'arbitrage en matière de sanctions administratives ; prises en considération directe ou indirecte de la jurisprudence de Strasbourg", in *Liber Amicorum Paul Martens*, Brussel, Larquier, 2007, 816.

ongeacht of het uitstel wordt toegekend door de correctionele rechtbank of door een ander rechtscollege, kan het in de beide gevallen op dezelfde wijze de veroordeelde ertoe aanzetten zijn gedrag te wijzigen, door de dreiging om, mocht hij recidiveren, de veroordeling tot de betaling van een geldboete uit te voeren, een geldboete die in de beide gevallen een straf vormt in de zin van artikel 6 van het EVRM.¹⁶⁴⁹ Daarnaast herinnert het Hof eraan dat de arbeidsrechtbank, in zoverre zij niet over de mogelijkheid beschikt het uitstel toe te kennen, geen beoordelingsbevoegdheid heeft die vergelijkbaar is met die van de administratie, vermits die kan beslissen om uiteindelijk geen boete op te leggen, en dat een systeem waarbij wordt voorzien in een beroep *a posteriori* tegen een door de administratie opgelegde geldboete enkel toelaatbaar is indien niets van hetgeen onder de beoordelingsbevoegdheid van de administratie valt, aan de toetsing van de rechtbank ontsnapt.¹⁶⁵⁰ Dit laatste – enigszins gekunsteld¹⁶⁵¹ – argument lijkt niet doorslaggevend te zijn aangezien het in de latere rechtspraak niet wordt vermeld.¹⁶⁵²

Het Grondwettelijk Hof acht het gelijkheidsbeginsel echter niet geschonden doordat de arbeidsrechtbank niet over de mogelijkheid beschikt om opschorting van de uitspraak van de veroordeling toe te staan “aangezien een dergelijke maatregel moeilijk verzoenbaar is met een rechtspleging die niet voor een strafgerecht wordt gevoerd”.¹⁶⁵³

505. Het is van belang op te merken dat de voormelde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof niet in de eerste plaats op artikel 6.1 van het EVRM steunt maar op de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, die het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie waarborgen.¹⁶⁵⁴ Dat beginsel moet

¹⁶⁴⁹ GwH 16 juni 2004, nr. 105/2004, B.7.1.

¹⁶⁵⁰ GwH 16 juni 2004, nr. 105/2004, B.7.3.

¹⁶⁵¹ Wat is immers het logische verband tussen de mogelijkheid (voor de administratie) om geen boete op te leggen en de mogelijkheid (voor de rechter) om uitstel van tenuitvoerlegging van de boete te verlenen?

¹⁶⁵² Zie de arresten 86/2007 en 157/2008, dat laatste inzake fiscale boeten (*infra* nr. 513). Zie ook GwH 16 december 2010, nr. 148/2010, B.4.3.

¹⁶⁵³ GwH 16 juni 2004, nr. 105/2004, B.6.3, waarin verder de volgende uitleg wordt verschaft: “De arbeidsrechtbank legt immers geen geldboete op, maar controleert de administratieve beslissing waarbij de geldboete wordt opgelegd. Bovendien strekt de opschorting van de uitspraak van de veroordeling voornamelijk ertoe bepaalde aan de strafrechtelijke veroordelingen verbonden gevolgen te vermijden: ze wordt ingeschreven in het strafregister (artikel 590, 2°, van het Wetboek van Strafvordering), maar ze wordt noch vermeld bij de in het strafregister opgenomen gegevens waartoe bepaalde administratieve overheden toegang kunnen hebben (artikel 594, 3°, van hetzelfde Wetboek), noch bij de gegevens die worden genoteerd op het uittreksel uit het strafregister dat, op verzoek van de betrokkene, aan hem wordt uitgereikt (artikel 595, 1°, van hetzelfde Wetboek); de wet maakt het mogelijk te vragen dat de opschorting niet wordt uitgesproken ter openbare terechtzitting (artikelen 4 en 5, § 2, van de wet van 29 juni 1964).”

¹⁶⁵⁴ Dat blijkt duidelijk uit de reden voor het individualiseren van administratieve geldboeten vermeld in het arrest nr. 105/2004: “B.6.1. Het bekritiseerde verschil in behandeling komt voornamelijk voort uit het feit dat de betrokkene soms voor de correctionele rechtbank en soms voor de arbeidsrechtbank verschijnt, om reden van beslissingen die achtereenvolgens zijn genomen door de arbeidsauditeur en door de bevoegde ambtenaar, zonder dat hun keuze in het geding kan worden gebracht door de rechtbank waarbij de zaak aanhangig is gemaakt. Die keuze ligt aan de oorsprong van het verschil in behandeling en heeft tot gevolg dat de betrokkene niet over dezelfde verweermiddelen beschikt naargelang hij, voor dezelfde feiten, voor de ene of de andere rechter verschijnt. Het staat aan het Hof te onderzoeken of dat verschil in behandeling redelijkerwijze verantwoord is.”

Indien dezelfde inbreuk niet tegelijkertijd strafrechtelijk en administratiefrechtelijk kan worden vervolgd, doet dergelijk probleem zich niet voor. De keuze voor de ene of de andere weg is dan immers een keuze van de wetgever zelf en niet van de arbeidsauditeur en de bevoegde ambtenaar.

M.b.t. het arrest nr. 40/97 merkt de voorzitter van het Grondwettelijk Hof op “que, dans cet arrêt, la Cour n’a pas fait référence à la jurisprudence de Strasbourg, mais il est évident qu’elle avait connaissance de cette

ook ten aanzien van andere rechten en vrijheden worden gehandhaafd (*supra* nr. 294) en tot die rechten en vrijheden behoren met name “de waarborgen die voortvloeien uit de algemene beginselen van het strafrecht”.¹⁶⁵⁵ Die beginselen zijn dan weer van toepassing onafhankelijk van de kwalificatie als strafrechtelijk of niet-strafrechtelijk die de wet zou kunnen geven aan de maatregelen die zij voorschrijft.¹⁶⁵⁶

De kwalificatie van een geldboete als “administratief” kan derhalve niet zonder meer een miskennis van die principes verantwoorden. Dit heeft bijvoorbeeld ook tot gevolg dat in principe het vermoeden van onschuld geldt,¹⁶⁵⁷ alsook de retroactieve werking van de minder strenge strafbepaling,¹⁶⁵⁸ het beginsel dat de rechter moet kunnen nagaan of iemand enige schuld treft,¹⁶⁵⁹ het beginsel van het persoonlijk karakter van de straffen,¹⁶⁶⁰ de verplichting om bij de bestraffing

jurisprudence et qu'elle a adopté une solution qui, à coup sûr, se conformait aux exigences de cette jurisprudence. Mais on le sait, une juridiction n'est pas tenue de donner les motifs, voir les motifs réels, de sa motivation...”, M. MELCHIOR, “Quelques propos sur la jurisprudence de la Cour d'arbitrage en matière de sanctions administratives ; prises en considération directe ou indirecte de la jurisprudence de Strasbourg”, in *Liber Amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 815.

M.b.t. het arrest nr. 105/2004 merken Tulkens en van de Kerchove op: “Sans discuter ici le bien-fondé de cette solution, on relèvera au moins le double paradoxe qui la caractérise: d'une part, l'article 6 de la Convention européenne est invoqué ici pour donner à la peine un sens élargi par rapport à celui qu'il possède « au sens du droit pénal », alors que l'enjeu de cette qualification paraît, dans ce cas, étranger à l'application de cette disposition; d'autre part, la distinction retenue entre l'applicabilité de la suspension du prononcé et le sursis aboutit paradoxalement à donner à la notion de peine consacrée par la même loi de 1964 une portée différente, selon qu'on l'envisage dans ses dispositions relatives à l'une ou à l'autre de ces deux mesures”, F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, “La nature et les contours de la peine. Regards croisés sur la jurisprudence interne et internationale”, in *Une criminologie de la tradition à l'innovation. En hommage à Georges Kellens*, Brussel, Larcier, 2006, 473. Vgl. D. RENDERS, M. JOASSART, G. PIJCKE en F. PIRET, “Le régime juridique de la sanction administrative”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 182: “L'on peut comprendre que la Cour se limite à juger inconstitutionnelle l'absence de transposition du sursis, à l'exclusion de celle de la suspension du prononcé de la condamnation. C'est que la principale différence entre les deux mécanismes tient dans l'absence d'inscription au casier judiciaire de la condamnation, avantage que revêt, par essence, la sanction administrative.”

¹⁶⁵⁵ GwH 18 november 1992, nr. 72/92, B.2.1; GwH 30 juni 1999, nr. 76/99, B.4.1.

¹⁶⁵⁶ GwH 18 november 1992, nr. 72/92, B.2.2; GwH 30 juni 1999, nr. 76/99, B.4.2; GwH 6 november 2002, nr. 157/2002, B.4.

¹⁶⁵⁷ GwH 18 november 1992, nr. 72/92, B.3; GwH 16 juli 2009, nr. 119/2009, B.6.3.

¹⁶⁵⁸ GwH 30 juni 1999, nr. 76/99, B.4.3; Cass. 14 maart 2005, S.03.0061.F, *Arr.Cass.* 2005, 601, nr. 156; Cass. 26 januari 2010, P.09.0264.N. Over de moeilijkheden bij de toepassing van de retroactieve werking van de minder strenge strafbepaling, zie S. VAN DROOGHENBROECK, “Réplique. Entre bénévolance et incertitudes: y a-t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives?”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 283-288; D. RENDERS, M. JOASSART, G. PIJCKE en F. PIRET, “Le régime juridique de la sanction administrative”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 186-188.

¹⁶⁵⁹ GwH 24 september 2003, nr. 125/2003, B.6. De toepasselijkheid van dit beginsel in het bestuurlijk sanctierecht is evenwel betwist, zie o.a. L. HUYBRECHTS, *Fiscaal strafrecht*, in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2002, 10, nr. 13; I. BOONE en G. VAN HAEGENBORGH, “Hoofdstuk III - Administratieve sancties”, in *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2004, 188.

¹⁶⁶⁰ GwH 30 oktober 2001, nr. 132/2001, B.6.2, waarin het Hof preciseert: “de geldboeten die de wetgever als administratief heeft gekwalificeerd, vertonen te veel overeenkomst met de strafsancities *sensu stricto* om te kunnen stellen dat de waarden die ten grondslag liggen aan zulk een fundamenteel beginsel niet toepasselijk zouden zijn op zulke geldboeten, die een overtreding bestraffen.” Het ging *in casu* om administratieve geldboeten voor een tekortkoming die eveneens strafrechtelijk kan worden vervolgd (wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten). Het is dus niet zeker dat het beginsel van het persoonlijk karakter van de straffen ook op de minder strafrechtelijk gekleurde

rekening te houden met het overschrijden van de redelijke termijn,¹⁶⁶¹ het beginsel *non bis in idem*¹⁶⁶² en het beginsel dat niets wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de administratie valt aan de toetsing van de rechter ontsnapt.¹⁶⁶³ Het heeft echter niet tot gevolg dat de individualisering van de geldboete mogelijk moet zijn. De individualisering van de straffen is immers geen algemeen rechtsbeginsel dat aan de wetgever wordt opgelegd, maar “veeleer een vorm van repressief beleid die werd gekozen uit meerdere mogelijke vormen ervan”.¹⁶⁶⁴

506. Wanneer een geldboete geen straf is in de zin van artikel 1 van het Strafwetboek, zijn de interne regels van het strafrecht en de strafrechtspleging als dusdanig niet daarop van toepassing¹⁶⁶⁵ en onderzoekt het Grondwettelijk Hof of de wetgever, doordat hij niet toestaat dat bepaalde van die regels op die boete worden toegepast, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet heeft geschonden.¹⁶⁶⁶

Tot de rechten en vrijheden die zonder discriminatie moeten worden verzekerd behoort ook artikel 6.1 van het EVRM,¹⁶⁶⁷ maar die bepaling ligt slechts in complementaire orde mee ten grondslag

administratieve sancties toepassing vindt; zie echter ook GwH 24 september 2003, nr. 125/2003, B.8 en GwH 16 juli 2009, nr. 119/2009, B.6.3.

Vgl. ook EHRM, 29 augustus 1997, A.P., M.P. en T.P. t. Zwitserland, § 48: “It is a fundamental rule of criminal law that criminal liability does not survive the person who has committed the criminal act.”

Zie ten slotte ook Ger. EU 4 juli 2006, Hoek Loos/Commissie, T-304/02, punt 118, waarin wordt gewezen op “het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en sancties, volgens hetwelk aan een onderneming slechts een sanctie kan worden opgelegd voor feiten die haar individueel ten laste worden gelegd. Dit beginsel geldt in elke administratieve procedure die tot sancties op grond van de communautaire mededingingsregels kan leiden.” De toerekening van een sanctie aan het moederbedrijf wegens een inbreuk begaan door één van haar filialen is evenwel niet per se strijdig met het voormelde beginsel, Ger. EU 30 september 2009, Elf Aquitaine/Commissie, T-174/05, punt 186-187 en Arkema/Commissie, T-168/05, punten 107-108. Zie ook Y. BOT, conclusie van 26 oktober 2010 in de zaak ThyssenKrupp Nirosta, C-352/09 P, punten 161-169.

¹⁶⁶¹ GwH 15 september 2004, nr. 148/2004, B.3-B.6. Zie ook *infra* nr. 539.

¹⁶⁶² GwH 26 april 2007, nr. 67/2007, B.7; GwH 18 juni 2008, nr. 91/2008, B.6. Over het beginsel *non bis in idem*, zie o.a. J. PUT, “Bis, sed non idem – Een denkoefening over de toepassing van het *non bis in idem*-beginsel op de cumulatie van administratieve en strafsancities”, *RW* 2001-02, 937-949; F. KRENC, “La protection contre la répression administrative au regard de la Convention européenne des droits de l’homme”, in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Bruxelles, die Keure, 2007, 139-145; S. VAN DROOGHENBROECK, “De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées? Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Rev.dr.ULg* 2005, 481-490; S. VAN DROOGHENBROECK, “Réplique. Entre bénévolance et incertitudes: y a-t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives?”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 276-283. Adde EHRM (Grote kamer) 10 februari 2009, Sergey Zolotukhin t. Rusland.

¹⁶⁶³ GwH 14 september 2006, nr. 138/2006, B.7.2; GwH 8 november 2006, nr. 165/2006, B.7.2; GwH 13 september 2006, nr. 199/2006, B.7.2; GwH 11 januari 2007, nr. 8/2007, B.7.2; GwH 7 juni 2007, nr. 81/2007, B.7.2; GwH 30 oktober 2008, nr. 140/2008, B.5. Deze arresten hadden betrekking op strafsancities *sensu stricto* en niet op administratieve sancties (zie ook *infra* vn. 1703).

¹⁶⁶⁴ GwH 29 maart 2000, nr. 38/2000, B.6.2; GwH 6 april 2000, nr. 40/2000, B.42; GwH 28 november 2001, nr. 153/2001, B.7.

¹⁶⁶⁵ Zie de artikelen 111 tot 116 van het Sociaal Strafwetboek, ingevoerd bij artikel 2 van de wet van 6 juni 2010 tot invoering van het Sociaal Strafwetboek.

¹⁶⁶⁶ GwH 20 juni 2007, nr. 86/2007, B.6. Zo kwam het Hof bijvoorbeeld tot de vaststelling dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet zijn geschonden doordat in de administratieve procedure geen gronden voor schorsing of verjaring gelden die analoog zijn aan die waarin de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering voorziet, GwH 28 februari 2008, nr. 28/2008, B.4-B.7.

¹⁶⁶⁷ Zie bv. GwH 6 november 2002, nr. 157/2002, B.4.

aan de voormelde rechtspraak, meer bepaald in zoverre het verschil in behandeling tot gevolg heeft dat de betrokkene niet over dezelfde verweermiddelen beschikt naargelang hij, voor dezelfde feiten, voor de ene of de andere rechter verschijnt.¹⁶⁶⁸ In dat verband moet worden opgemerkt dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het reeds vermelde arrest *Greco* van 30 november 2006 (*supra* nr. 498) inderdaad van oordeel was dat “[b]ien qu'il soit loisible aux Etats de dépenaliser certaines infractions ou/et de les réprimer, comme en l'espèce, par la voie administrative plutôt que par la voie pénale, les auteurs de comportements jugés contraires à la loi ne doivent pas se trouver dans une situation défavorable du simple fait que le régime juridique applicable est différent de celui applicable en matière pénale”.¹⁶⁶⁹

507. In de meeste arresten inzake sociale geldboeten staan de artikelen 30*bis*, 30*ter* en 35 van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders centraal. Het gaat om administratieve geldboeten die aan aannemers worden opgelegd wanneer zij bepaalde verplichtingen in het kader van de strijd tegen koppelbazen en zwartwerk niet in acht nemen.

Conform de reeds besproken rechtspraak (*supra* nr. 503), acht het Grondwettelijk Hof die bepalingen in het arrest nr. 128/99 in de eerste plaats discriminerend in zoverre de arbeidsrechtbank geen boete kan opleggen die lager is dan het wettelijk minimum, terwijl de strafrechter dat voor een overtreding van dezelfde bepaling wel kan indien verzachtende omstandigheden voorhanden zijn.¹⁶⁷⁰

Voor het overige is het Hof van oordeel, los van enige vergelijking met de strafrechter, dat de arbeidsrechtbank een “volledige toetsing” moet kunnen uitoefenen op de administratieve geldboeten, wat betekent dat hij moet kunnen nagaan of de feiten die aan de geldboete ten grondslag liggen, bewezen zijn, dat hij de wettigheid van de geldboeten moet kunnen toetsen én dat niets van wat onder de controle van de administratie valt aan zijn controle mag kunnen ontsnappen. Wanneer de wetgever de administratie toestaat in zekere mate de omvang van de sanctie te moduleren of zich te beperken tot een waarschuwing, moet de rechter dat ook kunnen,¹⁶⁷¹ zoniet wordt aan een categorie van personen het recht ontzegd op een daadwerkelijk juridictioneel toezicht op de beslissing van de administratie, gewaarborgd door de Grondwet en door het EVRM.¹⁶⁷²

Dat het arrest nr. 128/99 ging in tegen de rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens welke het bedrag dat de hoofdaannemer op grond van artikel 30*ter*, § 6, B, van de wet van 27 juni 1969 aan de RSZ verschuldigd is wanneer hij voor het begin van een werf niet de vereiste

¹⁶⁶⁸ GwH 16 juni 2004, nr. 105/2004, B.6.1. Zie ook GwH 6 november 2008, nr. 157/2008, B.5.3, inzake een fiscale boete: “Aangezien uit B.4.1 voortvloeit dat dat verschil in behandeling met betrekking tot de in het geding zijnde verweermiddelen niet is verantwoord, dient te worden aangenomen dat artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens is geschonden.”

¹⁶⁶⁹ EHRM 30 november 2006, *Greco t. Roemenië*, § 58.

¹⁶⁷⁰ GwH 7 december 1999, nr. 128/99, B.8-B.9.

¹⁶⁷¹ GwH 7 december 1999, nr. 128/99, B.13-B.14.

¹⁶⁷² GwH 7 december 1999, nr. 128/99, B.12.

inlichtingen meedeelt, geen administratieve of strafsanctie is maar een forfaitaire herstelvergoeding.¹⁶⁷³ Ook na het arrest nr. 128/99 heeft het Hof van Cassatie zijn rechtspraak op dat punt bevestigd.¹⁶⁷⁴

508. In het arrest nr. 157/2002 herhaalt het Grondwettelijk Hof echter zijn standpunt inzake “volledige toetsing”. Het spreekt nu van een “controle met volle rechtsmacht” door de arbeidsrechtbank en preciseert dat de rechter kan “nagaan of de beslissing van de administratie in rechte en in feite verantwoord is en of de wettelijke bepalingen en algemene beginselen die de administratie in acht moet nemen, waaronder het evenredigheidsbeginsel, zijn geëerbiedigd. In voorkomend geval zal hij de geldboete kunnen moduleren, dit wil zeggen opheffen in de gevallen bedoeld in artikel 30ter, § 6, C, tweede lid, of verminderen binnen de in artikel 30ter, § 6, B, bedoelde grenzen”.¹⁶⁷⁵

In het arrest nr. 9/2003 oordeelt het Grondwettelijk Hof ten aanzien van 28 van dezelfde wet op nogal lapidaire wijze dat de in die bepaling voorziene verwijntresten en bijdrageverhoging geen repressieve functie vervullen maar een vergoedend karakter hebben, zodat “de vraag of de maatregel vatbaar is voor een jurisdictionele toetsing als straf niet aan de orde is”.¹⁶⁷⁶

In het arrest nr. 86/2007 ten slotte bevestigt het Hof het arrest nr. 128/99 in zoverre het de arbeidsrechtbank niet toestaat een administratieve geldboete te matigen wanneer er verzachtende omstandigheden bestaan (terwijl de strafrechter dat voor dezelfde overtreding wel kan). Het voegt er anderzijds aan toe, in de lijn van de vroegere rechtspraak (*supra* nr. 504), dat het gelijkheidsbeginsel eveneens is geschonden in zoverre de arbeidsrechtbank geen uitstel van tenuitvoerlegging kan bevelen voor de betaling van de boete (terwijl de strafrechter dat voor dezelfde overtreding wel kan).¹⁶⁷⁷ Die laatste conclusie geldt ook voor de schorsing van het recht op leefloon.¹⁶⁷⁸

509. Ook uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de bij wijze van administratieve sanctie opgelegde uitsluiting van het genot van de werkloosheidsuitkeringen wordt afgeleid dat de arbeidsgerechten, in het kader van de toetsing met volle rechtsmacht, een administratieve sanctie kunnen verminderen wanneer ze deze, in acht genomen de concrete omstandigheden,

¹⁶⁷³ Cass. 3 mei 1999, F.98.0015.F, *Arr.Cass.* 1999, 602, nr. 256, concl. J.-F. LECLERCQ; Cass. 6 december 1999, S.98.0084.F, *Arr.Cass.* 1999, 1571, nr. 661.

¹⁶⁷⁴ Cass. 8 mei 2000, S.98.0144.F, *Arr.Cass.* 2000, 865, nr. 276, concl. J.-F. LECLERCQ. Zie daarover kritisch: I. BOONE en G. VAN HAEGENBORGH, “Hoofdstuk III - Administratieve sancties”, in *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2004, 206.

¹⁶⁷⁵ GwH 6 november 2002, nr. 157/2002, B.13.

¹⁶⁷⁶ GwH 22 januari 2003, nr. 9/2003, B.4. Hoewel de betrokken maatregel op zichzelf beschouwd van burgerrechtelijke aard is, wordt zij een strafrechtelijke maatregel wanneer de “vergoeding” kan oplopen tot een bedrag dat niet in verhouding staat tot het nadeel dat de inningsinstelling van de socialezekerheidsbijdragen heeft ondervonden, GwH 19 december 2007, nr. 157/2007, B.5-B.7; GwH 4 maart 2008, nr. 46/2008, B.7-B.9.

¹⁶⁷⁷ GwH 20 juni 2007, nr. 86/2007, B.8 en B.10.3. Vgl. Cass. 19 november 2007, S.06.0075.F, *JLMB* 2008, 758, noot D. RENDERS, waarin de in artikel 30bis, § 3, derde lid, van de wet van 27 juni 1969 bedoelde bijslag niet als een sanctie van strafrechtelijke aard in de zin van artikel 6.1 van het EVRM wordt beschouwd (zoals in het arrest nr. 86/2007, B.6), maar als een forfaitaire schadevergoeding met burgerlijk karakter.

¹⁶⁷⁸ GwH 16 december 2010, nr. 148/2010, B.4.4.

onevenredig achten met de inbreuk.¹⁶⁷⁹ In een arrest van 10 mei 2004 zet het Hof van Cassatie de grenzen van de rechterlijke controle door de arbeidsgerechten uiteen:

“Wanneer de arbeidsrechtbank kennis neemt van een dergelijk geschil, oefent zij een toetsing met volle rechtsmacht uit op de beslissing van de directeur; mits eerbiediging van het recht van verdediging en binnen het kader van het geding, zoals dit door de partijen is bepaald, valt alles wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de directeur valt, onder de controle van de rechter.

Zoals de arbeidsrechtbank, zonder enige wettelijke bepaling te schenden of het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten of enig ander algemeen rechtsbeginsel te miskennen, een door de directeur aan de werkloze opgelegde sanctie van uitsluiting, binnen de grenzen van de wet, kan milderer, kan zij ook, mits zij de wettelijke voorwaarden eerbiedigt, die sanctie vervangen door een verwittiging of aan die sanctie een uitstel verbinden.

Het arbeidshof schendt derhalve de in het middel vermelde wettelijke bepalingen en het aldaar vermelde algemeen rechtsbeginsel door te beslissen dat het arbeidsgerecht niet bevoegd is om de door de directeur opgelegde administratieve sanctie te vervangen door een verwittiging.”¹⁶⁸⁰

§ 2. Fiscale geldboeten

510. Zoals in het sociaal recht leunen ook de geldboeten in het fiscaal recht dicht aan bij het klassieke strafrecht.

Uit het reeds vermelde arrest van het Grondwettelijk Hof van 24 februari 1999 (*supra* nr. 484) blijkt dat de rechter moet kunnen controleren of “een administratieve beslissing met repressief karakter in rechte en in feite verantwoord is en of zij de wettelijke bepalingen en algemene beginselen die de administratie in acht moet nemen, waaronder het evenredigheidsbeginsel, eerbiedigt”.¹⁶⁸¹ Het Hof voegt daaraan toe:

“Het staat aan de wetgever te beoordelen of het aangewezen is de administratie en de rechter te dwingen tot gestrengheid wanneer die overtredingen inzonderheid het algemeen belang schaden. Maar indien hij van oordeel is dat de administratie de mogelijkheid moet hebben om de omvang van de sanctie te moduleren, dan mag niets van wat onder de beoordeling van de administratie valt aan de controle van de rechter kunnen ontsnappen.”¹⁶⁸²

¹⁶⁷⁹ I. BOONE en G. VAN HAEGENBORGH, “Hoofdstuk III - Administratieve sancties”, in *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2004, 240, met verwijzing naar Cass. 2 februari 1998, S.97.0099.N, *Arr.Cass.* 1998, 144, nr. 57, *Soc.Kron.* 1998, 172, noot J. PUT en A. UYTENHOVE; Cass. 14 december 1998, S.98.0036.N, *Arr.Cass.* 1998, 1129, nr. 520; Cass. 15 maart 1999, S.98.0012.F, *Arr.Cass.* 1999, 382, nr. 156, *JTT* 1999, 417, noot P. GOSSERIES.

¹⁶⁸⁰ Cass. 10 mei 2004, S.02.0076.F, *Arr.Cass.* 2004, 804, nr. 246, concl. J.-F. LECLERCQ. Zie daarover S. BOULLART, “De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht”, *CDPK* 2007 (Feesteditie 10 jaar CDPK), 257-258. De vraag of de rechter een administratieve sanctie die hij om de een of andere reden heeft vernietigd, door een nieuwe sanctie kan vervangen, is echter volgens Boone en Van Haegenborgh nog niet volledig uitgeklaard, I. BOONE en G. VAN HAEGENBORGH, “Hoofdstuk III - Administratieve sancties”, in *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2004, 240. Zie ook J. PUT en W. BLOCKEN, “Werkloosheid: overzicht van rechtspraak”, *TSR* 2006, bijz. nr. (“Ontwikkelingen van de Sociale Zekerheid 2001-2006”), 677-679.

¹⁶⁸¹ GwH 24 februari 1999, nr. 22/99, B.12. In dezelfde zin: GwH 17 maart 1999, nr. 32/99, B.10.

¹⁶⁸² GwH 24 februari 1999, nr. 22/99, B.13. In dezelfde zin: GwH 17 maart 1999, nr. 32/99, B.10; GwH 15 mei 2008, nr. 79/2008, B.6.1.

In het eveneens reeds vermelde arrest van 12 juni 2002 (*supra* nr. 484) is het Grondwettelijk Hof van oordeel dat de toepassing door de burgerlijke rechter van een opsloppingsregel analoog aan die waarin artikel 65 van het Strafwetboek voorziet weliswaar niet is vereist,¹⁶⁸³ maar de beoordelingsbevoegdheid van de burgerlijke rechter mag in geen geval minder zijn dan die van de administratie.¹⁶⁸⁴ Hij moet dus desgevallend de geldboete kunnen kwijtschelden of verminderen.¹⁶⁸⁵

Verheven leidt uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof af dat volle rechtsmacht in de optiek van het Hof inhoudt dat de controlerende rechter inzake administratieve geldboeten die een straf zijn in de zin van artikel 6.1 van het EVRM over dezelfde bevoegdheid moet kunnen beschikken als de administratieve overheid die ze oplegt. Niet minder, maar ook niet meer. Kan de administratieve overheid de boete verminderen, dan moet de rechter dit ook kunnen. Kan de administratieve overheid enkel beslissen de geldboete al dan niet op te leggen, dan is het niet vereist dat de controlerende rechtsmacht de geldboete kan aanpassen, maar houdt de bevoegdheid met volle rechtsmacht in dat de rechter zoals de administratieve overheid kan beslissen tot het al dan niet opleggen ervan.¹⁶⁸⁶

511. Die opvatting is inzake fiscale administratieve geldboeten terecht en het is op de keper beschouwd ook de huidige opvatting van het Hof van Cassatie. Na de desavouering door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak van *Silvester's Horeca Service*, heeft het Hof van Cassatie zijn rechtspraak bijgesteld.¹⁶⁸⁷ Het is thans van oordeel dat de rechter aan wie wordt gevraagd de administratieve geldboete, opgelegd op grond van artikel 70 van het BTW-Wetboek, te toetsen, de wettelijkheid daarvan mag onderzoeken en in het bijzonder mag nagaan of die sanctie verzoenbaar is met de dwingende eisen van internationale verdragen en van het interne recht, met inbegrip van de algemene rechtsbeginselen. Tot zover niets nieuws (*supra* nr. 491), maar het Hof gaat verder.

In enkele arresten van 24 januari 2002 heeft het Hof van Cassatie uitdrukkelijk bevestigd dat het toetsingsrecht van administratieve sancties aan de rechter moet toelaten na te gaan of de straf niet onevenredig is met de inbreuk, zodat het aan de rechter staat te onderzoeken of het bestuur naar redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een administratieve geldboete van

¹⁶⁸³ Dergelijke toepassing zou niet verenigbaar zijn met het sanctiesysteem van artikel 70, § 2, van het BTW-Wetboek. Zij zou immers ertoe leiden dat bij systematische en herhaalde overtredingen met soms grote aantallen facturen slechts één boete met betrekking tot de hoogste factuur zou kunnen worden opgelegd. Een dergelijke maatregel zou niet het ontradende effect hebben dat de wetgever met de in het geding zijnde fiscale geldboeten moet beogen, GwH 12 juni 2002, nr. 96/2002, B.3.3.

¹⁶⁸⁴ GwH 12 juni 2002, nr. 96/2002, B.4.1-B.4.3. De inhoud van een controle met volle rechtsmacht wordt in dit arrest volgens Boone en Van Haegenborgh zodanig omschreven "dat het duidelijk is dat een opportuniteitscontrole daarbuiten valt" (I. BOONE en G. VAN HAEGENBORGH, "Hoofdstuk III - Administratieve sancties", in *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2004, 232).

¹⁶⁸⁵ Grondwettelijk Hof, nr. 79/2008, 15 mei 2008, B.6.3.

¹⁶⁸⁶ I. VERHEVEN, "Naar een nieuwe invulling van het begrip 'volle rechtsmacht' ? Het contentieux van de economische regulatoren", in *Actualia Publiekrecht 1, Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, 14. Zij wijst wel op het afwijkend arrest nr. 14/2007 (*infra* nr. 521).

¹⁶⁸⁷ "Verder verrijnd", aldus I. BOONE en G. VAN HAEGENBORGH, "Hoofdstuk III - Administratieve sancties", in *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2004, 228.

zodanige omvang. De rechter mag daarbij inzonderheid acht slaan op de zwaarte van de inbreuk, de hoogte van reeds opgelegde sancties en de wijze waarop in gelijkaardige gevallen werd geoordeeld. Het Hof wees er opnieuw op dat dit toetsingsrecht niet inhoudt dat de rechter om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen.¹⁶⁸⁸ In het deel “En fait” van het arrest *Silvester’s Horeca Service* heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens die gewijzigde rechtspraak van het Hof van Cassatie vermeld, zonder er evenwel enige appreciatie aan toe te voegen.¹⁶⁸⁹

In de rechtsleer werd de gewijzigde rechtspraak van het Hof van Cassatie, door “de rechterlijke toetsing te beperken tot een – weliswaar uitgebreide – wettigheidscontrole en niet af te glijden tot een loutere opportuniteitscontrole waarbij de rechter de administratieve geldboete zou kunnen verminderen tot beneden het minimum dat de bevoegde ambtenaar moet opleggen”, beschreven als “een correcte en gulden middenweg”.¹⁶⁹⁰

In een arrest van 21 januari 2005 preciseerde het Hof van Cassatie verder dat de rechter in het kader van de bedoelde controle “in acht moet nemen in welke mate het bestuur zelf gebonden was in verband met de sanctie” en dat dit toetsingsrecht “niet inhoudt dat de rechter op grond van een subjectieve interpretatie *van verzachtende omstandigheden eigen aan de persoon van de belastingschuldige* om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen”.¹⁶⁹¹

De latere rechtspraak bevestigt dat standpunt, eerst nog in gelijkkluidende bewoordingen¹⁶⁹² maar daarna steeds met de (gewijzigde) vermelding dat dit toetsingsrecht niet inhoudt “dat de rechter op grond van een subjectieve appreciatie *van wat hij redelijk acht*, om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen” (zie *infra* nr. 513).¹⁶⁹³

¹⁶⁸⁸ Cass. 24 januari 2002, C.00.0234.N-C.00.0442.N, *Arr.Cass.* 2002, 238, nr. 51; Cass. 24 januari 2002, C.00.0307.N-C.00.0599.N, *Arr.Cass.* 2002, 246, nr. 52; Cass. 24 januari 2002, F.00.0099.N, *Arr.Cass.* 2002, 251, nr. 53.

¹⁶⁸⁹ Vgl. Verheven, die van oordeel is dat ook die rechtspraak strijdig werd bevonden met artikel 6.1 van het EVRM, I. VERHEVEN, “Naar een nieuwe invulling van het begrip ‘volle rechtsmacht’ ? Het contentieux van de economische regulatoren”, in *Actualia Publiekrecht 1, Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, 24.

¹⁶⁹⁰ K. ANTHONISSEN, B. COOPMAN en E. FRANCIS, “Naar een proportionele beteugeling van financiële en fiscale fraude: denkpijlers voor een ‘betere inning’”, *AFT* 2004, 10. I. BOONE en G. VAN HAEGENBORGH, “Hoofdstuk III - Administratieve sancties”, in *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2004, 230, leiden uit die rechtspraak af dat de rechter in voorkomend geval de opgelegde boete kan verminderen tot onder de wettelijke grens, wat nochtans niet het geval lijkt te zijn.

¹⁶⁹¹ Cass. 21 januari 2005, C.02.0572.N, *Arr.Cass.* 2005, 158, nr. 43, concl. D. THUIS; vgl. Cass. 30 november 2006, F. 05.0086.F en F.05.0102.F, *JLMB* 2007, 1310, noot F. STEVENART MEEÛS, *RGCF* 2007, 363, noot M. MORIS: “Die beoordelingsbevoegdheid impliceert niet dat de rechter om loutere redenen van opportuniteit of tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen”.

¹⁶⁹² Cass. 16 februari 2007, F.06.0032.N.

¹⁶⁹³ Cass. 16 februari 2007, F.05.0015.N; Cass. 16 februari 2007, C.04.0390.N; Cass. 13 februari 2009, C.07.0507.N; Cass. 13 februari 2009, F.06.0106.N; Cass. 13 februari 2009, F.06.0107.N, *AFT* 2010, 27, noot B. ENGELLEN, *TFR* 2009, 901, noot F. SMET; Cass. 13 februari 2009, F.06.0108.N; Cass. 11 maart 2010, C.09.0096.N.

512. Volgens Van Dyck strookt die interpretatie van het Hof van Cassatie niet met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.¹⁶⁹⁴ Misschien is die conclusie te voortvarend. Het Hof van Cassatie lijkt immers wel te erkennen dat de rechter de boete desgevallend kan kwijtschelden of verminderen, zoals het Grondwettelijk Hof voorschrijft, alleen mag hij dat niet doen “op grond van een subjectieve appreciatie van wat hij redelijk acht, om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in”, maar enkel omdat de straf onevenredig is – dus omdat hij de straf onevenredig vindt – en binnen de grenzen waaraan ook de administratie was gebonden.

Het lijkt dus eerder om een woordentwist te gaan, waarbij het punt van discussie is of de evenredigheidstoets deel uitmaakt van de wettigheids- of van de opportuniteitscontrole.¹⁶⁹⁵ De evenredigheidstoets bevindt zich nu eenmaal op de grens tussen beide vormen van controle.¹⁶⁹⁶ In het arrest van 5 februari 1999 was het niet duidelijk waar het Hof van Cassatie de evenredigheidstoets plaatste: bij de redenen van opportuniteit of billijkheid, dan wel bij de algemene rechtsbeginselen en de zorgvuldigheidsplicht van het bestuur, waarvan de rechter wel de naleving mag controleren.¹⁶⁹⁷ Van dan af wordt de evenredigheidstoets echter duidelijk tot de wettigheidscontrole gerekend¹⁶⁹⁸ en houdt het Hof van Cassatie sterk de hand aan het traditionele onderscheid tussen wettigheids- en opportuniteitscontrole.

¹⁶⁹⁴ J. VAN DYCK, “BTW-boeten: wat de minister kan, moet de rechter ook kunnen”, *Fiscooloog* 2008, nr. 1117, 7-8.

¹⁶⁹⁵ Fiscalisten spreken in dit verband nogal snel van “opportuniteitscontrole”, zie o.a. T. SCHEPENS, “Rechterlijke controle op fiscale administratieve sancties”, in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Actuele fiscale thema's 2007*, Biblio, Kalmthout, 2008, 137; K. SPAGNOLI, “Arbitragehof: rechter moet opportuniteit kunnen beoordelen”, *Fiscooloog* 1999, afl. 697, 5; K. ANTHONISSEN, B. COOPMAN en E. FRANCIS, “Naar een proportionele beteugeling van financiële en fiscale fraude: denkpijlers voor een ‘betere inning””, *AFT* 2004, 10.

¹⁶⁹⁶ F. KRENC, “La protection contre la répression administrative au regard de la Convention européenne des droits de l’homme”, in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Bruxelles, die Keure, 2007, 150; P. MARTENS, “L’irrésistible ascension du principe de proportionnalité”, in *Présence du droit public et des droits de l’homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1993, deel I, 49-68. Zie ook A. LUST en S. LUST, “De administratieve verankering van het milieumisdrijf”, in A. DE NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieustraf- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Gent, Larcier, 2005, 526-528; G. GOOSSENS, “Redelijkheid, evenredigheid en proportionaliteit – Het standpunt van het Hof van Cassatie inzake de rechterlijke toetsing van fiscale geldboetes”, noot onder Cass. 16 februari 2007, *TFR* 2007, 942; M. BOES, “Rechter en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 9. Over de grens tussen legaliteit en opportuniteit zie ook *supra* nr. 366.

¹⁶⁹⁷ J. PUT, “Administratieve boeten, verzachtende omstandigheden en volle rechtsmacht: contradicties in de rechtspraak van het Arbitragehof?”, *TBP* 2002, 680 (vn. 27).

¹⁶⁹⁸ Zie Cass. 21 januari 2005, C.02.0572.N, *Arr.Cass.* 2005, 158, nr. 43, concl. D. THUIS: “Onevenredigheid tussen een sanctie en de bestanddelen van een inbreuk wijst op een objectieve verhouding: daartoe moeten de feiten ten opzichte van de sanctie afgewogen worden, los van de bijzondere omstandigheden eigen aan elk individueel geval. Een subjectieve appreciatie van verzachtende omstandigheden, eigen aan elk individueel geval, kan voor het beoordelen nopens het al of niet bestaan van onevenredigheid niet in aanmerking komen.” Het door het Hof van Cassatie gehanteerde onderscheid tussen een appreciatie op grond van subjectieve maatstaven en een zogenaamde objectieve appreciatie komt Goossens als zeer kunstmatig over: “Is iedere vorm van appreciatie eigenlijk niet subjectief? Iedere juridische appreciatie is toch onvermijdelijk gebonden aan de persoon van de rechter die apprecieert op grond van een samenspel van wettelijke voorschriften enerzijds en opvoeding, individuele ervaringen en maatschappelijke maatstaven en persoonlijke opvattingen anderzijds”, G. GOOSSENS, “Redelijkheid, evenredigheid en proportionaliteit – Het standpunt van het Hof van Cassatie inzake de rechterlijke toetsing van fiscale geldboetes”, noot onder Cass. 16 februari 2007, *TFR* 2007, 940-941.

In elk geval kan men niet om de vaststelling heen dat de rechter in dit geval over een “hervormingsbevoegdheid” beschikt, binnen de grenzen die voor de administratieve overheid gelden. Uit sommige recente arresten kan zelfs worden afgeleid dat hij ook buiten die grenzen mag treden.¹⁶⁹⁹

513. Op een ander punt is het evenwel niet helemaal duidelijk of de rechtspraak van het Hof van Cassatie helemaal spoort met die van het Grondwettelijk Hof. In een recent arrest laat het Grondwettelijk Hof zijn rechtspraak inzake fiscale boeten immers aansluiten bij zijn rechtspraak inzake sociale geldboeten (*supra* nr. 504). Meer bepaald vereist het Hof in het arrest nr. 157/2008 dat de burgerlijke rechter over de mogelijkheid moet beschikken om een voorgeschreven geldboete van strafrechtelijke aard gepaard te laten gaan met uitstel, althans indien de strafrechter voor dezelfde feiten wel een straf met uitstel kan opleggen.¹⁷⁰⁰ Een verschil in behandeling op dat punt naargelang de belastingplichtige voor de correctionele rechtbank of voor de rechtbank van eerste aanleg verschijnt, wordt niet relevant geacht en dus in strijd met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Ongeacht of het uitstel door de ene of door de andere rechtbank wordt verleend, kan het de veroordeelde ertoe aanzetten zijn gedrag te wijzigen door de dreiging om, indien hij zou recidiveren, de veroordeling tot de betaling van een geldboete uit te voeren.¹⁷⁰¹

Hoewel het arrest zich niet uitspreekt over de mogelijkheid om verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen, lijkt het weinig twijfel, gelet op de rechtspraak inzake sociale geldboeten (*supra* nr. 503, arresten nrs. 40/97, 45/97, 128/99, 105/2004 en 86/2007), dat de burgerlijke rechter ook over die mogelijkheid moet kunnen beschikken wanneer hij een fiscale boete beoordeelt, althans indien de strafrechter voor dezelfde feiten de straf tot onder het wettelijk minimum kan verminderen wanneer verzachtende omstandigheden voorhanden zijn.¹⁷⁰² Het is slechts een kwestie van tijd vooraleer het Grondwettelijk Hof dit bevestigt.¹⁷⁰³

¹⁶⁹⁹ Zie Cass. 12 december 2008, F.06.0111.N, *Arr.Cass.* 2008, 3024, nr. 726, concl. D. THUIS: “8. Anders dan het middel aanvoert, kan de belastingschuldige, zelfs wanneer het bestuur hem geen dading voorstelt of wanneer hij een dading weigert, door de rechter laten nagaan of er omstandigheden bestaan die verantwoorden dat de administratieve geldboete wordt verminderd *tot onder het door de wet bepaalde tarief*.” Zie over dat arrest het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2008*, 69-71.

Zie ook Cass. 13 februari 2009, F.06.0107.N: “5. Het middel dat aanvoert dat de rechter een administratieve sanctie slechts kan verminderen wanneer hij vaststelt dat het bestuur over een matigingsbevoegdheid beschikt, steunt op een onjuiste rechtsopvatting en faalt derhalve naar recht.” Zie over dat arrest het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2009*, 75-77, dat als volgt besluit: “Het arrest van 13 februari 2009 laat bijgevolg ruimte voor een proportionaliteitstoets van belastingverhogingen en administratieve sancties met repressief karakter”.

¹⁷⁰⁰ GwH 6 november 2008, nr. 157/2008, B.4.2.

¹⁷⁰¹ GwH 6 november 2008, nr. 157/2008, B.4.1-B.4.2. In dezelfde zin reeds, m.b.t. een sociale administratieve boete, zie GwH 20 juni 2007, nr. 86/2007, B.10.1-B.10.3. Het Grondwettelijk Hof brengt die vaststelling nu ook uitdrukkelijk in verband met artikel 6 van het EVRM: aangezien “dat verschil in behandeling met betrekking tot de in het geding zijnde verweermiddelen niet is verantwoord, dient te worden aangenomen dat artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens is geschonden”, GwH 6 november 2008, nr. 157/2008, B.5.3. Een verschilpunt met de rechtspraak inzake sociale administratieve boete geldboeten (*supra* nr. 504) is wel dat het in het laatstgenoemde arrest niet ging om alternatieve maar om cumulatieve sancties (fiscale administratieve geldboeten én strafrechtelijke geldboeten).

¹⁷⁰² Reeds tien jaar geleden vroeg Alen zich af: “Kan eenzelfde redenering niet worden toegepast op de administratieve B.T.W.-geldboeten, nu dat art. 73*quinquies*, § 1, W. B.T.W. art. 85 Sw. van toepassing verklaart op de strafrechtelijke B.T.W.-sancties?”, A. ALEN, “Naar een betere rechtsbescherming inzake administratieve

Het is niet helemaal duidelijk of het Hof van Cassatie het Grondwettelijk Hof hierin is gevolgd. In het arrest van 21 januari 2005 luidde het nog dat de rechter niet “op grond van een subjectieve interpretatie van verzachtende omstandigheden eigen aan de persoon van de belastingschuldige om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen”,¹⁷⁰⁴ terwijl in de daaropvolgende arresten de verwijzing naar verzachtende omstandigheden is weggefallen: de rechter mag niet “op grond van een subjectieve appreciatie van wat hij redelijk acht, om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten (...) kwijtschelden of verminderen”.¹⁷⁰⁵

Is het vermetel hieruit te concluderen dat ook het Hof van Cassatie bereid is de mogelijkheid te aanvaarden voor de rechter om verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen?¹⁷⁰⁶ In elk geval is ook het Grondwettelijk Hof van oordeel dat dit niet zonder meer tegen de wettelijke regels in kan: uit het arrest nr. 157/2008 blijkt immers dat het aan de wetgever toekomt te bepalen onder welke voorwaarden een uitstel kan worden verleend en de voorwaarden en de rechtspleging vast te stellen volgens welke dat uitstel kan worden ingetrokken.¹⁷⁰⁷ Dat oordeel (namelijk dat een wettelijke regeling is vereist) geldt wellicht eveneens, het weze herhaald, ten aanzien van de mogelijkheid om verzachtende omstandigheden te aanvaarden.

514. Aan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake BTW-boeten wordt ten slotte een ruimere draagwijdte gegeven door een arrest van 15 mei 2008. In dat arrest bevestigt het Grondwettelijk Hof met betrekking tot artikel 70 van het BTW-Wetboek – tegen de wil in van de wetgever, zoals die blijkt uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 15 maart 1999

geldboeten na de koerswijziging van het Hof van Cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999”, *RW* 1999-00, 634.

¹⁷⁰³ Wel heeft het Grondwettelijk Hof reeds bevestigd dat, indien de administratie kan transigeren wanneer verzachtende omstandigheden voorhanden zijn, ook de *strafrechter* verzachtende omstandigheden in aanmerking moet kunnen nemen indien de transactie niet werd voorgesteld of werd geweigerd en er dus strafrechtelijk wordt vervolgd. De ontstentenis van een dergelijke bevoegdheid wordt door het Grondwettelijk Hof strijdig bevonden met artikel 6.1 van het EVRM en met “het algemeen beginsel van het strafrecht dat vereist dat niets wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de administratie valt, ontsnapt aan de toetsing van de rechter”, *GwH* 14 september 2006, nr. 138/2006, B.7.2; *GwH* 8 november 2006, nr. 165/2006, B.7.2; *GwH* 13 september 2006, nr. 199/2006, B.7.2; *GwH* 11 januari 2007, nr. 8/2007, B.7.2; *GwH* 7 juni 2007, nr. 81/2007, B.7.2; *GwH* 30 oktober 2008, nr. 140/2008, B.5. Voor het overige is het echter van belang de rechtsregels inzake administratieve en strafrechtelijke sancties niet door elkaar te halen, *Cass.* 3 maart 2009, P.08.1451.N.

¹⁷⁰⁴ *Cass.* 21 januari 2005, C.02.0572.N, *Arr.Cass.* 2005, 158, nr. 43, concl. D. THUIS.

¹⁷⁰⁵ *Cass.* 16 februari 2007, F.05.0015.N; *Cass.* 16 februari 2007, C.04.0390.N; *Cass.* 16 februari 2007, F.06.0032.N; *Cass.* 13 februari 2009, C.07.0507.N; *Cass.* 13 februari 2009, F.06.0106.N; *Cass.* 13 februari 2009, F.06.0107.N; *Cass.* 13 februari 2009, F.06.0108.N.

¹⁷⁰⁶ Zie in het bijzonder *Cass.* 13 februari 2009, F.06.0108.N, waaruit kan worden afgeleid dat de feitenrechter, binnen het kader van de evenredigheidstoetsing, rekening mag houden met bepaalde omstandigheden, eigen aan de persoon van de belastingplichtige, zie D. NORÉ en F. SMET, “Hof van Cassatie verduidelijkt evenredigheidstoetsing”, *Fiscoloog* 2009, nr. 1156, 4-6. Zie ook G. GOOSSENS, “Redelijkheid, evenredigheid en proportionaliteit – Het standpunt van het Hof van Cassatie inzake de rechterlijke toetsing van fiscale geldboetes”, noot onder *Cass.* 16 februari 2007, *TFR* 2007, 41, die uit nog een andere passage meent te kunnen afleiden dat het Hof van Cassatie de deur op een kier heeft gezet voor een “gemotiveerde subjectieve appreciatie”.

¹⁷⁰⁷ *GwH* 6 november 2008, nr. 157/2008, B.4.1 *in fine*. Zie ook reeds *GwH* 16 juni 2004, nr. 105/2004, B.7.1, *in fine*; *GwH* 20 juni 2007, nr. 86/2007, B.10.1, *in fine*. Zie daarna ook *GwH* 16 december 2010, nr. 148/2010, B.4.4.

betreffende de beslechting van fiscale geschillen¹⁷⁰⁸ – dat de rechter met volle rechtsmacht toezicht moet kunnen uitoefenen op de administratieve beslissing tot weigering van de kwijtschelding of de vermindering van een fiscale geldboete, wat betekent dat de rechter moet kunnen nagaan of die beslissing in feite en in rechte verantwoord is en of zij alle wetsbepalingen en algemene beginselen naleeft die de administratie in acht moet nemen, waaronder het evenredigheidsbeginsel.¹⁷⁰⁹

Het Hof voegt eraan toe dat de rechter, ook wanneer een beroep wordt ingesteld tegen een beslissing die de minister van Financiën of diens gedelegeerde op grond van artikel 9 van het besluit van de Regent van 18 maart 1831 heeft genomen, de geldboete moet kunnen kwijtschelden of verminderen zoals de minister van Financiën of diens gedelegeerde dat kan.¹⁷¹⁰

Dat artikel 9 van het Regentsbesluit van 18 maart 1831, dat aan de minister van Financiën de bevoegdheid verleent om te beslissen over verzoeken tot kwijtschelding van fiscale boeten of belastingverhogingen opgelegd door de fiscale administratie, heeft een algemene draagwijdte inzake federale belastingen. Telkens wanneer die bepaling wordt toegepast, moet er dus een rechterlijk toezicht zijn dat aan de vermelde vereisten voldoet.

De Raad van State heeft zich bevoegd verklaard om kennis te nemen van een beroep tot nietigverklaring tegen dergelijke beslissingen van de minister van Financiën.¹⁷¹¹ Men kan weliswaar volhouden dat het wettigheidstoezicht dat de Raad van State over bestuurshandelingen uitoefent in het algemeen voldoet aan de vereisten van volle rechtsmacht (*infra* nrs. 528-529), maar niet dat de bevoegdheid om te vernietigen in dit bijzondere geval volstaat. De rechter moet immers, zo is uit de besproken rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en van het Hof van Cassatie gebleken, kunnen kwijtschelden of verminderen zoals de minister van Financiën (of diens gedelegeerde) dat kan. Dit betekent niet noodzakelijk dat de Raad van

¹⁷⁰⁸ Zie *Parl.St.* Kamer 1997-98, nr. 1341/23, p. 18, aangehaald in GwH 15 mei 2008, nr. 79/2008, B.4: “Er is geoordeeld dat het optreden van de rechterlijke macht op dat vlak te log is. De minister wijst er bovendien op dat de rechterlijke macht niet mag afwijken van de wet, ongeacht op welke wijze. Volgens hem mag alleen de uitvoerende macht terzake de politieke verantwoordelijkheid nemen.”

¹⁷⁰⁹ GwH 15 mei 2008, nr. 79/2008, B.6.2, *TFR* 2008, 1027, noot B. COOPMAN. Zie over dat arrest ook M. MAUS, “Rechter moet kunnen oordelen over btw-boetes”, *Fisc.Act.* 2008, nr. 189, 9-11.

¹⁷¹⁰ GwH 15 mei 2008, nr. 79/2008, B.6.3. Over de rechtsgeldigheid van dat Regentsbesluit, zie RvS 9 juli 2002, nr. 108.981, Santini. Vgl. echter V. SEPULCHRE, *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, Brussel, Larquier, 2005, 397, die terecht vragen blijft hebben bij de wettigheid ervan. Volgens het Hof van Cassatie zou het Regentsbesluit niet tot gevolg hebben dat de rechter onder het wettelijk minimum mag gaan, E. WILLEMART, “Le pouvoir du ministre des finances d’accorder des remises ou des modérations d’amendes fiscales est-il soumis à un contrôle de pleine juridiction?”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 605. Volgens Garabedian is de rechtspraak van het Hof van Cassatie daarom in strijd met artikel 6.1 van het EVRM, D. GARABEDIAN, “Le pouvoir d’appréciation du juge à l’égard des amendes administratives fiscales et de la cotisation spéciale sur «commissions secrètes»”, in *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 508. In dezelfde zin: B. COOPMAN, “Rechtsmacht over fiscale boetes reikt volgens Grondwettelijk Hof zo ver als Regentsbesluit!”, noot onder GwH 15 mei 2008, nr. 79/2008, *TFR* 2008, 1033.

¹⁷¹¹ RvS 12 maart 2004, nr. 129.173, nv Weymeersch Invest; RvS 23 september 2005, nr. 149.338, Santini. Zie E. WILLEMART, “Le pouvoir du ministre des finances d’accorder des remises ou des modérations d’amendes fiscales est-il soumis à un contrôle de pleine juridiction?”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 605-611.

State zich sedert het arrest nr. 79/2008 niet langer bevoegd zou mogen verklaren.¹⁷¹² Zolang ook de gewone rechter bevoegd is,¹⁷¹³ kan de rechtzoekende immers terecht bij een rechter die over de vereiste volle rechtsmacht beschikt. Het arrest van de Raad van State kan wel gevolgen hebben voor de toetsing die de gewone rechter uitoefent.¹⁷¹⁴

515. Wanneer de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake administratieve boeten in het sociaal en in het fiscaal recht in zijn geheel wordt beschouwd, gaat dat Hof dus een stap verder, op grond van het gelijkheidsbeginsel, dan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens tot op heden heeft gedaan op grond van artikel 6.1 van het EVRM. Die stap verder bestaat erin dat de burgerlijke rechter niet noodzakelijk gebonden is door de grenzen die voor de administratie gelden: bij het opleggen van de betrokken fiscale boete kan de administratie geen uitstel verlenen of verzachtende omstandigheden in aanmerking nemen, terwijl de rechter dat wel moet kunnen (omdat de strafrechter het ook kan wanneer dezelfde feiten eveneens strafrechtelijk kunnen worden vervolgd). De bevoegdheid van de rechter gaat met andere woorden verder dan degene waarover hij krachtens artikel 159 van de Grondwet beschikt en die hem slechts toelaat de interne en externe wettigheid van een bestuurshandeling te controleren, met uitsluiting van de opportuniteit ervan. Het Grondwettelijk Hof kiest op die manier voor een strafrechtelijke logica. Wat het Hof van Cassatie betreft, is het zoals gezegd (nog) niet zeker of dezelfde conclusie kan worden getrokken (*supra* nr. 513).

§ 3. Administratieve geldboeten in andere materies

516. Indien de rechtspraak inzake sociale en fiscale administratieve geldboeten een vrij coherent beeld vertoont, dan moet dat beeld vervolgens enigszins worden bijgesteld aan de hand van de rechtspraak inzake administratieve sancties in andere materies, die in vele gevallen minder dicht bij het klassieke strafrecht aanleunen.

Dat laatste gaat zeker op voor de administratieve boeten die de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) oplegt per ontbrekend groenestroomcertificaat. In het arrest nr. 150/2005 stelt het Grondwettelijk Hof vast dat tegen de beslissing van de VREG geen specifiek jurisdictioneel beroep bestaat, maar dat de beroepsmogelijkheden van gemeen recht blijven bestaan. Aangezien aan de VREG geen enkele appreciatiebevoegdheid is gegeven, “zal de rechterlijke controle op een dergelijke beslissing noodzakelijkerwijs beperkt zijn tot het nagaan of aan de wettelijke voorwaarden voor het opleggen ervan, met inbegrip van de

¹⁷¹² Al verklaart de Raad van State zich doorgaans onbevoegd indien de wetgever het beroep tegen een administratieve beslissing aan een andere rechter heeft toevertrouwd, D. VAN HEUVEN en F. VAN VOLSEM, “Artikel 14”, in *Comm. Publiek Procesrecht*, Antwerpen, Kluwer, 9. Bv. RvS 19 juni 2007, nr. 172.416, Vermeulen. Zie ook P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 714-728, met een waslijst van voorbeelden en met bijzondere aandacht voor de bevoegdheid inzake onteigening (zie ook *supra* nrs. 272-273).

¹⁷¹³ In die zin bv. Rb. Gent 27 april 2006 en Rb. Namen 10 november 2000, beide vermeld door M. MAUS, “Rechter moet kunnen oordelen over btw-boetes”, *Fisc.Act.* 2008, nr. 189, 9-10. Zie echter ook de bedenkingen van E. WILLEMART, “Le pouvoir du ministre des finances d’accorder des remises ou des modérations d’amendes fiscales est-il soumis à un contrôle de pleine juridiction ?” in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 609-611.

¹⁷¹⁴ Meer bepaald indien hij de beslissing van de minister van Financiën schorst of vernietigt, zie *infra* nrs. 560-563.

afwezigheid van overmacht, al dan niet is voldaan, zonder die « boeten » op enigerlei wijze te kunnen moduleren. Een dergelijk rechterlijk toezicht kan niet worden geacht onbestaanbaar te zijn met artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens”.¹⁷¹⁵ Geen evenredigheidstoets dus, want de administratie kan ook de evenredigheid niet beoordelen.

Een soortgelijke casus betreft de “automatische verhoging met 50 pct.” in geval van het niet-tijdig betalen van de verplichte bijdrage ten laste van de fabrikanten en operatoren van dierenvoeding. Het Grondwettelijk Hof stelt in het arrest nr. 88/2004 vast dat die “belastingverhoging” niet kan worden beschouwd “als een maatregel die louter ertoe strekt de tijdige inning van de verplichte bijdrage mogelijk te maken en de kosten van een laattijdige inning te dekken. Zij moet daarentegen als een straf worden beschouwd in de zin van artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens”.¹⁷¹⁶ Het Hof merkt ook in dit geval op dat tegen de administratieve geldboete geen specifiek juridictioneel beroep bestaat, maar dat de beroepsmogelijkheden van het gemeen recht blijven bestaan.¹⁷¹⁷ Ook in dit geval had de wetgever aan de administratie geen enkele appreciatiebevoegdheid verleend.

Eveneens een soortgelijke casus betreft de administratieve geldboete die aan vervoerders kan worden opgelegd wanneer zij passagiers zonder geldige reisdocumenten België binnenbrengen. Het gaat om een forfaitaire boete die in hoofdzaak een repressief karakter heeft en derhalve strafrechtelijk is in de zin van artikel 6.1 van het EVRM.¹⁷¹⁸ Het Hof stelt in het arrest nr. 125/2003 vast dat de minister of diens gemachtigde een, zij het beperkte, appreciatiebevoegdheid heeft, namelijk hetzij de administratieve geldboete niet op te leggen – bijvoorbeeld omdat de vervoerder geen enkele schuld treft –, hetzij het door de wetgever bepaalde forfaitaire en onveranderlijke bedrag van de administratieve geldboete op te leggen. Het Hof leidt daaruit af dat de rechter bij wie een beroep is ingesteld tegen een beslissing waarbij aan de vervoerder de administratieve geldboete wordt opgelegd, moet kunnen nagaan of de beslissing van de minister of zijn gemachtigde in rechte en in feite verantwoord is, in het bijzonder of de vervoerder enige schuld treft. Binnen dezelfde grenzen van appreciatie als die van de minister of zijn gemachtigde, dient de rechter derhalve de opgelegde administratieve geldboete al dan niet te handhaven, zonder het bedrag ervan te kunnen moduleren.¹⁷¹⁹

517. Opmerkelijk is dat het Grondwettelijk Hof in het laatstgenoemde arrest meent dat dezelfde bepalingen evenmin zijn geschonden “doordat de rechtbank van eerste aanleg, anders dan de correctionele rechtbank bij het bepalen van de strafsanctie waarin artikel 74/2 van de wet van

¹⁷¹⁵ GwH 28 september 2005, nr. 150/2005, B.9.3-B.9.4.

¹⁷¹⁶ GwH 19 mei 2004, nr. 88/2004, B.13.1, met verwijzing naar EHRM, 24 februari 1994, Bendenoun t. Frankrijk, en EHRM, 16 december 2003, Faivre n° 2 t. Frankrijk.

¹⁷¹⁷ GwH 19 mei 2004, nr. 88/2004, B.13.2.

¹⁷¹⁸ GwH 24 september 2003, nr. 125/2003, B.4.

¹⁷¹⁹ GwH 24 september 2003, nr. 125/2003, B.8. Vgl. Cass. 16 februari 2006, C.04.0094.N, *Arr.Cass.* 2006, 391, nr. 97, concl. P. CORNELIS en zie daarover D. RENDERS, M. JOASSART, G. PIJCKE en F. PIRET, “Le régime juridique de la sanction administrative”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 249-250.

15 december 1980 voorziet,¹⁷²⁰ noch verzachtende omstandigheden in aanmerking kan nemen ten aanzien van de feiten die met een administratieve geldboete worden bestraft, noch op die gronden het bedrag van de administratieve geldboete kan moduleren.”¹⁷²¹ Die uitspraak lijkt niet te passen in de rechtspraak volgens welke de rechter, wanneer eenzelfde feit zowel strafrechtelijk als administratiefrechtelijk kan worden vervolgd,¹⁷²² verzachtende omstandigheden in aanmerking moet kunnen nemen ten aanzien van de administratieve geldboete wanneer de strafrechter dat kan ten aanzien van de straf (*supra* nr. 513).

Het arrest nr. 127/2000 is om dezelfde reden moeilijk in de voormelde logica in te passen. Het gaat om administratieve geldboeten die kunnen worden opgelegd in geval van beschadiging van het wegdek door gewichtsoverschrijding. Hoewel dezelfde inbreuk ook strafrechtelijk kan worden vervolgd, ziet het Grondwettelijk Hof geen discriminatie in het feit dat het bestuur geen verzachtende omstandigheden in aanmerking kan nemen, terwijl de strafrechter dat wel kan. Het Hof stelt in dit geval vast dat het tarief van de administratieve geldboeten veel gunstiger is voor de overtreder dan het tarief van de strafrechtelijke boeten en dat de decreetgever de mogelijkheid om administratieve geldboeten op te leggen heeft “omringd met waarborgen en dusdanige beperkingen dat de enkele onmogelijkheid om rekening te kunnen houden met de verzachtende omstandigheden niet onverenigbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet kan worden geacht”.¹⁷²³

Het is voorlopig onzeker hoe de arresten nrs. 127/2000 en 125/2003 in de reeds besproken rechtspraak kunnen worden ingepast: ofwel moet eruit worden afgeleid dat uitzonderingen mogelijk zijn op de principiële mogelijkheid voor de rechter, vereist op grond van het gelijkheidsbeginsel, om verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen ten aanzien van administratieve geldboeten die aan zijn toetsing worden onderworpen (althans in zoverre de strafrechter dat ook kan wanneer dezelfde inbreuk strafrechtelijk wordt vervolgd), met name wanneer het niet een sterk strafrechtelijk gekleurde sanctie betreft;¹⁷²⁴ ofwel moeten zij worden beschouwd als arresten die door de latere rechtspraak van het Hof zijn achterhaald. Het is, wat dit punt betreft, wachten op verdere rechtspraak.

¹⁷²⁰ Zijnde een strafrechtelijke geldboete ter bestraffing van het vervoer van ten minste vijf personen op één en dezelfde reis die niet over de vereiste reisdocumenten beschikken.

¹⁷²¹ GwH 24 september 2003, nr. 125/2003, B.9-B.10.

¹⁷²² Het vervoer van vijf personen (of meer) zonder de vereiste reisdocumenten kan immers aanleiding geven tot een strafrechtelijke boete, bovenop de administratieve boete voor elk van de vervoerde personen.

¹⁷²³ GwH 6 december 2000, nr. 127/2000, B.11.4-B.11.6.

¹⁷²⁴ Zie J. PUT, “Administratieve boeten, verzachtende omstandigheden en volle rechtsmacht: contradicties in de rechtspraak van het Arbitragehof?”, *TBP* 2002, 677: “Het lijkt erop dat het verschil in zwaarte van de geldboete tot de uiteenlopende conclusies heeft geleid. Daarmee voert het Arbitragehof een soort van ‘de minimis’-regel in: als het gaat om slechts geringe (minimale) administratieve boeten, doet het er niet zoveel toe dat de toepassing van verzachtende omstandigheden niet tot hetzelfde resultaat kan leiden als voor strafsancities.” Zie ook D. RENDERS, M. JOASSART, G. PIJCKE en F. PIRET, “Le régime juridique de la sanction administrative”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 240: “Lorsque le législateur décide de fixer l’amende administrative à un taux inférieur à celui de l’amende pénale, en sorte que son montant n’est pas susceptible d’être disproportionné par rapport à la gravité des faits, la Cour d’arbitrage admet, en revanche, que l’impossibilité de pouvoir tenir compte de circonstances atténuantes ne saurait être tenue pour incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution”.

Nog opmerkelijk in het arrest nr. 127/2000 is de verwerping van het middel dat het ontbreken van een beroep bij een rechtscollege met volle rechtsmacht aanvoerde:

“De beslissing van de door de Vlaamse Regering aangewezen ambtenaren om een administratieve geldboete op te leggen of de beslissing, op administratief beroep daartegen, van de Vlaamse Regering zijn administratieve rechtshandelingen. Daartegen kan, enerzijds, een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State worden ingesteld of kan, anderzijds, een exceptie van illegaliteit bij elke rechter worden opgeworpen. Zowel de afdeling administratie van de Raad van State als de in artikel 159 van de Grondwet bedoelde rechtscolleges oefenen op voormelde administratieve rechtshandelingen een controle in rechte en in feite uit. Bovendien voldoen zowel de afdeling administratie van de Raad van State als voormelde rechtscolleges aan de eisen van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en van artikel 14 van het BUPO-verdrag.”¹⁷²⁵

Op dat punt kan het arrest niet worden geacht achterhaald te zijn, aangezien het Grondwettelijk Hof in het arrest nr. 14/2007 heeft bevestigd dat ten aanzien van een administratieve geldboete die een straf is in de zin van artikel 6.1 van het EVRM, de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State voldoet aan de vereiste van volle rechtsmacht (*infra* nr. 521).

518. De wet van 21 december 1998 betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden staat de politie toe om in bepaalde gevallen een administratieve geldboete en een administratief stadionverbod op te leggen. Daartegen kan hoger beroep worden ingesteld bij de politierechtbank. Zonder nadere verduidelijking, doch wel met verwijzing naar het arrest *Gradinger* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 23 oktober 1995, stelt het Grondwettelijk Hof in het arrest nr. 153/2001 dat de rechter ten aanzien van de administratieve geldboete beschikt over de volle rechtsmacht, inherent aan het eerlijk proces in strafzaken.¹⁷²⁶

Voor het overige is dat arrest nr. 153/2001 wel een toepassing van de reeds vermelde rechtspraak volgens welke de rechter, indien dezelfde feiten ook met een straf *sensu stricto* kunnen worden bestraft, de opgelegde administratieve boete moet kunnen verminderen wegens verzachtende omstandigheden (al blijft wel een minimumdrempel toegestaan).¹⁷²⁷ Wat de maatregelen van uitstel en opschorting betreft, sluit het arrest nog aan bij de arresten nrs. 40 en 45/97,¹⁷²⁸ waarvan de leer zoals hoger gezegd in het arrest nr. 105/2004 is verlaten, althans wat de maatregel van het uitstel betreft (*supra* nr. 504).

Het onmiddellijk stadionverbod, dat op grond van dezelfde wet kan worden opgelegd en dat moet worden onderscheiden van het administratief en gerechtelijk stadionverbod, wordt door het Grondwettelijk Hof als een tijdelijke beveiligingsmaatregel beschouwd en niet als een strafsancie in de zin van artikel 6.1 van het EVRM. De bevoegde overheden moeten geval per geval, rekening houdend met alle omstandigheden van de zaak, uitmaken of het gedrag van de

¹⁷²⁵ GwH 6 december 2000, nr. 127/2000, B.14.3.

¹⁷²⁶ GwH 28 november 2001, nr. 153/2001, B.11. Zie ook GwH 28 maart 2002, nr. 56/2002, B.7.4; GwH 29 november 2006, nr. 178/2006, B.5.5.

¹⁷²⁷ Die minimumdrempel bereikt niet een dergelijke omvang dat hij als onevenredig zou kunnen worden aangemerkt ten opzichte van de ernst van de feiten en ten opzichte van de repressieve en preventieve doelstellingen die de wetgever nastreefde, GwH 28 november 2001, nr. 153/2001, B.8.3.

¹⁷²⁸ GwH 28 november 2001, nr. 153/2001, B.9.-B.10.

betrokkenen van die aard is dat de veiligheid vereist dat hen een onmiddellijk stadionverbod wordt opgelegd. Het Hof stelt vast dat tegen die maatregel geen specifiek juridictioneel beroep bestaat, maar dat de beroepsmogelijkheden van het gemeen recht blijven bestaan,¹⁷²⁹ waaruit impliciet blijkt dat de draagwijdte van het normale rechterlijk toezicht volstaat.

519. In het arrest nr. 6/2006 heeft het Grondwettelijk Hof zich uitgesproken over de administratieve sancties bedoeld in artikel 119*bis* van de Nieuwe Gemeentewet. De administratieve geldboeten kunnen worden aangevochten bij de politierechtbank, waarvan niet wordt betwist dat die over volle rechtsmacht beschikt.¹⁷³⁰ In een later arrest wordt dat beroep bij de politierechtbank meer bepaald omschreven als “een daadwerkelijk en opschortend rechtsmiddel voor een onafhankelijke en onpartijdige rechtsinstantie die zowel de wettigheid als de evenredigheid van de geldboete beoordeelt en die in voorkomend geval de beslissing van de ambtenaar kan hervormen”.¹⁷³¹

De andere administratieve sancties (de administratieve schorsing of intrekking van een door de gemeente afgegeven toestemming of vergunning en de tijdelijke of definitieve administratieve sluiting van een inrichting) kunnen enkel worden vernietigd door de Raad van State, die de administratieve beslissing niet kan herzien.

Het Hof wijst erop dat de laatstgenoemde sancties deel uitmaken van hetzelfde contentieux als datgene waarvan de Raad van State reeds kennis neemt en dat die het best geplaatst is om de wettigheid van die maatregelen te beoordelen.¹⁷³² Het is bovendien van oordeel dat de Raad van State, in de aangelegenheid betreffende de toestemmingen en vergunningen om een inrichting uit te baten, een volwaardige juridictionele toetsing uitoefent, zowel aan de wet als aan de algemene rechtsbeginselen. De Raad van State gaat daarbij na of de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissing de vereiste feitelijke grondslag heeft, of die beslissing uitgaat van correcte juridische kwalificaties en of de maatregel niet kennelijk onevenredig is met de vastgestelde feiten. Wanneer hij die beslissing vernietigt, dient de overheid zich te schikken naar het arrest van de Raad van State: indien de overheid een nieuwe beslissing neemt, mag zij de motieven van het arrest dat de eerste beslissing heeft vernietigd niet negeren; indien zij in de vernietiging berust, wordt de aangevochten akte geacht nooit te hebben bestaan.¹⁷³³

Daarenboven kan de Raad van State, in de omstandigheden bedoeld in artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelasten dat de uitvoering van de beslissing om sancties op te leggen wordt geschorst, in voorkomend geval door uitspraak te doen bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Het Hof besluit dat de rechtzoekenden derhalve over een daadwerkelijke juridictionele waarborg beschikken, voor een onafhankelijk en onpartijdig rechtscollège, tegen de administratieve sanctie die hun kan worden opgelegd en dat de in het

¹⁷²⁹ GwH 5 december 2002, nr. 175/2002, B.3.3.

¹⁷³⁰ GwH 18 januari 2006, nr. 6/2006, B.10.

¹⁷³¹ GwH 28 februari 2008, nr. 28/2008, B.6.4.

¹⁷³² GwH 18 januari 2006, nr. 6/2006, B.9.1-B.13.

¹⁷³³ GwH 18 januari 2006, nr. 6/2006, B.13-B.14.1, met verwijzing naar EHRM 7 november 2000, Kingsley t. Verenigd Koninkrijk, § 58. In dezelfde zin reeds o.a. GwH 20 april 2005, nr. 69/2005, B.17.8.

geding zijnde bepaling niet tot gevolg heeft dat ze op onevenredige wijze de rechten van de betrokken personen beperkt.¹⁷³⁴

520. In het arrest nr. 139/2006 wordt de administratieve sanctie niet als een straf gekwalificeerd. Het ging om de vermindering van de honoraria en forfaits die door ziekenhuizen en geneesheren worden geïnd wanneer de gebruikte PET-scanner niet onder de wettelijke voorwaarden kan worden uitgebaat. Het beginsel van die vermindering is vastgesteld vanwege de overmatige kosten die worden veroorzaakt door de niet-toegelaten uitbating van een PET-scanner maar ook teneinde de ziekenhuizen en de geneesheren ertoe aan te moedigen hun gedrag te wijzigen, zodat het gebruik van die zware apparatuur in bepaalde ziekenhuizen wordt gecentraliseerd.

Het tarief van de als sanctie bedoelde vermindering – dat is vastgesteld op een maximum van 10 percent – wordt door het Hof niet dermate hoog bevonden dat het een maatregel van strafrechtelijke aard zou kunnen vormen.¹⁷³⁵ Ook het beginsel van de verzegeling, dat gepaard gaat met de mogelijkheid om de opheffing ervan te vragen op grond van een bijzondere procedure, wordt niet als een strafsanctie beschouwd maar als een tijdelijke maatregel die noodzakelijk is om de doelstellingen te verwezenlijken.¹⁷³⁶

De administratieve procedure op het einde waarvan de voormelde sancties kunnen worden uitgesproken, is naar het oordeel van het Hof niet van elke waarborg verstoken. Het merkt immers op dat ook bij ontstentenis van een uitdrukkelijke bepaling, de in het geding zijnde sanctie in beginsel niet kan worden opgelegd zonder dat aan de betrokkene vooraf de mogelijkheid wordt geboden zijn standpunt op een nuttige wijze te doen kennen.¹⁷³⁷ De beginselen van behoorlijk bestuur die de hoorplicht omvatten, vereisen immers dat de betrokkene wordt ingelicht over de feitelijke en juridische grondslag van de administratieve sanctie die ten aanzien van hem wordt overwogen, dat hij over een voldoende termijn beschikt om zijn verweer voor te bereiden en dat hij kennis kan nemen van het volledige dossier dat werd samengesteld met het oog op het nemen van de beslissing. De Raad van State, waarbij een beroep wordt aanhangig gemaakt tegen de beslissing waarbij een dergelijke sanctie is uitgesproken, gaat na of de regel « *audi alteram partem* » in acht is genomen.¹⁷³⁸

521. In het arrest nr. 14/2007 stelt het Hof vast dat tegen de beslissing waarbij de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media een administratieve geldboete oplegt,¹⁷³⁹ een

¹⁷³⁴ GwH 18 januari 2006, nr. 6/2006, B.14.2-B.15.

¹⁷³⁵ Onder voorbehoud evenwel dat die vermindering aldus wordt begrepen dat zij enkel betrekking kan hebben op de honoraria en forfaits voor verstrekkingen die een verband vertonen met de opstelling of uitbating van het betrokken medisch apparaat en niet op alle honoraria en forfaits voor alle verstrekkingen verricht in het betrokken ziekenhuis.

¹⁷³⁶ GwH 14 september 2006, nr. 139/2006, B.8.1.

¹⁷³⁷ In het algemeen overigens dient de administratieve overheid bij het nemen van haar beslissingen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen, GwH 17 januari 2007, nr. 14/2007, B.4.3.

¹⁷³⁸ GwH 14 september 2006, nr. 139/2006, B.9.1.

¹⁷³⁹ De boeten, die kunnen oplopen tot 125 000 euro, hebben een preventief en een repressief karakter en zijn strafrechtelijk in de zin van artikel 6 van het EVRM, zodat de rechtzoekenden aan wie ze worden opgelegd

beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State kan worden ingediend en dat de Raad van State op dat vlak een volwaardige jurisdictionele toetsing uitoefent, zowel aan de wet als aan de algemene rechtsbeginselen. De Raad van State gaat daarbij na of de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissing de vereiste feitelijke grondslag heeft, of die beslissing uitgaat van de correcte juridische kwalificaties en of de maatregel niet kennelijk onevenredig is. Wanneer hij die beslissing vernietigt, dient de overheid zich te schikken naar het arrest van de Raad van State: indien de overheid een nieuwe beslissing neemt, mag zij de motieven van het arrest dat de eerste beslissing heeft vernietigd, niet negeren; indien zij in de vernietiging berust, wordt de aangevochten akte geacht nooit te hebben bestaan. De rechtzoekenden beschikken derhalve over een daadwerkelijk beroep voor een onafhankelijk en onpartijdig rechtscollege.¹⁷⁴⁰

522. Artikel 1716 van het Burgerlijk Wetboek¹⁷⁴¹ legt aan de verhuurder van “een goed dat bestemd is voor bewoning in de ruime betekenis” de verplichting op om in elke officiële of publieke mededeling het bedrag van de gevraagde huurprijs en van de gemeenschappelijke lasten te vermelden. Op het niet-naleven van die verplichting staat een administratieve boete tussen 50 en 200 euro. De inbreuken worden vastgesteld, vervolgd en bestraft overeenkomstig artikel 119*bis* van de Nieuwe Gemeentewet (*supra* nr. 519), “met uitzondering van § 5”. Die paragraaf bepaalt met name dat de administratieve sanctie proportioneel is in functie van de zwaarte van de feiten die haar verantwoorden en in functie van eventuele herhaling.

Het Grondwettelijk Hof ziet in die uitsluiting van het evenredigheidsbeginsel geen bezwaar. Immers, onder voorbehoud dat hij geen maatregel mag nemen die kennelijk onredelijk is, vermag de democratisch gekozen wetgever het repressief beleid zelf vast te stellen en aldus de beoordelingsvrijheid van de overheid die de sanctie oplegt, uit te sluiten. Rekening houdend met het relatief geringe bedrag van de sanctie (50 tot 200 euro) en met de mogelijkheid voor de gemeenten om, ook in geval van samenlopende inbreuken, geldboeten op te leggen waarvan het minimum en het maximum bij de wet zijn bepaald, kan de uitsluiting van de toepassing van artikel 119*bis*, § 5, van de Nieuwe Gemeentewet volgens het Hof niet als kennelijk onredelijk worden beschouwd.¹⁷⁴²

523. Ten aanzien van een Waalse belasting die “een in wezen aanmoedigend fiscaal instrument” vormt “dat ertoe strekt de terugnameplicht te doen naleven” en dat “geen overheersend repressief karakter heeft en dus geen straf vormt”, stelt het Grondwettelijk Hof ten slotte in het arrest nr. 106/2008 vast dat de bestaande fiscale procedure inzake de belastingen van het Waalse Gewest, geregeld bij het Waalse decreet van 6 mei 1999 “betreffende de vestiging, de invordering en de geschillen inzake de directe gewestelijke belastingen” van toepassing is. Dat decreet voorziet in de mogelijkheid van een administratief en een gerechtelijk

aanspraak moeten kunnen maken op de waarborgen vervat in deze verdragsbepaling, GwH 17 januari 2007, nr. 14/2007, B.3.3.

¹⁷⁴⁰ GwH 17 januari 2007, nr. 14/2007, B.5.3.

¹⁷⁴¹ Zoals opnieuw ingevoerd door de wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV), BS 8 mei 2007.

¹⁷⁴² GwH 26 juni 2008, nr. 93/2008, B.15.3.

beroep, “zodat de belastingschuldige zijn recht op een daadwerkelijk beroep niet wordt ontzegd”.¹⁷⁴³

§ 4. Poging tot synthese

524. Het antwoord van het Grondwettelijk Hof op de vraag hoe ver de controle van de rechter op administratieve geldboeten moet reiken, loopt langs twee argumentatielijnen. Hoewel zij enkele raakpunten vertonen, staan beide argumentatielijnen in essentie los van elkaar. De eerste steunt op het gelijkheidsbeginsel, de tweede op het recht op een daadwerkelijk juridictioneel toezicht.

Beide argumentatielijnen hebben als vertrekpunt de principiële beoordelingsvrijheid van de wetgever. Het staat de wetgever in beginsel vrij, enerzijds, om bepaalde inbreuken aan het klassieke strafrecht te onttrekken en de bestraffing ervan aan de administratie toe te vertrouwen en, anderzijds, het strafrechtelijk beleid te bepalen en de administratie en de rechter te dwingen tot gestrengheid wanneer een inbreuk het algemeen belang schaadt.

De principiële beoordelingsvrijheid van de wetgever is niet absoluut. Wat het tweede punt betreft, wordt de wetgever in zijn strafrechtelijk beleid hoofdzakelijk beperkt door het evenredigheidsbeginsel (*supra* nr. 499 en *infra* nr. 542). Wat het eerste punt betreft – dat hier van belang is – schuilt de beperking in het gelijkheidsbeginsel en in het recht op een daadwerkelijk juridictioneel toezicht.

Wanneer dezelfde inbreuk zowel tot een klassieke straf, opgelegd door de strafrechter, als tot een geldboete, opgelegd door de administratie, kan leiden, vereist het gelijkheidsbeginsel dat de betrokkene in beide gevallen over dezelfde “verweermiddelen” beschikt, waarmee het Hof bedoelt dat in beide gevallen dezelfde mogelijkheden tot individualisering van de straf mogelijk moeten zijn (verzachtende omstandigheden, uitstel van tenuitvoerlegging), tenzij dat niet te rijmen valt met de administratieve procedure (opschorting van de straf, opslorplingsregel). Het rechterlijk toezicht gaat dan in elk geval verder dan het gewone wettigheidstoezicht en betreft een echte hervormingsbevoegdheid, die zelfs in zekere zin gepaard gaat met een opportuniteitstoezicht (*infra* nr. 545). Het lijkt er wel op dat die gelijkstelling met het klassieke strafrecht niet in alle gevallen geldt maar enkel in geval van sterk strafrechtelijk gekleurde administratieve sancties.

Wanneer voor dezelfde inbreuk niet tegelijkertijd een klassieke straf en een administratieve geldboete kan worden opgelegd, speelt niet zozeer het gelijkheidsbeginsel maar wel het recht op een daadwerkelijk juridictioneel toezicht. De draagwijdte van dat rechterlijk toezicht is niet in alle omstandigheden hetzelfde maar heeft meer weg van een glijdende schaal. In bepaalde omstandigheden houdt het rechterlijk toezicht eveneens een hervormingsbevoegdheid in. In andere gevallen volstaat het klassieke wettigheidstoezicht.

¹⁷⁴³ GwH 17 juli 2008, nr. 106/2008, B.19.4 en B.21.1.

Hoe meer een administratieve sanctie bij het klassieke strafrecht aanleunt, hoe verder de rechterlijke controle behoort door te dringen. De rechter moet in dat geval over dezelfde bevoegdheid kunnen beschikken als de administratieve overheid die de sanctie oplegt. Is de administratieve sanctie minder strafrechtelijk gekleurd, dan zal doorgaans een klassieke wettigheidstoetsing, gepaard gaand met de niet-toepassing of vernietiging van de sanctie, volstaan, waarna de administratieve overheid een nieuwe beslissing zal moeten nemen.

Afdeling 4 – Het vereiste van volle rechtsmacht ten aanzien van tuchtsancties: de annulatiebevoegdheid van de Raad van State volstaat

525. Het tuchtrecht is met de woorden van du Jardin “een soort strafrecht eigen aan elk maatschappelijk korps waar het op egalitaire basis is ingesteld en van contractuele aard is, nu het samenhangt met het aanvaarden van statutaire regels door de leden ervan”.¹⁷⁴⁴ De “normaliserende, moraliserende en bestraffende oogmerken van het tuchtrecht” hebben volgens dezelfde auteur tot gevolg “dat tuchtrecht ertoe neigt het bestraffend model bij uitstek, te weten het strafrecht, als rolmodel te hanteren”.¹⁷⁴⁵

Er bestaat echter een objectief verschil tussen de toestand van de personen die het voorwerp uitmaken van een strafrechtelijke vervolging en van diegenen die het voorwerp uitmaken van een tuchtrechtelijke procedure. De strafvordering heeft tot doel inbreuken op de maatschappelijke orde te doen bestraffen en wordt uitgeoefend in het belang van de hele maatschappij; zij behoort tot de bevoegdheid van de strafgerichten; zij kan enkel betrekking hebben op feiten die door de wet als misdrijf zijn omschreven en zij geeft, in geval van veroordeling, aanleiding tot de door of krachtens de wet voorgeschreven straffen. De tuchtprocedure heeft tot doel te onderzoeken of de titularis van een openbaar ambt of van een beroep de deontologische of disciplinaire regels heeft overschreden of afbreuk heeft gedaan aan de eer of de waardigheid van zijn ambt of beroep; zij wordt uitgeoefend in het belang van een beroep of een openbare dienst; zij heeft betrekking op tekortkomingen die niet noodzakelijk het voorwerp uitmaken van een precieze definitie; ze kan aanleiding geven tot sancties die de betrokkene raken in de uitoefening van zijn ambt of beroep en die uitgesproken worden door een orgaan dat eigen is aan elk betrokken beroep, door een administratieve overheid of door een rechtcollege.¹⁷⁴⁶

Wegens de bijzondere onderliggende rechtsverhoudingen, de beperkte doelgroep, de verschillende doelstellingen en de andere, minder precies te omschrijven aard van de

¹⁷⁴⁴ J. DU JARDIN, *Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettelijkheid door het Hof van Cassatie*, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 2000, Brussel, Drukkerij van het Belgisch Staatsblad, 2000, 7.

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*, 4.

¹⁷⁴⁶ GwH 7 december 1999, nr. 129/99, B.4; GwH 8 mei 2001, nr. 54/2001, B.14.1.

overtredingen, worden tuchtsancties doorgaans ook onderscheiden van de administratieve sancties.¹⁷⁴⁷

526. Zoals reeds is gebleken, kan een tuchtsanctie onder het toepassingsgebied van artikel 6.1 van het EVRM ressorteren, meer bepaald wanneer de burgerlijke rechten van de betrokkene in het geding zijn (bv. het recht om het beroep van arts verder uit te oefenen, *supra* nr. 488) of wanneer de tuchtsanctie als een straf moet worden beschouwd in de zin van die verdragsbepaling (op grond van de Engel-criteria, *supra* nr. 489), in welk geval die persoon op een gegeven moment in de procedure recht moet hebben op het toezicht door een jurisdictioneel orgaan met volle rechtsmacht dat de waarborgen biedt van artikel 6.1 van het EVRM.¹⁷⁴⁸

Het beperkte toepassingsgebied van die verdragsbepaling neemt niet weg dat verscheidene in die verdragsbepaling geboden waarborgen tevens van toepassing zijn als algemene rechtsbeginselen in tuchtzaken. Dat is met name het geval voor het recht op een daadwerkelijk jurisdictioneel toezicht.

527. Er bestaat, afgezien van het strafrecht (zie artikel 14.5 van het IVBPR), geen algemeen rechtsbeginsel van dubbele aanleg. Evenmin bestaat een algemeen rechtsbeginsel dat de mogelijkheid zou waarborgen om administratief beroep in te stellen tegen een tuchtstraf. Bijgevolg is de wetgever niet ertoe verplicht in een administratieve beroepsprocedure te voorzien, op voorwaarde evenwel dat het recht op een jurisdictionele controle is gewaarborgd.¹⁷⁴⁹

Wanneer niet is voorzien in de mogelijkheid om administratief beroep in te stellen, kunnen de betrokkenen zich rechtstreeks tot de Raad van State wenden.¹⁷⁵⁰ Het is vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof dat de Raad van State in tuchtzaken een volwaardige toetsing doorvoert zowel aan de wet als aan de algemene rechtsbeginselen met inbegrip van het beginsel van behoorlijk bestuur.¹⁷⁵¹ De Raad van State gaat daarbij na of de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissing de vereiste feitelijke grondslag heeft en of de opgelegde straf niet kennelijk onevenredig is met de vastgestelde feiten.¹⁷⁵² Weliswaar kan de Raad van State zijn beslissing niet in de plaats stellen van die van de betrokken overheid, doch wanneer hij die beslissing

¹⁷⁴⁷ J. PUT, "Rechtshandhaving door administratieve sancties in het recht", *RW* 2001-02, 1196.

¹⁷⁴⁸ EHRM 10 februari 1983, *Albert en Le Compte t. België*, § 29; EHRM 16 december 2008, *Frankowicz t. Polen*, § 60.

¹⁷⁴⁹ GwH 28 maart 2002, nr. 66/2002, B.4; GwH 13 november 2002, nr. 164/2002, B.4.

¹⁷⁵⁰ GwH 19 juni 2002, nr. 99/2002, B.3.

¹⁷⁵¹ GwH 25 januari 2001, nr. 4/2001, B.8.4.7.1.

¹⁷⁵² Bv. RvS 28 april 2005, nr. 143.811, Allard; RvS 21 december 2006, nr. 166.235, De Maeyer, *RW* 2008-09, noot J. DE HERDT; RvS 12 maart 2007, nr. 168.781, Peersmans, *TBP* 2008, 629, noot J.N., *RW* 2007-08, 1321, noot J. NEUTS en J. PEETERS; RvS 6 november 2009, nr. 197.656, X: "Bij het beoordelen van de evenredigheid van een tuchtmaatregel mag de Raad van State zich niet in de plaats stellen van de tuchtverheid. Er kan slechts sprake zijn van de schending van het redelijkheidsbeginsel en van het evenredigheidsbeginsel wanneer een beslissing, waarvan vastgesteld wordt dat ze op deugdelijke grondslagen berust, inhoudelijk dermate van het normale beslissingspatroon afwijkt dat het ondenkbaar is dat enige andere overheid in dezelfde omstandigheden die beslissing zou nemen".

vernietigt dient de overheid zich te schikken naar het arrest van de Raad: indien de overheid een nieuwe beslissing neemt, mag zij de motieven van het arrest dat de eerste beslissing heeft vernietigd niet miskennen; indien zij in de vernietiging berust, wordt de betrokkene geacht niet tuchtrechtelijk gestraft te zijn geweest.¹⁷⁵³

Reeds in 1988 heeft Alen gewezen op de doorgedreven controle van de Raad van State op administratieve (tucht)sancties. Als voornaamste algemene beginselen van behoorlijk bestuur waarvan de Raad van State de naleving controleert, vermeldt hij “de rechten van verdediging of het recht van de betrokkene om vooraf te worden gehoord en zich hierbij door een advocaat te laten bijstaan, het zorgvuldigheidsbeginsel of de verplichting van de overheid om de ten laste gelegde feiten precies te omschrijven, en het evenredigheidsbeginsel of de verplichting van de overheid om sancties op te leggen die in een redelijke verhouding tot de begane fout staan”.¹⁷⁵⁴ In een meer recente bijdrage heeft Amelynck erop gewezen dat de controle door de Raad van State op de naleving van het evenredigheidsbeginsel door de tuchtverheid “tend progressivement à se renforcer”.¹⁷⁵⁵

Het annulatieberoep biedt derhalve een volwaardig jurisdictioneel toezicht door een onafhankelijke en onpartijdige instantie, die zowel de werkelijkheid van de tuchtrechtelijke inbreuk kan nagaan als de overeenstemming van de tuchtstraf met de wettelijke bepalingen en de algemene rechtsbeginselen.¹⁷⁵⁶

528. Het Grondwettelijk Hof heeft de annulatiebevoegdheid van de Raad van State ook reeds ten aanzien van administratieve geldboeten met strafrechtelijk karakter in de zin van artikel 6.1 van het EVRM als een volwaardige jurisdictionele toetsingsbevoegdheid beschouwd (*supra* nr. 521).

De voormelde verdragsbepaling kan echter nog in andere gevallen (dan tucht- en administratieve sancties) toepasselijk zijn op een procedure voor de Raad van State.¹⁷⁵⁷ Zoals de term “straf” heeft ook de term “burgerlijk recht” een autonome betekenis in artikel 6.1 van het EVRM. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hanteert niet een formeel of organiek criterium maar acht artikel 6.1 van toepassing op elke procedure waarvan de uitkomst bepalend is voor rechten en verplichtingen van burgerlijke aard.¹⁷⁵⁸ De vraag of de annulatiebevoegdheid van de Raad van State voldoet aan de vereiste van volle rechtsmacht heeft derhalve een

¹⁷⁵³ GwH 8 mei 2001, nr. 54/2001, B.10.3; GwH 28 maart 2002, nr. 66/2002, B.6; GwH 13 november 2002, nr. 164/2002, B.6; GwH 29 oktober 2003, nr. 141/2003, B.5.

¹⁷⁵⁴ A. ALEN, *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiek recht. Boek I: De Instellingen*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 462.

¹⁷⁵⁵ C. AMELYNCK, “Le régime disciplinaire”, *APT* 2005, 295.

¹⁷⁵⁶ GwH 8 mei 2001, nr. 54/2001, B.10.1 en B.10.4.

¹⁷⁵⁷ Zie o.a. EHRM 12 juli 2005, Okyay t. Turkije: de verzoekers konden voor de Turkse administratieve rechter de schorsing van de vervuilende activiteiten vragen; een dergelijk vonnis kon voor de gewone rechter als foutbewijs gelden in een vordering tot schadevergoeding, zodat de beslissing van de administratieve rechter wel degelijk een invloed had op de burgerlijke rechten van de verzoekers (§ 67).

¹⁷⁵⁸ M. MELCHIOR, “La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Présence du droit public et des droits de l’homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1993, deel III, 1330.

draagwijdte die verder gaat dan het contentieux inzake administratieve geldboeten en tuchtsancties. Het staat evenwel vast dat, in het burgerlijke luik van artikel 6.1 van het EVRM, de annulatiebevoegdheid volstaat om aan het vereiste van volle rechtsmacht te voldoen (*supra* nr. 496).

529. Het is ook vaste rechtspraak van de Raad van State zelf dat het annulatieberoep bij de Raad van State voldoet aan de vereisten van artikel 6 van het EVRM.¹⁷⁵⁹ Hoewel het even leek te twijfelen,¹⁷⁶⁰ heeft de Raad van State dat standpunt in enkele recente arresten uitdrukkelijk bevestigd ten aanzien van beslissingen van de raad van bestuur van een hogeschool “waarbij geen artistieke faam aan verzoeker wordt toegekend”. De Raad van State oordeelt meer bepaald dat hij “bevoegd is om zich over alle door verzoeker aangevoerde wettigheidsbezwaren tegen de bestreden beslissing uit te spreken; dat de Raad van State daarbij een controle in rechte en in feite uitoefent, met inbegrip van de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals de zorgvuldigheidsplicht; dat hij in het bijzonder mag beoordelen of het bestuur wel op een rechtmatige wijze tot zijn voorstelling van de feiten is mogen komen”.

De Raad van State besluit “dat een verzoeker dienvolgens de mogelijkheid heeft om voor de Raad van State aan te tonen dat de bestreden rechtshandeling niet steunt op werkelijk bestaande, concrete feiten die door het bestuur met de nodige zorgvuldigheid werden vastgesteld; dat het gegeven dat de Raad van State op grond van een aldus vastgestelde onwettigheid vervolgens de bestreden beslissing niet hervormt, maar ze in voorkomend geval vernietigt zonder er zelf een beslissing voor in de plaats te mogen stellen, aan de eis inzake “volle rechtsmacht” in de bij artikel 6 EVRM te geven betekenis, niet tekortkomt; dat de omvang van de rechtsmacht van de Raad van State, in het licht van wat voorafgaat, voldoet aan de vereisten die aan een rechterlijke instantie zijn gesteld bij artikel 6.1 EVRM”.¹⁷⁶¹

Ook volgens het grootste deel van de rechtsleer voldoet het annulatieberoep bij de Raad van State aan het vereiste van toegang tot een rechter met volle rechtsmacht.¹⁷⁶²

¹⁷⁵⁹ RvS 20 december 1984, nr. 24.937, Broeckx (intrekking van erkenning als havenarbeider); RvS 3 juli 1986, nr. 26.840, Broeckx en Van Craen (idem); RvS 1 december 1987, nr. 28.938, pvba Lambregts Transportbedrijf (intrekking van vervoervergunningen); RvS 28 juni 1989, nr. 32.886, Ockerman en Notebaert (beslissing tot vaststelling van verblijfplaats); RvS 28 juni 1989, nr. 32.887, Vandenberghe (tuchtsanctie); RvS 10 april 1992, nr. 39.207, nv Les Sablières Réunies (weigering van erkenning en beslissing tot sluiting van een stortplaats); RvS 25 januari 1993, nr. 41.716, Cooreman (tuchtsanctie); RvS 6 mei 1994, nr. 47.318, bvba Van Den Bossche (intrekking van exploitatievergunning); RvS 30 april 1997, nr. 66.119, Van der Carmen (tuchtsanctie).

¹⁷⁶⁰ RvS 25 februari 2005, nr. 141.289, Meunier (beslissing inzake arbeidsongeschiktheid): “il y a lieu de rappeler qu’en cette matière, le Conseil d’Etat ne dispose pas d’une compétence de pleine juridiction qui lui permettrait, à l’instar d’une cour d’appel, de statuer sur l’intégralité de la question posée, mais seulement d’une compétence d’annulation, compétence limitée au contrôle de la légalité de la décision qui lui est déferée”.

¹⁷⁶¹ RvS 29 juni 2006, nr. 160.759, Lamoën; RvS 29 juni 2006, nr. 160.760, Huybrechts; RvS 29 juni 2006, nr. 160.761, Vos. Zie ook RvS 12 juli 2006, nr. 161.270, Wattuëw (inzake de niet-toekenning van een bouwvergunning); RvS 8 mei 2007, nr. 170.919, Tonnaer (inzake het ontslag van een personeelslid van het Gemeenschapsonderwijs).

¹⁷⁶² Zie o.a. R. ANDERSEN, “La Convention européenne des droits de l’homme et le droit disciplinaire dans la fonction publique belge”, *RTDH* 1995, 230; B. DE SMET, J. LATHOUWERS en K. RIMANQUE, “Artikel 6. Recht op een eerlijk proces”, in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECCK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar*, vol. I, Antwerpen, Intersentia, 2004, 487-488; R. ERGEC, “L’incidence du droit du Conseil de l’Europe sur le développement du droit administratif”, *APT* 1993, 8; P. LEMMENS, “De Raad van State en de internationale

530. Haaks daarop staat echter de volgende uitspraak van de Raad van State in een reeks arresten van 4 december 2008, naar aanleiding van een aantal verzoekschriften die tegen opgelegde administratieve geldboeten (wegens het veroorzaken van geluidshinder) waren gericht:

“Uit artikel 6.1 van het EVRM en de artikelen 12 tot 14, 110 en 144 van de Grondwet moet worden afgeleid dat een straf uitsluitend door de hoven en rechtbanken van de rechterlijke macht kan worden opgelegd of beoordeeld.

De Raad van State beschikt bijgevolg niet over de vereiste rechtsmacht om kennis te nemen van huidig beroep tot nietigverklaring van een individuele overheidshandeling waardoor een bepaalde gedraging wordt gestraft.”¹⁷⁶³

Nadere uitleg wordt in de arresten niet verstrekt. Meer bepaald wordt niet verduidelijkt hoe men uit artikel 6.1 van het EVRM de onbevoegdheid van de Raad van State zou kunnen afleiden. Zoals hoger opgemerkt zal een annulatiebevoegdheid in de meeste gevallen aan de vereisten van die verdragsbepaling kunnen voldoen, ook als de administratieve boete moet worden gekwalificeerd als een straf in de zin van die bepaling. Slechts in bepaalde gevallen vergt het vereiste van volle rechtsmacht of het gelijkheidsbeginsel een hervormingsbevoegdheid en dan volstaat de vernietigingsbevoegdheid niet (*supra* nr. 514). Van het gelijkheidsbeginsel (artikelen 10 en 11 van de Grondwet) is in het geciteerde oordeel van de Raad van State helemaal geen spoor. Het vermeldt wel nog enkele andere grondwetsartikelen maar het valt niet in te zien hoe die bepalingen tot de onbevoegdheid kunnen doen besluiten. Het weze in dat verband herhaald dat de kwalificatie als straf in de zin van artikel 6 van het EVRM niet betekent dat de administratieve boete ook volgens de internrechtelijke begrippen als een straf moet worden beschouwd (*supra* nr. 489). En zelfs indien het ook naar intern recht om een straf zou gaan, blijft het roekeloos om uit artikel 144 van de Grondwet, dat bepaalt dat geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren, zonder meer af te leiden dat enkel de gewone hoven en rechtbanken een straf zouden kunnen opleggen of beoordelen.¹⁷⁶⁴

verdragen over de rechten van de mens”, *TBP* 1987, 372-373; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 343; alsook, met enige nuancering, M. MELCHIOR, “La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Présence du droit public et des droits de l’homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1993, deel III, 1327-1346 (hij maakt meer bepaald een onderscheid naargelang het een interne of een externe onwettigheid betreft en naargelang het bestuur over een gebonden of een discretionaire bevoegdheid beschikt), en J. PUT, “Administratieve boeten, verzachtende omstandigheden en volle rechtsmacht: contradicties in de rechtspraak van het Arbitragehof”, *TBP* 2002, 682-683 (hij merkt op dat een marginale evenredigheidstoets niet volstaat, maar dat ten aanzien van administratieve sancties met strafkarakter een meer directe evenredigheidstoets vereist is). In dezelfde zin als Put: D. RENDERS, M. JOASSART, G. PIJCKE en F. PIRET, “Le régime juridique de la sanction administrative”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 254-256. Vgl. echter *supra* vn. 1599, *in fine*.

¹⁷⁶³ RvSt 4 december 2008, nr. 188.455, Emery Worldwide Airlines Inc. Zie in dezelfde zin ook de arresten nrs. 188.456 tot 188.459.

¹⁷⁶⁴ Volgens sommigen is dat inderdaad het geval, o.a. J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State*, Antwerpen, Maklu, 1999, 407, met verwijzing naar o.a. A. MAST en P. WIGNY; C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 99. Anderen zijn echter de andere mening toegedaan, o.a. A. ALEN, “Administratieve geldboeten: hun internationaal – en internrechtelijke kwalificatie”, in *Liber Amicorum G. Baeteman*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 405-406; M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Brussel, Bruylant, 1995, 407; A. LUST en S. LUST, “De administratieve verankering van het milieumisdrijf”, in A. DE

Inmiddels heeft het Hof van Cassatie het attributieconflict (*supra* nr. 380, *in fine*) beslecht en de Raad van State toch bevoegd verklaard ten aanzien van de betrokken administratieve geldboete. Het Hof is meer bepaald van oordeel dat noch artikel 6.1 van het EVRM, “noch enige andere verdrags- of grondwettelijke bepaling vereisen dat een administratieve geldboete die een straf uitmaakt in de zin van die bepaling, uitsluitend door een rechter van de rechterlijke orde wordt opgelegd en beoordeeld. Behalve wanneer de sancties een vrijheidsstraf inhouden volstaat het dat de overtreder beschikt over een volwaardig jurisdictioneel beroep”. De Raad van State voldoet volgens het Hof van Cassatie aan dat vereiste, zo blijkt uit het vervolg van het arrest:

“Een administratieve geldboete opgelegd aan een enkeling door een administratieve overheid in toepassing van een sanctieregeling bepaald in de wet, het decreet of de ordonnantie, kan wanneer de wetgever die bevoegdheid niet heeft toegekend aan een rechter van de rechterlijke orde, in de regel getoetst worden door de Raad van State in toepassing van zijn algemene bevoegdheid te beoordelen of een maatregel van de overheid al dan niet genomen is met machtsoverschrijding.

De Raad van State kan hierbij onder meer onderzoeken, in het kader van dit objectief contentieux, of de individuele maatregel, met inachtneming van de verdragen, een wettelijke grondslag heeft en inzonderheid op haar evenredigheid kan worden getoetst door een rechter, en kan, zo de overtreder die mogelijkheid niet heeft, die individuele maatregel op grond van machtsoverschrijding vernietigen.”

Het arrest van de Raad van State dat louter op grond van de strafrechtelijke aard van de sanctie beslist dat de Raad van State niet over de vereiste rechtsmacht beschikt, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht.¹⁷⁶⁵

De Raad van State heeft kort daarna vastgesteld “dat de arresten van de Raad van State van 4 december 2008 door het Hof van Cassatie zijn vernietigd bij arresten van 15 oktober 2009; dat uit deze arresten blijkt dat wanneer een administratieve overheid een privaatrechtelijke persoon een administratieve geldboete oplegt met toepassing van een bij wet, decreet of ordonnantie gestelde regel en de wetgever de bevoegdheid om daarvan kennis te nemen niet heeft opgedragen aan een justitiële rechter, de Raad van State bevoegd is met toepassing van de algemene bevoegdheid die hij heeft om te oordelen of een maatregel van de overheid al dan niet met machtsoverschrijding genomen is”.

De Raad van State stelt vervolgens vast dat, aangezien niet wordt voorzien in enig specifiek beroep tegen het besluit waarbij een administratieve geldboete wordt opgelegd, daartegen een

NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieustraf- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Gent, Larcier, 2005, 546-548; vgl. M. LEROY, *Contentieux administratif*, Brussel, Bruylant, 2008, 87. Wat er ook van weze, zo luidt de slotsom van Boes, “thans wordt de grondwettelijkheid van administratieve sancties niet meer ernstig betwist. Anders is het niet denkbaar dat het Arbitragehof in de toch al talrijke arresten over administratieve sancties over die vraag niet gerept zou hebben”, M. BOES, “Administratieve sancties”, in *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, 206-207.

¹⁷⁶⁵ Cass. 15 oktober 2009, C.09.0019.N, *NjW* 2009, 816, noot L. LAVRYSEN. Zie ook het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2009*, 77-79

annulatieberoep kan worden ingesteld bij de Raad van State. De omstandigheid dat het besluit betrekking heeft op de gegrondheid van een tegen de verzoekende partij ingestelde strafvervolging in de zin van artikel 6.1 van het EVRM en dat het arrest van de Raad van State waarbij, in voorkomend geval, uitspraak wordt gedaan over het beroep tegen dit besluit, bijgevolg een beslissende weerslag heeft op de beoordeling van de gegrondheid van een zodanige vervolging, heeft volgens de Raad van State tot gevolg “dat de bij dit artikel opgelegde regels in acht moeten worden genomen in de loop van de procedures die leiden tot het besluit van het milieucollege of tot het arrest van de Raad van State, doch [heeft] geen weerslag [...] op de aanwijzing van het rechtscollege dat bevoegd is om kennis te nemen van dat beroep”.¹⁷⁶⁶

531. In een arrest van 27 november 2008 onderzocht het Grondwettelijk Hof, zonder dat artikel 6.1 van het EVRM ter sprake kwam, een verschil in behandeling inzake de mogelijkheid om de samenstelling van een politieraad aan te vechten: personen die de verkiezing van een politieraad door de gemeenteraden willen aanvechten, beschikken over een juridictioneel beroep, bestaande uit een dubbele aanleg met volle rechtsmacht, terwijl voor personen die de coöptatie van bijkomende Nederlandstalige leden door de politieraad willen aanvechten, enkel het beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State openstaat. In het eerste geval staat beroep open bij een administratief rechtscollege, dat uitspraak doet over de geldigheid van de verkiezingen en dat eventuele vergissingen bij de vaststelling van de verkiezingsuitslag kan rechtzetten, waarna een beroep kan worden ingesteld bij de Raad van State, waarvan in de parlementaire voorbereiding wordt gezegd dat die zoals in OCMW-zaken een “arrestbevoegdheid in volle rechtsmacht” heeft, waarmee wordt bedoeld “dat de Raad van State het geschil in zijn geheel aan een nieuw onderzoek onderwerpt en hij als beroepsrechter in laatste aanleg uitspraak doet over de grond van het geschil waarbij hij de bevoegdheid heeft tot hervorming van de in eerste aanleg getroffen beslissing”.¹⁷⁶⁷ Het Grondwettelijk Hof leidt daaruit af dat de kandidaat die de verkiezing van de politieraad wenst te betwisten, bijgevolg beschikt over “een juridictioneel beroep in dubbele aanleg, waarbij beide rechtscolleges over volle rechtsmacht beschikken”. In het andere geval staat dergelijk beroep niet open, zodat slechts een annulatieberoep bij de Raad van State mogelijk is.

Het Grondwettelijk Hof brengt echter in herinnering dat de Raad van State, zoals uit zijn rechtspraak blijkt, een toetsing doorvoert zowel aan de wet als aan de algemene rechtsbeginselen. Weliswaar kan de Raad van State zijn beslissing niet in de plaats stellen van die van de betrokken overheid, maar wanneer hij die beslissing vernietigt, dient de overheid zich te schikken naar het arrest van de Raad van State: indien de overheid een nieuwe beslissing neemt, mag zij de motieven van het arrest dat de eerste beslissing heeft vernietigd niet miskennen. Het Hof besluit dat de niet-gecoöpteerde kandidaten derhalve over een volwaardige juridictionele waarborg beschikken tegen de bedoelde coöptatiebeslissing.¹⁷⁶⁸

¹⁷⁶⁶ RvS 8 december 2009, nr. 198.671, nv European Air Transport.

¹⁷⁶⁷ *Parl.St.* Kamer 2000-01, nr. 50-1125/001, 9.

¹⁷⁶⁸ GwH 27 november 2008, nr. 168/2008, B.5-B.8. Zie ook GwH 11 december 2008, nr. 181/2008, B.8-B.11.

532. In het arrest nr. 81/2008 erkent het Grondwettelijk Hof dat een annulatierechter weliswaar niet optreedt met volle rechtsmacht (in de zin dat hij geen hervormingsbevoegdheid heeft), maar dat neemt niet weg dat hij een daadwerkelijk jurisdictioneel toezicht uitoefent.¹⁷⁶⁹ De uitspraak had betrekking op de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen die in bepaalde gevallen over een soortgelijke vernietigingsbevoegdheid en schorsingsbevoegdheid beschikt als de Raad van State.

In de aangelegenheden bedoeld in artikel 39/2, § 2, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen¹⁷⁷⁰ oefent de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen een jurisdictionele toetsing uit, zowel aan de wet als aan de algemene rechtsbeginselen. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen gaat daarbij na of de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissing de vereiste feitelijke grondslag heeft, of die beslissing uitgaat van correcte juridische kwalificaties en of de maatregel niet kennelijk onevenredig is met de vastgestelde feiten. Wanneer hij die beslissing vernietigt, dient de overheid zich te schikken naar het arrest van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen: indien de overheid een nieuwe beslissing neemt, mag zij de motieven van het arrest dat de eerste beslissing heeft vernietigd, niet negeren; indien zij in de vernietiging berust, wordt de aangevochten akte geacht nooit te hebben bestaan.¹⁷⁷¹ Het Grondwettelijk Hof voegt daaraan toe dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in bepaalde omstandigheden de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing kan bevelen, in voorkomend geval door uitspraak te doen bij uiterst dringende noodzakelijkheid, alsook voorlopige maatregelen kan bevelen. De rechtzoekenden beschikken derhalve over een daadwerkelijke jurisdictionele waarborg, voor een onafhankelijk en onpartijdig rechtcollege, tegen de administratieve beslissingen die op hen betrekking hebben.¹⁷⁷²

533. Ook wanneer men erkent dat de annulatiebevoegdheid van de Raad van State voldoet aan het vereiste van volle rechtsmacht, zijn nog niet alle problemen van de baan. Als de administratieve of tuchtsanctie als een straf moet worden beschouwd, is in beginsel een dubbele aanleg vereist. Het recht op een dubbele aanleg wordt weliswaar niet gewaarborgd door artikel 6 van het EVRM,¹⁷⁷³ maar wel door artikel 14.5 van het IVBPR. Indien mag worden aangenomen dat een “straf” in de zin van artikel 6 van het EVRM eveneens een “straf” is in de zin van artikel 14 van het IVBPR,¹⁷⁷⁴ moet dan worden besloten dat de annulatiebevoegdheid van de Raad van

¹⁷⁶⁹ GwH 27 mei 2008, nr. 81/2008, B.16.2-B.16.3.

¹⁷⁷⁰ Zoals gewijzigd bij de wet van 15 september 2006 tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, BS 6 oktober 2006.

¹⁷⁷¹ GwH nr. 81/2008, 27 mei 2008, B.16.3, met verwijzing naar EHRM 7 november 2000, Kingsley t. Verenigd Koninkrijk, § 58 (*supra* nr. 495).

¹⁷⁷² GwH 27 mei 2008, nr. 81/2008, B.16.3.

¹⁷⁷³ Wel door artikel 2 van het Zevende Protocol bij het EVRM, dat echter niet door België is geratificeerd.

¹⁷⁷⁴ Zie evenwel C. VANDERKERKEN, *Fiscale strafvervolgning en rechtsbescherming*, Brussel, Bruylant, 2006, 328: “Zeker is dat echter niet, alleen al niet omdat artikel 14.7 BUPO-Verdrag uitdrukkelijk spreekt over een bestraffing of berechting over een strafbaar feit zodat men ook zou kunnen argumenteren dat daarmee alleen het strafrecht in strafrechtelijke zin wordt bedoeld.” Vgl. F.C.M.A. MICHIELS en R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, “Hoofdstuk 4. Handhaving en rechtsbescherming”, in F.C.M.A. MICHIELS en E.R. MULLER (eds.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer, Kluwer, 2006, 102: “Vergelijkbare – en een aantal extra – garanties worden verder voorgeschreven in artikel 14 en 15 IVBPR. Hoewel deze bepalingen niet aanknopen bij het begrip *criminal*

State niet volstaat, aangezien tegen het arrest van de Raad van State geen beroep mogelijk is? Met Van Drooghenbroeck moet worden besloten dat op die vraag nog geen definitief antwoord voorhanden is en dat ze in elk geval niet zonder meer positief kan worden beantwoord.¹⁷⁷⁵

Een ander probleem is het gebrek aan schorsende werking van een annulatieberoep en een vordering tot schorsing bij de Raad van State. Het is meer bepaald de afdeling wetgeving van de Raad van State die daarvan een probleem heeft gemaakt door in tal van adviezen te eisen dat het instellen van beroep tegen een administratieve sanctie met strafrechtelijk karakter gepaard gaat met een schorsende werking ten aanzien van de uitvoering van die sanctie.¹⁷⁷⁶ Ook in dit verband kan worden volstaan met een verwijzing naar Van Drooghenbroeck, die op overtuigende wijze heeft aangetoond dat die “avant-gardistische” stelling van de afdeling wetgeving van de Raad van State op drijfzand rust en noch in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, noch in die van het Grondwettelijk Hof enige fundament vindt.¹⁷⁷⁷

In een meer recent advies neemt de afdeling wetgeving van de Raad van State gas terug: “Weliswaar vereist de huidige rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkbaar niet meer dat voor het geheel van de strafrechtelijke tenlasteleggingen in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag het krachtens diezelfde bepaling vereiste rechterlijke beroep van rechtswege een schorsing meebrengt, maar zulks neemt niet weg dat de Staten tijdens de duur van de daaropvolgende gerechtelijke procedure alleen binnen redelijke perken en met inachtneming van een billijk evenwicht tussen de in het geding zijnde belangen kunnen besluiten tot de voorlopige tenuitvoerlegging van een maatregel van strafrechtelijke aard.”¹⁷⁷⁸

charge, maar bij het begrip *crime* en het in elk geval verdedigbaar is dat deze daarom alleen betrekking hebben op de wat zwaardere overtredingen (en wat hogere boeten), wordt er in Nederland voor de zekerheid toch van uitgegaan dat (het proces van) de bestuurlijke boeteoplegging ook moet voldoen aan de artikelen 14 en 15 IVBPR.” Zie ook C. BILLIET, *Bestuurlijke sanctionering van milieurecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 182-192.

¹⁷⁷⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, “Réplique. Entre bénévolance et incertitudes: y a-t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives?”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 288-291. Hij lijkt te suggereren dat het vereiste van dubbele aanleg enkel zou kunnen gelden voor “zwaardere straffen” en verwijst in dat verband ook naar artikel 2 van het Zevende Protocol bij het EVRM, dat in een uitzondering voorziet voor “lichte misdrijven, als de wet het zo voorziet”. Het Hof van Cassatie sluit de toepasselijkheid van artikel 14.5 van het IVBPR op geschillen over rechten en verplichtingen in belastingzaken niet uit “op voorwaarde dat de rechtspleging in belastingzaken leidt of kan leiden tot een naar aanleiding van een strafvordering uitgesproken straf in de zin van die verdragsbepaling”, Cass. 15 oktober 2009, F.08.0001.N.

¹⁷⁷⁶ Zie o.a. RvS, afd. wetgeving, advies 39.536/VR van 24 januari 2006 over een voorontwerp van decreet “houdende wijziging van het decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode”, *Parl.St.* VI.Parl. 2005-06, nr. 824/1, *TBP* 2006, 564-574 (uittreksel).

¹⁷⁷⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, “Réplique. Entre bénévolance et incertitudes: y a-t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives?”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 265-272. Reeds in 1999 schreef ook Velaers reeds: “Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dient het beroep bij het rechtscollege met volle rechtsmacht immers geen opschortende werking te hebben”, J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State*, Antwerpen, Maklu, 1999, 471.

¹⁷⁷⁸ RvS, afd. wetgeving, advies 44.947/VR/V, 44.948/VR/V en 44.949/VR/V van 19 augustus 2008 over voorontwerpen van decreten en van een ordonnantie “tot goedkeuring van het samenwerkingsakkoord betreffende de preventie en het beheer van verpakkingsafval”, *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 1944/1, p. 94-95. In een nog later advies wordt ook die opmerking achterwege gelaten, zie RvS, afd. wetgeving, advies 45.923/3 van

Uit het arrest nr. 182/2004 van het Grondwettelijk Hof leiden sommigen echter af dat bij het opleggen van een administratieve sanctie een beroep bij een rechter met volle rechtsmacht moet openstaan vooraleer de sanctie kan worden uitgevoerd en dat de betrokkene niet kan worden gedwongen tot uitvoering van de sanctie totdat een rechter daarover heeft beslist.¹⁷⁷⁹ Volgens Van Drooghenbroeck kan uit dat arrest evenwel niet worden afgeleid dat de schorsende werking van een beroep een vereiste is om van volle rechtsmacht te kunnen spreken.¹⁷⁸⁰ In twee recentere arresten heeft het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk geoordeeld dat geen bepaling van de Grondwet of van een internationale overeenkomst de wetgever verplicht om, op algemene wijze, een beroep met schorsende werking in te stellen. Zo verplicht artikel 13 van het EVRM de wetgever niet een schorsende werking toe te kennen aan een beroep dat tegen een administratieve beslissing wordt uitgeoefend, behalve indien dat noodzakelijk is om de uitvoering te verhinderen van maatregelen die strijdig zijn met het EVRM en waarvan de gevolgen mogelijk onomkeerbaar zijn.¹⁷⁸¹ Reeds in het arrest nr. 4/2001 heeft het Grondwettelijk Hof overigens geoordeeld dat uit het vermoeden van onschuld niet kan worden afgeleid dat een beroep tegen de beslissing van de *tucht*overheid schorsende werking heeft.¹⁷⁸²

Afdeling 5 – Het vereiste van volle rechtsmacht ten aanzien van de stedenbouwkundige herstellvordering: het Hof van Cassatie spreekt klare taal

534. Op grond van artikel 149, § 1, van het Vlaamse decreet ruimtelijke ordening (thans artikel 6.1.41, § 1, van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening) kan de rechtbank bevelen de plaats in de oorspronkelijke toestand te herstellen of het strijdige gebruik te staken, en/of bouw- of aanpassingswerken uit te voeren en/of een geldsom te betalen gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen.

Volgens het Grondwettelijk Hof zijn die maatregelen geen straffen. Doordat zij afhankelijk zijn van de vaststelling van een misdrijf, is de vordering ervan evenwel verbonden met de publieke

24 februari 2009 over een voorontwerp van decreet "betreffende toegangsverbod tot voertuigen van de VVM", *Parl.St. VI.Parl. 2008-09*, nr. 2178/1.

¹⁷⁷⁹ A. LUST en S. LUST, "De administratieve verankering van het milieumisdrijf", in A. DE NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieustraf- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Gent, Larcier, 2005, 528, vn. 44. Zie ook F. KRENC, "La protection contre la répression administrative au regard de la Convention européenne des droits de l'homme", in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, die Keure, 2007, 133-135.

¹⁷⁸⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, "Réplique. Entre bénévolance et incertitudes: y a-t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives?", in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 272, vn. 29.

¹⁷⁸¹ GwH 18 oktober 2006, nr. 151/2006, B.23.1, met verwijzing naar EHRM 5 februari 2002, Čonka t. België, § 79; GwH 27 mei 2008, nr. 81/2008, B.36.3, eveneens met verwijzing naar EHRM 5 februari 2002, Čonka t. België, § 79, alsook naar EHRM 11 juli 2000, Jabari t. Turkije, § 50 en EHRM 26 april 2007, Gebremedhin [Gaberamadhien] t. Frankrijk, § 58.

¹⁷⁸² GwH nr. 4/2001, 25 januari 2001, B.8.4.7.2.

vordering.¹⁷⁸³ De herstelmaatregelen vallen volgens het Hof binnen het concept van teruggave¹⁷⁸⁴ dat wordt aangewend in artikel 44 van het Strafwetboek.¹⁷⁸⁵ Hoewel zij een burgerrechtelijk karakter heeft, is de teruggave verbonden met de openbare orde en is zij door sommige aspecten een met de strafsanctie onlosmakelijk verbonden accessorium; zij is namelijk het verlengde ervan nu zij erop gericht is – buiten de strafrechtelijke veroordeling – te vermijden dat de situatie van overtreding blijft voortbestaan.¹⁷⁸⁶ De bedoelde stedenbouwkundige herstelmaatregelen zijn dus geen straffen, maar maatregelen van burgerrechtelijke aard. Zij beogen niet zozeer de dader van het misdrijf te treffen, dan wel het algemeen stedenbouwkundig belang te vrijwaren. Herstelmaatregelen kunnen zowel voor de strafrechter als voor de burgerlijke rechter worden gevorderd en kunnen ook worden opgelegd indien geen straf wordt uitgesproken.¹⁷⁸⁷

Ook volgens het Hof van Cassatie is het herstel in de vorige staat geen straf maar een maatregel van burgerlijke aard die beoogt de gevolgen van het misdrijf te doen ophouden.¹⁷⁸⁸ In een aantal arresten van het Hof van Cassatie is er sprake van een bijzondere vorm van teruggave of vergoeding die beoogt een einde te maken aan een met de wet strijdige toestand die uit een misdrijf is ontstaan en waardoor het algemeen belang wordt geschaad; “er is dus weliswaar een band met de publieke vordering, doch het gaat niet om een straf”, besluit eerste advocaat-generaal De Swaef.¹⁷⁸⁹ De herstelmaatregel beoogt niet zoals de schadevergoeding,

¹⁷⁸³ Zie ook Cass. 26 april 1989, *Arr.Cass.* 1989, 994, nr. 486. Bedoeld is niet de strafvordering *sensu stricto*, die gericht is op de toepassing van de straffen, doch de strafvordering *sensu lato*, zijnde de “publieke vordering” of de “openbare vordering”, die niet enkel de eigenlijke vordering tot het opleggen van straffen omvat, doch ook alles wat ermee samenhangt (zie E. LIEKENDAEL, concl. voor Cass. 26 april 1989, *Pas.* 1989, I, 891).

¹⁷⁸⁴ Zie A. VANDEPLAS, “Teruggave”, in *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 2: “De wetgever geeft geen definitie van de term ‘teruggave’. Rechtspraak en rechtsleer hebben dit begrip uitgebreid tot een soort *restitutio in integrum* (...). De Franse term ‘restitution’ en nog beter de Engelse term ‘reinstatement’ drukken deze gedachten van herstel, rescissie, Wiedergutmachung uit.”

Vgl. evenwel D. D’HOOGHE, “De aard van de herstelmaatregelen inzake stedenbouw en de intresten op het bedrag van de meerwaarde”, noot onder Cass. 25 februari 1992, *RW* 1991-92, 1464, die erop wijst dat de teruggave het herstel van de feitelijke toestand beoogt, zoals die bestond voor het misdrijf werd gepleegd, en daaraan toevoegt: “Het herstel van de plaats in de vorige staat beantwoordt weliswaar aan die omschrijving. Andere herstelmaatregelen kunnen echter tevens het bestendigen van de gevolgen van het misdrijf tot voorwerp hebben, bv. wanneer de betaling van de meerwaarde wordt gevorderd”.

¹⁷⁸⁵ Krachtens artikel 44 van het Strafwetboek wordt de veroordeling tot de bij de wet gestelde straffen altijd uitgesproken onverminderd de teruggave en de schadevergoeding die aan partijen mochten zijn verschuldigd.

¹⁷⁸⁶ GwH 28 maart 2002, nr. 57/2002, B.5.5; GwH 15 oktober 2002, nr. 152/2002, B.5.5; GwH 26 november 2003, nr. 154/2003, B.3.4; GwH 19 januari 2005, nr. 10/2005, B.5. In wezen, zo merkt Bombois op, “le juge constitutionnel applique à une espèce particulière une jurisprudence forgée de ses premiers arrêts et en vertu de laquelle les mesures de restitution ont un caractère civil mais sont intimement liées à l’ordre public et à la sanction pénale, en manière telle que le législateur décréte est compétent pour réglementer la restitution au sens large”, T. BOMBOIS, “Ordre de remise en état des lieux, champ pénal et délai raisonnable”, noot onder EHRM 27 november 2007, Hamer t. België, *JLMB* 2008, 738, met verwijzing naar de arresten nrs. 44/87, 50/88, 18/89, 13/92 en 48/93 van het Grondwettelijk Hof. Over het juridisch statuut van de herstelvordering in het algemeen, zie o.a. B. DE TEMMERMAN, “De herstelmaatregelen en de herstelvordering in het milieu- en stedenbouwrecht”, in A. DE NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieu- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Gent, Larcier, 2005, 306-334, alsook de conclusie van M. DE SWAEF voor Cass. 24 februari 2004, P.03.1143.N, *Arr.Cass.* 2004, 289, nr. 96.

¹⁷⁸⁷ GwH 28 april 2004, nr. 65/2004, B.1.3 en B.2.4.

¹⁷⁸⁸ Cass. 7 januari 2003, P.02.0327.N, *TMR* 2008, 112.

¹⁷⁸⁹ Concl. voor Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N, *Arr.Cass.* 2008, 2504, nr. 608, punt 4, met verwijzing naar Cass. 3 april 2007, P.06.1610.N, Cass. 2 mei 2007, P.06.0100.N en Cass. 22 mei 2007, P.06.1692.N.

de vergoeding van schade aan particuliere belangen, maar het ongedaan maken van de gevolgen van het misdrijf in het algemeen belang.¹⁷⁹⁰

535. Artikel 149, § 2, van het decreet ruimtelijke ordening (thans artikel 6.1.41, § 1, van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening) laat de keuze van de herstelmaatregel in beginsel aan de stedenbouwkundige inspecteur en aan het college van burgemeester en schepenen. Het machtigt die overheden niet om een misdrijf bij de strafrechten aanhangig te maken, doch enkel om de wijze van herstel aan te geven die in het algemeen belang moet worden uitgesproken indien het misdrijf is bewezen. De herstellvordering is derhalve afhankelijk van de beslissing van het parket om het misdrijf al dan niet te vervolgen. Anderzijds kunnen de herstelmaatregelen slechts worden bevolen op vordering van de stedenbouwkundige inspecteur en/of het college van burgemeester en schepenen. Hun optreden steunt op hun wettelijke opdracht om het algemeen stedenbouwkundig belang te behartigen.

De omstandigheid dat de herstelmaatregel niet uitvoerbaar is zolang hij niet door de rechter is bevolen, heeft tot gevolg dat hij geen administratieve akte is die vatbaar is voor nietigverklaring door de Raad van State. De herstellvordering heeft immers op zichzelf geen rechtsgevolgen voor de burgers.¹⁷⁹¹

Het Grondwettelijk Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat het tot de bevoegdheid van de rechter behoort om de herstellvordering op haar externe en interne wettigheid te toetsen en te onderzoeken of ze strookt met de wet dan wel of ze op machtsoverschrijding of machtsafwending berust (*supra* nr. 276). De hoven en rechtbanken moeten in elk geval nagaan of de beslissing om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen, uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen. Wanneer zou blijken dat de vordering van de overheid steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van de goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is, zouden de hoven en rechtbanken die vordering, met toepassing van artikel 159 van de Grondwet, zonder gevolg moeten laten.¹⁷⁹²

“Een dergelijke toetsingsbevoegdheid wijkt niet af van hetgeen in alle geschillen tot de opdracht van de rechter behoort. Krachtens artikel 159 van de Grondwet geven de hoven en rechtbanken geen gevolg aan de bestuurshandelingen die niet met de wetten overeenstemmen. Die toetsingsbevoegdheid reikt niet buiten het gebied van de externe en interne wettigheid van de bestuurshandelingen. Bij de beoordeling ervan mag de rechter zich niet begeven op het terrein van de opportuniteit, omdat dat erop zou neerkomen hem een bevoegdheid toe te kennen die onvereenigbaar is met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen de administratie en de rechtscolleges. Noch artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, noch

¹⁷⁹⁰ Cass. 8 september 2009, P.09.0341.N; Cass. 12 januari 2010, P.09.1066.N.

¹⁷⁹¹ A. LUST en S. LUST, “Het grondrecht op een rechter met volle rechtsmacht en de stedenbouwkundige herstellvordering”, in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE e.a., (eds.), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, Deel B, 877, vn. 20. Bv. RvS 27 september 2000, nr. 89.829, Van Dorpe; RvS 2 april 2004, nr. 130.075, bvba Godts.

¹⁷⁹² GwH 28 maart 2002, nr. 57/2002, B.11-B.12.1; GwH 15 oktober 2002, nr. 152/2002, B.11-B.12.1; GwH 14 januari 2003, nr. 4/2003, B.4-B.5.1; GwH 1 maart 2005, nr. 46/2005, B.17-B.18.1. Zie ook reeds GwH 21 maart 1996, nr. 21/96, B.5-B.6.

artikel 144 van de Grondwet vereisen dat de opportuniteit van een bestuurshandeling aan de controle van de rechter kan worden onderworpen.¹⁷⁹³

536. Die rechtspraak van het Grondwettelijk Hof bouwt voort op de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens welke het “tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht behoort de vordering van de gemachtigde ambtenaar op haar externe en interne wettigheid te toetsen en te onderzoeken of ze strookt met de wet dan wel op machtsoverschrijding of machtsafwending berust, terwijl het niet aan de rechter staat de opportuniteit van die vordering te beoordelen”.¹⁷⁹⁴ Tot de wettigheidscontrole behoort ook het toezicht op de naleving van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het evenredigheidsbeginsel.¹⁷⁹⁵

In een arrest van 15 juni 2004 bevestigde het Hof van Cassatie dat meer bepaald de rechter moet nagaan of de beslissing van het bevoegde bestuur om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen en dat, mocht blijken dat de vordering van de overheid steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van de goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is, de rechter die vordering zonder gevolg moet laten.¹⁷⁹⁶ De rechter dient er met name op toe te zien dat de beslissing om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen niet ertoe strekt de betrokkene te willen straffen.¹⁷⁹⁷

Uit het hoger besproken arrest *Silvester's Horeca Service* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (*supra* nrs. 488-500) leiden sommigen af dat de voormelde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en van het Hof van Cassatie niet langer houdbaar is. Herstelmaatregelen zouden niet sterk verschillen van administratieve sancties, zodat de herstellvordering moet kunnen worden voorgelegd aan een rechter met volle rechtsmacht. De klassieke rechtspraak, die de bevoegdheid van de rechter ter zake beperkt tot een louter wettigheidstoezicht, zou niet meer volstaan. De rechter zou niet alleen de herstellvordering in al

¹⁷⁹³ GwH 28 maart 2002, nr. 57/2002, B.12.2; GwH 15 oktober 2002, nr. 152/2002, B.12.2; GwH 14 januari 2003, nr. 4/2003, B.5.2; GwH 1 maart 2005, nr. 46/2005, B.18.2 (zonder de laatste zin omdat de daarin vermelde bepalingen niet in de prejudiciële vraag waren vervat).

¹⁷⁹⁴ Cass. 18 april 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1106, nr. 491.

¹⁷⁹⁵ Cass. 16 mei 1995, P.94.0802.N, *Arr.Cass.* 1995, 481, nr. 238. Zie D. LAGASSE, “Le contrôle juridictionnel du choix du mode de réparation effectué par l’autorité en cas d’infraction urbanistique”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 662-663; T. VAN CAUTER, “De herstellvordering getoetst aan het evenredigheidsbeginsel: het Hof van Cassatie stelt orde op zaken”, noot onder Cass. 18 maart 2008, *RW* 2008-09, 1348-1350. Zie ook B. ROELANDTS en H. VAN LANDEGHEM, “Het Arbitragehof als scherprechter in de handhaving en een frisse blik op de verjaring van stedenbouwmisdrijven”, in S. LUST (ed.), *Het Arbitragehof en het ruimtelijkeordeningsrecht*, Brugge, die Keure, 2006, 219, die zich afvragen hoever de evenredigheidstoets “in de dagelijkse rechtspraktijk van een loutere opportuniteitsbeoordeling is verwijderd. Immers, het verschil tussen de ‘verboden’ opportuniteitsbeoordeling en de toegelaten beoordeling van de kennelijke onredelijkheid en evenredigheid van een herstelmaatregel, is o.i. niet altijd even scherp af te lijnen.” Zie ook *supra* nrs. 366 en 512.

¹⁷⁹⁶ Cass. 15 juni 2004, P.04.0237.N, *Arr.Cass.* 2004, 1054, nr. 323, *TROS* 2004, 234, concl. M. DE SWAEF, noot P. VANSANT.

¹⁷⁹⁷ Cass. 26 april 2005, P.04.1469.N, *Arr.Cass.* 2005, 942, nr. 242.

haar aspecten moeten kunnen beoordelen, maar zou ook een andere dan de gevorderde maatregel moeten kunnen opleggen.¹⁷⁹⁸

537. In een arrest van 6 februari 2007 heeft het Hof van Cassatie eraan herinnerd dat de vordering tot herstel inzake stedenbouw geen persoonlijk karakter heeft, maar strekt tot het doen verdwijnen van de onrechtmatige toestand die met betrekking tot het onroerend goed door de uitgevoerde werken of de gegeven bestemming is ontstaan.¹⁷⁹⁹

In het arrest *Hamer* van 27 november 2007 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de herstelmaatregel van afbraak echter als een straf in de zin van artikel 6 van het EVRM beschouwd.¹⁸⁰⁰ In het arrest was enkel de beoordeling van de herstelmaatregel binnen een redelijke termijn aan de orde, maar de kwalificatie als “straf” wordt aangegrepen om te betogen dat de rechter moet kunnen overgaan tot een toetsing met volle rechtsmacht.

Over die kwalificatie van de herstelmaatregel als “straf” en vooral over de gebrekkige motivering daarvan door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, valt heel wat te zeggen¹⁸⁰¹ maar wat het onderwerp van ons onderzoek betreft, werpt die kwalificatie eigenlijk geen fundamenteel nieuw licht op de zaak. Zoals hoger reeds gezegd geldt de vereiste van volle rechtsmacht ook voor het burgerlijke luik van artikel 6.1 van het EVRM en er kan weinig discussie over bestaan dat een herstellvordering betrekking heeft op de burgerlijke rechten en verplichtingen van de betrokkene.¹⁸⁰² Hooguit zal de rechtsmacht iets “voller” moeten zijn wanneer het gaat om een sterk strafrechtelijk gekleurde sanctie (*supra* nr. 498).

538. In een arrest van 4 november 2008 diende het Hof van Cassatie zich uit te spreken over de toetsing met volle rechtsmacht van de maatregel van afbraak als herstelmaatregel. Het Hof maakt in dat arrest korte metten met de kritiek in de rechtsleer (*supra* nr. 536) volgens welke het klassieke wettigheidstoezicht niet langer zou volstaan.

De vaststelling dat een herstel in de oorspronkelijke staat een straf is in de zin van de artikelen 6.1 van het EVRM en 14.1 van het IVBPR, brengt om te beginnen enkel mee dat de waarborgen van die bepalingen moeten worden in acht genomen. Het heeft niet tot gevolg dat die maatregel

¹⁷⁹⁸ A. LUST en S. LUST, “De administratieve verankering van het milieumisdrijf”, in A. DE NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieustraf- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Gent, Larcier, 2005, 529; A. LUST en S. LUST, “Het grondrecht op een rechter met volle rechtsmacht en de stedenbouwkundige herstellvordering”, in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE, e.a. (eds.), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, Deel B, 902-903.

¹⁷⁹⁹ Cass. 6 februari 2007, P.06.1286.N.

¹⁸⁰⁰ EHRM, 27 november 2007, *Hamer t. België*, § 60. In dezelfde zaak *Hamer* oordeelde het Hof van Cassatie dat het herstel in de vorige staat geen straf is maar “een maatregel van burgerlijke aard die beoogt de gevolgen van het misdrijf te doen ophouden”, Cass. 7 januari 2003, P.02.0327.N, *TMR* 2008, 112.

¹⁸⁰¹ Zie vooral T. BOMBOIS, “Ordre de remise en état des lieux, champ pénal et délai raisonnable”, noot onder EHRM, 27 november 2007, *Hamer t. België*, *JLMB* 2008, 739-746.

¹⁸⁰² Zie A. LUST en S. LUST, “De administratieve verankering van het milieumisdrijf”, in A. DE NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieustraf- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Gent, Larcier, 2005, 524-525; A. LUST en S. LUST, “Het grondrecht op een rechter met volle rechtsmacht en de stedenbouwkundige herstellvordering”, in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE, e.a. (eds.), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, Deel B, 874 en 877.

in de Belgische wetgeving van strafrechtelijke aard is (*supra* nr. 489), zodat de strafrechter daarover met volheid van rechtsmacht zou moeten kunnen oordelen (zie *infra* nr. 539).¹⁸⁰³

Vervolgens herinnert het Hof van Cassatie eraan dat de decreetgever de vordering tot het nemen van de voormelde herstelmaatregelen heeft ingevoerd met het oog op de vrijwaring van een goede ruimtelijke ordening en dat hij het van essentieel belang acht dat de beoordeling wordt overgelaten aan een overheid die oordeelt op grond van het algemeen belang. Daarom kunnen de herstelmaatregelen slechts worden bevolen op vordering van de gemachtigde ambtenaar,¹⁸⁰⁴ de stedenbouwkundige inspecteur¹⁸⁰⁵ of het college van burgemeester en schepenen.¹⁸⁰⁶ Hun optreden steunt op hun wettelijke opdracht om het algemeen stedenbouwkundig belang te behartigen. Aldus beschikt het bestuur over de bevoegdheid om een herstelbeleid te voeren: het bestuur beslist of het al dan niet een herstelmaatregel zal vorderen en indien het beslist een herstelmaatregel te vorderen, beschikt het over de keuze tussen de drie wettelijk bepaalde herstelmaatregelen. Krachtens het beginsel van de scheiding der machten, zoals vervat in de artikelen 36, 37 en 40 van de Grondwet, moet de rechter die appreciatie- en beleidsbevoegdheid van het bestuur eerbiedigen.¹⁸⁰⁷

Het Hof van Cassatie preciseert vervolgens de rol van de rechter in dat verband. Krachtens artikel 159 van de Grondwet moet de rechter nagaan of de beslissing om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen. Hij moet de vordering die steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van een goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is, zonder gevolg laten.¹⁸⁰⁸

Wanneer de wettigheid van de vordering tot herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand wordt aangevochten, gaat de rechter bovendien in het bijzonder na of die vordering niet kennelijk onredelijk is. Hij kan niet zelf de redelijke herstelmaatregel bepalen maar enkel oordelen of het bestuur in redelijkheid is kunnen komen tot de beslissing een bepaalde wijze van herstel te vorderen. Rekening houdend met de appreciatie- en beleidsbevoegdheid van het bestuur kan de rechter die beslissing slechts marginaal toetsen. Aldus wijst hij de herstellvordering slechts af indien zij kennelijk onredelijk is. Het begrip “kennelijke onredelijkheid” is daarbij niet het criterium op basis waarvan de gevorderde herstelmaatregel wordt beoordeeld, zo verduidelijkt het Hof van Cassatie. Het brengt daarentegen de wijze tot uitdrukking waarop de rechter de bestuurlijke beslissing op zijn redelijkheid beoordeelt, namelijk met de terughoudendheid die de discretionaire bevoegdheid van het bestuur vereist.¹⁸⁰⁹

¹⁸⁰³ Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N, *Arr.Cass.* 2008, 2504, nr. 608, concl. M. DE SWAEF, overwegingen 2 en 12. Ook het Grondwettelijk heeft na het arrest Hamer impliciet zijn standpunt bevestigd dat de herstelmaatregel geen straf is naar intern recht, GwH 19 maart 2008, nr. 59/2008, B.7.2.

¹⁸⁰⁴ Onder het stedenbouwdecreet 1996 (artikel 68).

¹⁸⁰⁵ Onder het stedenbouwdecreet 1999.

¹⁸⁰⁶ Onder beide stedenbouwdecreten.

¹⁸⁰⁷ Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N, *Arr.Cass.* 2008, 2504, nr. 608, concl. M. DE SWAEF, overwegingen 5-7.

¹⁸⁰⁸ Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N, *Arr.Cass.* 2008, 2504, nr. 608, concl. M. DE SWAEF, overweging 9.

¹⁸⁰⁹ Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N, *Arr.Cass.* 2008, 2504, nr. 608, concl. M. DE SWAEF, overweging 10.

Ten slotte moet volgens het Hof van Cassatie de rechtspleging die tot het bevelen van het herstel leidt, in haar geheel, dit is het optreden van het vorderende bestuur in combinatie met de beoordeling van dit optreden door de rechter, aan de voorwaarden van artikel 6.1 van het EVRM worden getoetst. De beklagde die het voorwerp uitmaakt van een herstellvordering, kan voor de gemachtigde ambtenaar alle elementen naar voor brengen waarvan hij meent dat zij pertinent kunnen zijn. Uit de wetgeving volgt niet dat ingevolge de toepasselijke rechtspleging, het bestuur niet onafhankelijk of onpartijdig zou oordelen, of nog dat de beklagde niet eerlijk zou worden behandeld. Voor de strafrechter kan de beklagde de gevorderde maatregel betwisten wegens willekeur, onredelijkheid, gebrek aan bewijskrachtige gegevens, het gronden van de beslissing op gegevens die geen verband houden met de zaak of nog het verwaarlozen van pertinente gegevens. Wanneer de rechter, bij de uitoefening van zijn wettigheidstoezicht, oordeelt dat de bestuurlijke overheden niet met de vereiste onpartijdigheid een keuze hebben gemaakt tussen de verschillende, hoger vermelde wijzen van herstel, kan hij de door die overheden ingestelde vordering verwerpen zonder die vordering verder nog op haar interne en externe wettigheid te moeten toetsen.¹⁸¹⁰ Dit alles doet evenwel aan de verplichting tot terughoudendheid van de rechter bij de beoordeling van de appreciatiebevoegdheid van het bestuur niets af.

Volgens het Hof van Cassatie voldoet de voormelde rechtspleging aan de waarborgen van artikel 6.1 van het EVRM en 14.1 van het IVBPR en vereist zij niet dat de strafrechter op alle punten, zowel in feite als in rechte, de beslissing van het bestuur moet kunnen beoordelen en overeenkomstig zijn eigen appreciatie hervormen. In zoverre werd aangevoerd dat de enkele omstandigheid dat de rechter de vordering van het bestuur niet heeft kunnen toetsen met volle rechtsmacht ertoe leidt dat die beslissing hoe dan ook de artikelen 6.1 van het EVRM en 14 van het IVBPR schendt, faalt het middel naar recht.¹⁸¹¹

539. Dit uitzonderlijk omstandig gemotiveerd arrest van het Hof van Cassatie kan op dit punt volledig worden onderschreven.¹⁸¹² Het gebruik van het begrip “volle rechtsmacht” in het arrest moet echter op de juiste wijze worden begrepen. De precisering dat de strafrechter niet “met volheid van rechtsmacht” moet kunnen oordelen over de gevorderde herstelmaatregel, kan slechts betekenen dat hij niet met de gebruikelijke bevoegdheid in strafzaken kan oordelen (*supra* nr. 500) omdat het geen straf betreft naar intern recht, maar betekent niet dat de strafrechter niet “met volle rechtsmacht” in de zin van artikel 6.1 van het EVRM over de gevorderde herstelmaatregel zou oordelen. Tot de wettigheidscontrole behoort zoals gezegd

¹⁸¹⁰ Bv. Cass. 9 januari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 47, nr. 14, concl. J. SPREUTELS. Zie D. LAGASSE, “Le contrôle juridictionnel du choix du mode de réparation effectué par l’autorité en cas d’infraction urbanistique”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 664-667. In dat arrest is het Hof van Cassatie ook van oordeel dat de wettigheidscontrole niet op artikel 159 van de Grondwet is gesteund. Die zienswijze beïnvloedt evenwel niet de aard en omvang van de rechterlijke controle, aldus M. DE SWAEF, concl. voor Cass. 15 juni 2004, *TROS* 2004, 243 (vn. 37).

¹⁸¹¹ Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N, *Arr.Cass.* 2008, 2504, nr. 608, concl. M. DE SWAEF, overwegingen 13-17.

¹⁸¹² Merkwaardig is wel dat het Hof van Cassatie in dit geval een grondwettelijk beginsel (dat van de scheiding der machten) inroept om een regel van internationaal recht (artikel 6 van het EVRM) te omzeilen, terwijl het in andere zaken een verdrag met rechtstreekse werking volop laat primeren op een grondwettelijke bepaling, zie Cass. 9 november 2004, *TBP* 2005, 43, noot F. MEERSCHAUT; Cass. 16 november 2004, *RW* 2005-06, 387, noot P. POPELIER.

(*supra* nr. 536) ook het toezicht op de naleving van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het evenredigheidsbeginsel.¹⁸¹³

Volle rechtsmacht in de zin van artikel 6.1 van het EVRM houdt zoals hoger uiteengezet niet in dat de opportuniteit van de maatregel moet kunnen worden getoetst,¹⁸¹⁴ noch dat de maatregel moet kunnen worden hervormd. Dat laatste is slechts uitzonderlijk het geval, meer bepaald wanneer de maatregel sterk strafrechtelijk is gekleurd. Weliswaar kan de gevorderde herstelmaatregel in bepaalde omstandigheden als een straf in de zin van artikel 6.1 van het EVRM worden gekwalificeerd, maar dat betekent niet dat zij zoals de sociale en fiscale geldboeten zodanig nauw aanleunt bij het klassieke strafrecht dat een hervormingsbevoegdheid zich opdringt.

Opnieuw zijn er in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanwijzingen in die richting te vinden.

In de eerste plaats lijkt de kwalificatie van het herstel van de plaats in de vorige toestand in te gaan tegen eerdere arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in het bijzonder het arrest *Saliba* van 8 november 2005, waarin een *demolition order* niet als een straf werd beschouwd.¹⁸¹⁵

Daarnaast kan uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens worden afgeleid dat een controle met volle rechtsmacht in het gespecialiseerde domein van de ruimtelijke ordening en stedenbouw niet noodzakelijk een volledig nieuw onderzoek van de feiten vereist.¹⁸¹⁶ Zo oordeelde het Europees Hof als volgt in het arrest *Chapman* van 18 januari 2001, met verwijzing naar het eerdere arrest *Bryan* van 25 oktober 1995:

“La Cour rappelle avoir déclaré dans l'arrêt *Bryan* (...) que, dans le domaine spécialisé de la législation sur l'urbanisme, l'article 6 de la Convention n'exige pas nécessairement un réexamen complet des faits. En l'espèce, elle juge que la portée du contrôle auquel procède la High Court, dont la requérante pouvait se prévaloir après une procédure publique menée par un inspecteur, est suffisante aux fins de l'article 6 § 1. En effet, elle permet de contester une décision au motif que celle-ci était arbitraire ou irrationnelle, n'était étayée par aucune preuve ou se fondait sur des éléments étrangers à l'affaire ou encore négligeait des facteurs pertinents. Cette procédure

¹⁸¹³ Zie bv. Cass. 10 februari 2009, P.08.1163.N, *TROS* 2009, 55, noot S. BOULLART.

¹⁸¹⁴ Het opportuniteitsoordeel van de overheid wordt niet miskend, zo blijkt uit een arrest van het Hof van Cassatie van 17 februari 2009 (P.08.1585.N) doordat de rechter die op de gegronde redenen van goede plaatselijke ruimtelijke ordening die hij vermeldt, de voorkeur geeft aan de maatregel van herstel in de oorspronkelijke staat zoals gevorderd door de burgerlijke partij, eerder dan aan de minder ingrijpende maatregel van aanpassingswerken zoals gevorderd door het bevoegde bestuur; de rechter verzoent in dat geval slechts de wil tot het doen verdwijnen van de gevolgen van het stedenbouwmisdrijf met het rechtmatig belang van de burgerlijke partij tot een herstel in natura van een door haar geleden schade.

¹⁸¹⁵ M. DE SWAEF, concl. voor Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N, *Arr.Cass.* 2008, 2504, nr. 608, punt 4; P. VANSANT, “Het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 27 november 2007: de Vlaamse handhaving van de ruimtelijke ordening op de rooster”, noot onder EHRM 27 november 2007, Hamer t. België, *TMR* 2008, 50.

¹⁸¹⁶ T. BOMBOIS, “Ordre de remise en état des lieux, champ pénal et délai raisonnable”, noot onder EHRM 27 november 2007, Hamer t. België, *JLMB* 2008, 749.

peut être considérée comme offrant un contrôle juridictionnel adéquat des décisions administratives en cause.”¹⁸¹⁷

In zijn conclusie voor het cassatiearrest van 4 november 2008 heeft De Swaef vastgesteld dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de arresten *Bryan* en *Chapman* een jurisdictionele controle, uitgevoerd door het Britse *High Court* inzake stedenbouw die gelijkaardig is aan de controle die de rechter bij ons inzake stedenbouw uitoefent op de door het bestuur gevorderde herstelmaatregel, goed bevonden heeft in het licht van de vereisten van artikel 6 van het EVRM.¹⁸¹⁸ Hij wijst erop dat de controle die de *High Court* ter zake uitoefent in het arrest *Bryan* als volgt werd omschreven:

“La Cour relève que l'appel à la High Court, se limitant à des points de droit, ne pouvait porter sur tous les aspects de la décision de l'inspecteur relative à la mise en demeure adressée à M. Bryan. En particulier, comme cela n'est pas rare dans les Etats membres du Conseil de l'Europe s'agissant de recours de droit administratif, les griefs soumis initialement à l'inspecteur n'ont pas été réexaminés en tant que tels; la High Court ne pouvait substituer sa propre décision sur le fond à celle de l'inspecteur, et sa compétence en matière de faits était restreinte (...). Cependant, hormis les motifs classiques d'illégalité en droit anglais (ayant trait par exemple à l'équité, à la régularité de la procédure, à l'indépendance et à l'impartialité), la High Court aurait pu annuler la décision de l'inspecteur si cette dernière s'était fondée sur des éléments étrangers à l'affaire ou avait négligé des facteurs pertinents; si les constatations de fait n'étaient pas étayées par des preuves suffisamment solides; ou si la décision découlait d'une déduction tirée arbitrairement ou irrationnellement des faits au sens où aucun inspecteur procédant de façon correcte ne se serait livré à une telle déduction (...). Cette méthode se retrouve fréquemment dans les systèmes de contrôle juridictionnel des décisions administratives, en vigueur dans l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe. De fait, en l'espèce, l'objet de la décision attaquée était un parfait exemple de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de jugement destiné à régir le comportement des citoyens dans le secteur de l'aménagement urbain et rural. La High Court a donc procédé à un contrôle d'une portée suffisante au regard de l'article 6, § 1 (...).”¹⁸¹⁹

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft die rechtspraak nadien herhaaldelijk bevestigd,¹⁸²⁰ hetgeen De Swaef terecht doet besluiten dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het vereiste van een rechter met volle rechtsmacht in de betekenis van artikel 6.1 van het EVRM precies in stedenbouwzaken niet ten volle doortrekt.¹⁸²¹

¹⁸¹⁷ EHRM 18 januari 2001, *Chapman t. Verenigd Koninkrijk*, § 124.

¹⁸¹⁸ M. DE SWAEF, concl. voor Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N, *Arr.Cass.* 2008, 2504, nr. 608, punt 28.

¹⁸¹⁹ EHRM 25 oktober 1995, *Bryan t. Verenigd Koninkrijk*, §§ 44 en 47.

¹⁸²⁰ EHRM 4 oktober 2001, *Potocka e.a. t. Polen*, §§ 52-59; EHRM (Grote kamer) 28 mei 2002, *Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*, §§ 32-34; EHRM 14 november 2006, *Tsfayo t. Verenigd Koninkrijk*, §§ 42-45. Het laatstvermelde arrest bevat ook de volgende interessante overweging: “46. The Court considers that the decision-making process in the present case was significantly different. In *Bryan*, *Runa Begum* and the other cases cited in paragraph 43 above, the issues to be determined required a measure of professional knowledge or experience and the exercise of administrative discretion pursuant to wider policy aims. (...) No specialist expertise was required to determine this issue, which is, under the new system, determined by a non-specialist tribunal (see paragraph 22 above). Nor, unlike the cases referred to, can the factual findings in the present case be said to be merely incidental to the reaching of broader judgments of policy or expediency which it was for the democratically accountable authority to take.”

Zie ten slotte EHRM 27 oktober 2009, *Crompton t. Verenigd Koninkrijk*, §§ 77-79, waarin het Hof het criterium van “sufficiency of review” lanceert.

¹⁸²¹ M. DE SWAEF, concl. voor Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N, *Arr.Cass.* 2008, 2504, nr. 608, punt 29.

Ten slotte moet daaraan worden toegevoegd dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ook meer algemeen een ruime appreciatiebevoegdheid aan de lidstaten laat in het domein van stedenbouw en ruimtelijke ordening. Dat is niet alleen het geval wanneer het eigendomsrecht in het geding is¹⁸²² maar ook wanneer het Hof uitspraak doet over een of ander aspect van het recht op een eerlijk proces. Bijvoorbeeld in het arrest *Alatulkkila* van 28 juli 2005 herinnert het Hof eraan “that a certain respect must be accorded to decisions taken by administrative authorities in particular in specialised areas of the law, such as planning which involved the exercise of discretion involving a multitude of local factors inherent in the choice and implementation of policies”.¹⁸²³

Het is weliswaar mogelijk dat de rechter bij de beoordeling van een bestuurlijke beslissing over dezelfde beoordelingsbevoegdheid als het bestuur zou beschikken, maar dat is slechts denkbaar voor zover het niet gaat over specifiek bestuurlijke taken,¹⁸²⁴ zoals bijvoorbeeld administratieve sancties.¹⁸²⁵

540. Het arrest *Hamer* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens brengt echter nog een ander spanningsveld aan het licht tussen het beginsel van de scheiding der machten en artikel 6.1 van het EVRM. Meer bepaald doet het arrest de vraag rijzen of een overschrijding van de redelijke termijn de rechter ertoe kan dwingen om desgevallend buiten het klassieke wettigheidstoezicht te treden en een “gepast herstel” voor het daardoor geleden nadeel vast te stellen?

Het arrest *Hamer* biedt op die vraag geen duidelijk antwoord.¹⁸²⁶ Op grond van artikel 21*ter*, eerste lid, van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering kan de rechter die vaststelt dat de duur van de strafvervolgung de redelijke termijn overschrijdt, de veroordeling bij eenvoudige schuldigverklaring uitspreken of een straf uitspreken die lager kan zijn dan de wettelijke minimumstraf. Het tweede lid van dezelfde bepaling preciseert evenwel dat, wanneer de veroordeling bij eenvoudige schuldigverklaring wordt uitgesproken, de verdachte wordt veroordeeld in de kosten en, zo daartoe aanleiding bestaat, tot teruggave.

Zoals reeds is gebleken, wordt de stedenbouwkundige herstelmaatregel in het interne recht niet als een straf beschouwd maar als een vorm van “teruggave” (*supra* nr. 534). Bovendien is artikel 21*ter* slechts van toepassing in geval van strafrechtelijke vervolging en geldt het dus niet voor met name een administratieve geldboete.

¹⁸²² Bv. EHRM, 24 november 2005, Ouzounoglou t. Griekenland, § 29; EHRM 11 december 2008, Theodoraki e.a. t. Griekenland, § 61.

¹⁸²³ EHRM 28 juli 2005, *Alatulkkila* e.a. t. Finland, § 52, met verwijzing naar EHRM 21 september 1993, *Zumtobel* t. Oostenrijk, § 32; EHRM 22 november 1995, *Bryan* t. Verenigd Koninkrijk, § 47; EHRM 25 september 1996, *Buckley* t. Verenigd Koninkrijk, § 75.

¹⁸²⁴ M. DE SWAEF, concl. voor Cass. 15 juni 2004, *TROS* 2004, 251.

¹⁸²⁵ J. PUT, *Administratieve sancties in het sociale zekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 1998, 526-529.

¹⁸²⁶ D. VAN HEUVEN, “Verwarring troef na het arrest Hamer”, noot onder *Corr.* Leuven 4 maart 2008, *TBO* 2008, 127-128; F. VAN VOLSEM, “De redelijke termijn: een Straatsburgse hakbijl voor het herstel van de plaats in de vorige staat?”, noot onder EHRM 27 november 2007, *Hamer* t. België, *RABG* 2008, 422-431.

Daaruit volgt evenwel niet, zo heeft het Grondwettelijk Hof in een arrest van 15 september 2004 geoordeeld, dat de persoon die een administratieve geldboete opgelegd krijgt en die voor de arbeidsrechtbank een beroep instelt, zou kunnen worden berecht en veroordeeld buiten elke redelijke termijn zonder dat die rechtbank rekening zou kunnen houden met het nadeel dat door die overschrijding van de termijn wordt veroorzaakt. Wanneer een persoon, wegens eenzelfde feit, kan worden veroordeeld, hetzij tot een strafrechtelijke boete, hetzij tot een administratieve boete, die beide een overwegend repressief karakter hebben, vindt die persoon in artikel 6.1 van het EVRM – alsmede in een algemeen beginsel van intern recht – het recht om niet buiten een redelijke termijn te worden berecht. In beide gevallen staat het aan de rechter te oordelen of die termijn is overschreden en het meest gepaste herstel voor het geleden nadeel vast te stellen.¹⁸²⁷

Volgens het Hof van Cassatie echter blijft het voor de strafrechter mogelijk, ook wanneer hij vaststelt dat de redelijke termijn is overschreden, het herstel in de oorspronkelijke staat te bevelen teneinde de gevolgen van het stedenbouwmisdrijf te doen ophouden en te voorkomen dat de beklaagde het voordeel uit het door hem gepleegde misdrijf behoudt. Ook artikel 13 van het EVRM, naar luid waarvan eenieder wiens rechten en vrijheden, vermeld in dit verdrag, zijn geschonden, recht heeft op daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie, houdt volgens het Hof van Cassatie niet in dat wanneer de rechter vaststelt dat de in artikel 6.1 van het EVRM bedoelde redelijke termijn is overschreden, het herstel waarop de strafrechtelijk vervolgte beklaagde recht heeft, noodzakelijk bestaat in het verval van de vordering tot herstel in de oorspronkelijke staat.¹⁸²⁸

Afdeling 6 – Besluit

541. In de zoektocht naar de verhouding tussen het rechterlijk wettigheidstoezicht en het vereiste van volle rechtsmacht kwam de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van de hoogste interne rechtscolleges aan bod, hoofdzakelijk op het stuk van de administratieve geldboeten, de tuchtsancties en de stedenbouwkundige herstellvorderingen. Dat levert natuurlijk geen volledig beeld op.

Onder invloed van Europese regelgeving heeft de wetgever bijvoorbeeld aan het Hof van Beroep te Brussel de bevoegdheid toegekend om als beroepsrechter op te treden ten aanzien

¹⁸²⁷ GwH 15 september 2004, nr. 148/2004, B.3-B.4, *JLMB* 2004, 1768, noot J. DEMARCHE, *JT* 2004, 890, noot F. KUTY, *RDP* 2005, 186, noot H.-D. BOSLY: ongeacht het rechtscollege waarbij de zaak aanhangig is gemaakt, dient op dezelfde manier te worden nagegaan welk het aanvangspunt van de termijn is, rekening houdend met het feit dat het kan gaan om een datum die aan de aanhangigmaking bij het vonnisgerecht voorafgaat, bijvoorbeeld de opening van het voorafgaand onderzoek (met verwijzing naar EHRM 27 februari 1980, Deweer t. België, § 42; EHRM 10 december 1982, Corigliano t. Italië, § 34) en met het feit dat, hoewel de beschuldiging wordt gedefinieerd als “de officiële kennisgeving, uitgaande van de bevoegde overheid, van het verwijt dat een strafrechtelijke inbreuk is gepleegd”, zij “in sommige gevallen de vorm [kan] aannemen van andere maatregelen die een dergelijk verwijt inhouden en ook een belangrijke weerslag kunnen hebben op de situatie van de verdachte” (met verwijzing naar dezelfde arresten en EHRM 31 mei 2001, Metzger t. Duitsland, § 31).

¹⁸²⁸ Cass. 6 januari 2009, P.08.0674.N. Zie F. VAN VOLSEM, “Het EHRM-arrest Hamer kan het Hof van Cassatie niet overtuigen”, noot onder Cass. 9 juni 2009, P.09.0023.N, *RABG* 2009, 921-925; P. LEFRANC, “De cassatierechtspraak na het Straatburgse arrest Hamer: oude wijn in nieuwe zakken?”, *TBO* 2010, 33-39.

van bepaalde beslissingen van economische regulatoren.¹⁸²⁹ Het betreft doorgaans een bevoegdheid “met volle rechtsmacht”, die echter niet (noodzakelijk) als een hervormingsbevoegdheid wordt opgevat. Ik vermeld slechts één uitspraak, die illustratief kan worden geacht voor de betrokken rechtspraak. In een arrest van 27 oktober 2006 gaat het Hof van Beroep te Brussel meer bepaald uitgebreid in op de verhouding van zijn controlebevoegdheid tot het beginsel van de scheiding der machten:

“Il est unanimement admis que le principe de la séparation des pouvoirs ne fait obstacle au contrôle de la légalité externe de l’acte administratif: compétence de l’acteur de l’acte, respecte des formes, des droits de la défense, du principe de bonne administration et d’équitable procédure, de la motivation formelle.

Le juge peut également contrôler la légalité interne de l’acte. Tout acte administratif, même celui qui procède de l’exercice d’un pouvoir d’appréciation discrétionnaire, doit être fondé à la fois en droit sur des dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires pertinentes et correctement interprétées et en fait sur des éléments matériellement exacts pertinents et légalement susceptibles d’être pris en considération (...).

Le contrôle de la légalité des décisions de l’administration comprend le contrôle de l’erreur manifeste de l’appréciation, parce qu’un pouvoir discrétionnaire d’appréciation des faits ne peut jamais devenir un pouvoir arbitraire, mais doit s’arrêter aux frontières entre la légalité et l’opportunité. Il s’agit toutefois d’un contrôle marginal (...).

En l’espèce, la cour d’appel dispose incontestablement de tous ces pouvoirs.

Mais le législateur n’a pas entendu limiter à cela les pouvoirs de la cour d’appel de Bruxelles puisque l’article 15/20 de la loi gaz dit expressément qu’elle est saisie du fond du litige et dispose d’une compétence de pleine juridiction.

Les cours et tribunaux n’ont pas le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois (...) mais doivent interpréter la loi dans le sens qui ne viole pas la Constitution (...).

La seule interprétation de l’article 15/20 de la loi gaz compatible avec le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs consiste à dire que la cour d’appel peut connaître de tous les aspects de droit et de fait du litige qui lui est soumis, qu’elle peut tant annuler que réformer la décision et qu’elle peut, le cas échéant, substituer sa décision à celle de la CREG, mais qu’elle ne dispose pas pour autant du pouvoir de contrôler l’opportunité des décisions prises par la CREG en vertu de son pouvoir discrétionnaire. La cour appréciera dans chaque cas, quelles sont les décisions qui relèvent du pouvoir discrétionnaire de la CREG.”¹⁸³⁰

¹⁸²⁹ Zie daarover o.a. S. BOULLART, “De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht”, *CDPK* 2007 (Feesteditie 10 jaar CDPK), 260-270; I. VERHEVEN, “Naar een nieuwe invulling van het begrip ‘volle rechtsmacht’? Het contentieux van de economische regulatoren”, in *Actualia Publiekrecht 1, Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, 28-43; T. HENNEN en N. PETIT, “Les autorités de régulation de concurrence”, *TBH* 2007, 527-546; P. BOUCQUEY en P.-O. DE BROUX, “Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation”, in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Bruxelles, die Keure, 2007, 209-313. Zie ook GwH 18 november 2010, nr. 130/2010. Ook het Hof van Justitie heeft overigens een rechtspraak ontwikkeld inzake administratieve sancties. Zie daarover o.a. P.C. ADRIAANSE, T. BARKHUYSEN en M.L. VAN EMMERIK, “Het EU-recht en bestuurlijke punitieve sancties”, in *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties, Preadviezen*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2006, 18-50. Voor een toepassing, zie Ger. EU 6 mei 2009, Wieland-Werke AG, T-122/04, punten 29-33.

¹⁸³⁰ Brussel 27 oktober 2006, *RABG* 2007, 291, noot T. VANDEN BORRE.

In dit arrest klinkt een echo van hetgeen eerste voorzitter Andersen omstreeks dezelfde tijd schreef:

“Certes, les idées ont évolué et la conception rigide de la séparation des pouvoirs qui conduisit jadis le pouvoir judiciaire à n’exercer qu’un contrôle minimum sur l’action administrative, en particulier sur tout ce qui relevait du pouvoir discrétionnaire, n’a plus cours aujourd’hui, mais il n’empêche qu’il faut éviter la dérive qui conduirait à faire du juge un administrateur; nous persistons à croire que si le pouvoir de réformation est admissible non seulement en matière d’amendes administratives mais aussi chaque fois que la législation applicable fournit au juge des indications suffisamment précises quant à la décision que l’administration aurait dû prendre, autrement dit lorsqu’on se trouve dans le domaine de la compétence liée; par contre, lorsqu’on se meut dans le domaine de la compétence discrétionnaire, mieux vaut ne conférer au juge qu’un pouvoir d’annulation.”¹⁸³¹

542. Die wijze woorden hebben uiteraard een algemene draagwijdte en gelden evenzeer in de hoger onderzochte domeinen (administratieve geldboeten, tuchtsancties en stedenbouwkundige herstellvorderingen). In een recente bijdrage komt Lagasse overigens tot de slotsom dat “le contrôle exercé sur le choix du mode de réparation par l’autorité urbanistique – qui s’assimile à une sanction administrative – n’a rien à envier au contrôle exercé de manière générale par le Conseil d’Etat sur l’ensemble des sanctions administratives”.¹⁸³²

Melchior van zijn kant schreef in 1993 reeds dat “ce qui est exigé par l’article 6, à l’égard des décisions administratives, ce n’est pas de façon générale un recours de pleine juridiction – le terme prête à confusion –, c’est un recours de pleine légalité ou un contrôle complet de la légalité habilitant la juridiction à examiner toutes les questions de fait et de droit relatives à l’acte administratif contesté, accompagné, le cas échéant, d’une possibilité d’injonction à l’administration ou d’un système contraignant de réfection des actes administratifs annulés”.¹⁸³³

543. De meeste aandacht in dit hoofdstuk ging uit naar de administratieve sancties. Hoewel in de rechtsleer reeds herhaaldelijk is gepleit voor een kaderwet met een aantal minimumgaranties

¹⁸³¹ R. ANDERSEN, “La Cour d’appel de Bruxelles, Cour du contentieux économique”, in *Liber Amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 732.

¹⁸³² D. LAGASSE, “Le contrôle juridictionnel du choix du mode de réparation effectué par l’autorité en cas d’infraction urbanistique”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 668. Hij voegt eraan toe: “Mais, à la différence de ce qui se passe dans ce dernier cas, ici ce n’est pas toujours celui qui se voit infliger la sanction administrative qui invite le juge à en contrôler la légalité, mais c’est souvent le tiers préjudicié par l’infraction urbanistique, et ce n’est pas alors la gravité de la sanction qui est mise en cause devant le juge, mais son caractère trop ténu. Cette différence doit-elle nous surprendre? Nullement. En effet, elle trouve sa justification dans le caractère mixte de la mesure de réparation urbanistique, qui n’est pas seulement une sanction administrative infligée au contrevenant mais aussi et surtout une mesure de réparation civile et, de surcroît, une mesure qui s’insère dans une procédure judiciaire à laquelle participent généralement les riverains lésés dans leurs droits subjectifs par l’infraction urbanistique. Dans la balance du juge reposent donc les droits et intérêts non pas de deux parties – le contrevenant et l’autorité urbanistique –, mais trois parties.”

¹⁸³³ M. MELCHIOR, “La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Présence du droit public et des droits de l’homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1993, deel III, 1345.

inzake administratieve geldboeten,¹⁸³⁴ blijft het tot nader order behelpen met de vereisten die uit de rechtspraak kunnen worden afgeleid.¹⁸³⁵ De grote lijnen daarvan kunnen als volgt worden geschematiseerd:

1. Het komt de democratisch verkozen wetgever toe het strafrechtelijk beleid te bepalen en desgevallend de beoordelingsvrijheid van de rechter uit te sluiten.¹⁸³⁶ Dat betreft zowel de omvang van de straf als de modaliteiten tot individualisering van de straf. Toch is die beoordelingsvrijheid van de wetgever niet onbeperkt.

1.1. Een eerste beperking vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel. Wanneer het strafrechtelijk beleid van de wetgever dermate onsamenhangend is dat het leidt tot een kennelijk onredelijk verschil in behandeling tussen vergelijkbare misdrijven, dan kan het Grondwettelijk Hof tot een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet besluiten.¹⁸³⁷

1.2. Een tweede beperking vloeit voort uit het evenredigheidsbeginsel en artikel 6.1 van het EVRM. Wanneer een strafbepaling kennelijk onredelijke gevolgen kan hebben (bijvoorbeeld door niet te voorzien in een minimum- en een maximumstraf), doet zij afbreuk aan het recht op een eerlijk proces van een categorie van beklaagden en kan het Grondwettelijk Hof besluiten tot een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6.1 van het EVRM.¹⁸³⁸

De punten 1.1 en 1.2 worden op de volgende wijze samengevat in een arrest van het Grondwettelijk Hof van 11 maart 2009:

“De vaststelling van de ernst van een tekortkoming en de zwaarwichtigheid waarmee die tekortkoming kan worden bestraft, behoren ook tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever. Hij mag bijzonder zware straffen opleggen in aangelegenheden waar de aard van de

¹⁸³⁴ Zie o.a. A. ALEN, “Administratieve geldboeten: hun internationaal- en internrechtelijke kwalificatie”, in *Liber Amicorum G. Baeteman*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 418-421; J. PUT, “Naar een kaderwet administratieve sancties”, *RW* 2005-06, 321-322; S. VAN DROOGHENBROECK, “Réplique. Entre bénévolance et incertitudes: y a-t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives?”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 293; K. ANTHONISSEN, B. COOPMAN en E. FRANCIS, “Naar een proportionele beteugeling van financiële en fiscale fraude: denkpistes voor een ‘betere inning””, *AFT* 2004, 12.

¹⁸³⁵ Wat de administratieve geldboeten in sociale zaken betreft, is er inmiddels wel het Sociaal Strafwetboek, *supra* vn. 1640 en 1664.

¹⁸³⁶ GwH 7 juni 2007, nr. 81/2007, B.5.1; GwH 6 november 2008, nr. 157/2008, B.3.4; GwH 26 juni 2008, nr. 93/2008, B.15.3 (m.b.t. administratieve sancties).

¹⁸³⁷ Zie, m.b.t. een kennelijk onredelijk verschil in strafmaat voor vergelijkbare misdrijven, GwH 25 januari 2001, nr. 5/2001, B.6.4.2. Zie ook GwH 10 mei 2006, nr. 71/2006, B.11; GwH 14 juni 2006, nr. 98/2006, B.11; GwH 28 maart 2007, nr. 55/2007, B.3; GwH 18 april 2007, nr. 64/2007, B.3; GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.42.3 en B.90.3.

¹⁸³⁸ GwH 7 juni 2007, nr. 81/2007, B.4.3; GwH 6 november 2008, nr. 157/2008, B.3.5. Zie bv. ook EHRM 5 oktober 2006, Müller t. Oostenrijk, § 28: “The Court recalls that matters of appropriate sentencing largely fall outside the scope of Convention, as it is not the Court’s role to decide what is the appropriate sentence applicable to a particular offence (...). The sentence imposed on the applicant neither appears arbitrary nor disproportionate and, therefore, does not raise any issue under the Convention.” Over de evenredigheid van de straf, zie *supra* nrs. 91-93.

inbreuken de grondrechten van de burgers en de belangen van de gemeenschap ernstig kunnen aantasten.

Het staat derhalve aan de wetgever om de perken en de bedragen vast te stellen waarbinnen de beoordelingsbevoegdheid van de administratie, en bijgevolg die van de rechtbank, moet worden uitgeoefend. Het Hof zou een dergelijk systeem alleen kunnen afkeuren indien het kennelijk onredelijk is (arrest nr. 93/2008 van 26 juni 2008, B.15.3), met name doordat het op onevenredige wijze afbreuk zou doen aan het algemene beginsel volgens hetwelk inzake sancties niets wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de administratie valt, ontsnapt aan de toetsing van de rechter (arrest nr. 138/2006 van 14 september 2006, B.7.2), of aan het recht op het ongestoorde genot van de eigendom, wanneer de wet in een vast bedrag voorziet en dus niet de mogelijkheid biedt van een spreiding tussen die straf als maximumstraf en een minimumstraf (arrest nr. 81/2007 van 7 juni 2007, B.9.4).

Buiten die gevallen zou het Hof zich op het aan de wetgever voorbehouden domein begeven, indien het bij de vraag naar de verantwoording voor verschillen in de talrijke wetteksten houdende strafrechtelijke of administratieve sancties, zijn onderzoek, wat de strafmaat en de maatregelen tot verzachting ervan betreft, niet zou beperken tot de gevallen waar de keuze van de wetgever dermate onsamenhangend is dat ze leidt tot een kennelijk onredelijk verschil in behandeling.¹⁸³⁹

In het voorliggende geval ging het om een minimumboete van 12 500 euro. Het Hof stelt vast dat in dezelfde wet de strafrechtelijke inbreuken, die zwaarder worden geacht dan de inbreuken die met een administratieve geldboete worden bestraft, kunnen worden verminderd tot ruimschoots lagere bedragen dan die van de administratieve geldboeten en het besluit dat een dergelijke situatie als dermate onsamenhangend moet worden beschouwd dat ze leidt tot een kennelijk onredelijk verschil in behandeling.¹⁸⁴⁰

2. Ook de keuze voor strafsancties *sensu stricto* of voor administratieve sancties behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever. De keuze voor de ene of de andere categorie van sancties is op zich niet discriminerend noch strijdig met artikel 6.1 van het EVRM. Toch gelden ook hier soortgelijke beperkingen. In hetzelfde arrest van het Grondwettelijk Hof luidt het als volgt:

“Wanneer de wetgever oordeelt dat sommige inbreuken op wettelijke bepalingen moeten worden bestraft, behoort het tot zijn beoordelingsbevoegdheid te beslissen of het opportuun is om voor strafsancties *sensu stricto* of voor administratieve sancties te opteren. De keuze van de ene of de andere categorie van sancties kan op zich niet worden geacht discriminerend te zijn.

Van discriminatie zou slechts sprake zijn indien het verschil in behandeling dat uit die keuze voortvloeit, een onevenredige beperking van de rechten van de daarbij betrokken personen met zich zou meebrengen.¹⁸⁴¹

2.1. Een eerste beperking vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel. Wanneer het gaat om een sterk strafrechtelijk gekleurde administratieve sanctie, dan wordt het ontbreken van bepaalde modaliteiten tot individualisering van de straf als een discriminatie beschouwd. Dat is het geval voor de mogelijkheid om verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen en voor de

¹⁸³⁹ GwH 11 maart 2009, nr. 42/2009, B.6, RDP 2009, 1177, noot F. PIRET en D. RENDERS.

¹⁸⁴⁰ GwH 11 maart 2009, nr. 42/2009, B.20.

¹⁸⁴¹ GwH 11 maart 2009, nr. 42/2009, B.5.

mogelijkheid om uitstel van tenuitvoerlegging van de straf te verlenen. Dat is echter niet het geval voor de opschorting van de straf en de regel van de opslorping van straffen.

Het maken van een onderscheid tussen sancties naargelang zij minder of meer strafrechtelijk gekleurd zijn, is zeker vatbaar voor kritiek omdat het onderscheid moeilijk objectiveerbaar en dus voorzienbaar is.¹⁸⁴² Het vindt echter wel een zekere steun in het arrest *Jussila* van 23 november 2006, waarin de grote kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de lijnen van een nieuwe theorie heeft uiteengezet, met een dubbele standaard inzake strafrechtelijke waarborgen:¹⁸⁴³

“S’il faut garder à l’esprit que les procédures pénales, qui ont pour objet la détermination de la responsabilité pénale et l’imposition de mesures à caractère répressif et dissuasif, revêtent une certaine gravité, il va de soi que certaines d’entre elles ne comportent aucun caractère infamant pour ceux qu’elles visent et que les « accusations en matière pénale » n’ont pas toutes le même poids. De surcroît, en adoptant une interprétation autonome de la notion d’ « accusation en matière pénale » par application des critères Engel,¹⁸⁴⁴ les organes de la Convention ont jeté les bases d’une extension progressive de l’application du volet pénal de l’article 6 à des domaines qui ne relèvent pas formellement des catégories traditionnelles du droit pénal, telles que les contraventions administratives (...), les punitions pour manquement à la discipline pénitentiaire (...), les infractions douanières (...), les sanctions pécuniaires infligées pour violation du droit de la concurrence (...) et les amendes infligées par des juridictions financières (...). Les majorations d’impôt ne faisant pas partie du noyau dur du droit pénal, les garanties offertes par le volet pénal de l’article 6 ne doivent pas nécessairement s’appliquer dans toute leur rigueur (...).”¹⁸⁴⁵

De beperkte objectiveerbaarheid van het onderscheid tussen straffen die wel of niet sterk strafrechtelijk zijn gekleurd, wordt voor een groot stuk opgevangen door het criterium van

¹⁸⁴² Zie bv. M. FETERIS, “Kroniek belastingen en mensenrechten”, *NJCM-Bulletin* 2007, 1131-1132. Zie ook de gedeeltelijk *dissenting opinion* van rechter Loucaides (waarbij rechters Spielmann en Zupancic zich aansluiten) bij het hierna aangehaalde arrest *Jussila* van de grote kamer van het EHRM. Daarbij dient opgemerkt dat ook het onderscheid tussen strafrechtelijke en niet-strafrechtelijke sancties niet uitblinkt in duidelijkheid, zie o.a. F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, “La nature et les contours de la peine. Regards croisés sur la jurisprudence interne et internationale”, in *Une criminologie de la tradition à l’innovation. En hommage à Georges Kellens*, Brussel, Larcier, 2006, 460: “Comme on a pu le constater, La Cour semble avoir consacré, dans chacune de ses espèces, des critères de nature partiellement différente (...), dont la combinaison et la pondération variables permettent seulement de parler d’un certain degré d’appartenance d’une mesure à la catégorie des peines, voire d’une prédominance des aspects qui présentent une coloration pénale, sans pouvoir trancher cette question selon une stricte logique binaire d’appartenance ou de non-appartenance.”

¹⁸⁴³ Zie S. VAN DROOGHENBROECK, “Réplique. Entre bénévolence et incertitudes: y a-t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives?”, in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 292, die opmerkt dat het arrest “a jeté un nouveau pavé sur la table de discussion. En substance, cet arrêt a posé les jalons d’une théorie inédite relative à la ‘dualité’ des standards pénaux portés par la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales”.

¹⁸⁴⁴ *Supra* nr. 489.

¹⁸⁴⁵ EHRM (Grote kamer) 23 november 2006, *Jussila t. Finland*, § 43. Feteris drukt de hoop uit dat het EHRM na dit arrest niet gaat tornen aan basisbeginselen zoals hoor en wederhoor, berechting door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, het vermoeden van onschuld en de legaliteit van strafbepalingen: “Dergelijke beginselen lenen zich niet tot verdunning”, M. FETERIS, “Kroniek belastingen en mensenrechten”, *NJCM-Bulletin* 2007, 1132. Zie inmiddels EHRM 12 mei 2010, *Kammerer t. Oostenrijk*, § 27: “The approach adopted in the *Jussila v. Finland* case, namely to apply the criminal head guarantees of Article 6 in a differentiated manner depending on the nature of the issue and the degree of stigma certain criminal cases carried, is, in the Court’s view, not limited to the issue of the lack of an oral hearing but may be extended to other procedural issues covered by Article 6, such as, in the present case, the presence of a accused at a hearing”.

onderscheid dat het Grondwettelijk Hof hanteert. Uit de rechtspraak van dat Hof blijkt dat er sprake is van een “sterk strafrechtelijk gekleurde administratieve sanctie” wanneer eenzelfde tekortkoming zowel strafrechtelijk als administratiefrechtelijk kan worden vervolgd. Nogmaals het arrest van 11 maart 2009:

“Wanneer de dader van eenzelfde feit op een alternatieve wijze kan worden gestraft, dat wil zeggen wanneer hij, voor dezelfde feiten, ofwel naar de correctionele rechtbank kan worden verwezen ofwel een administratieve geldboete kan worden opgelegd waartegen hem een beroep wordt geboden voor een andere rechtbank dan een strafrechtbank, heeft het Hof geoordeeld dat er in beginsel een parallellisme moet bestaan tussen de maatregelen van individualisering van de straf: wanneer voor dezelfde feiten de correctionele rechtbank een boete kan opleggen die minder bedraagt dan het wettelijk minimum indien verzachtende omstandigheden aanwezig zijn (artikel 85 van het Strafwetboek) of wanneer uitstel kan worden toegekend (wet van 29 juni 1964), moet de arbeidsrechtbank, waarbij het beroep tegen de beslissing om een administratieve sanctie op te leggen aanhangig is gemaakt, in beginsel over dezelfde mogelijkheden van individualisering van de straf beschikken (arresten nrs. 40/97, 45/97, 128/99, 86/2007).”¹⁸⁴⁶

Dezelfde redenering kan niet worden toegepast, zo geeft het Grondwettelijk Hof aan, wanneer de administratieve geldboete en de strafrechtelijke geldboete niet dezelfde feiten bestraffen.¹⁸⁴⁷

Toch is het op basis van de huidige rechtspraak niet helemaal uitgesloten dat een administratieve sanctie ook buiten die hypothese kan worden beschouwd als zodanig sterk aanleunend bij het klassieke strafrecht dat de voormelde individualiseringsmodaliteiten noodzakelijk worden geacht. Omgekeerd is ook gebleken dat een administratieve boete voor een tekortkoming die ook strafrechtelijk kan worden vervolgd, niet noodzakelijk met de voormelde individualiseringsmodaliteiten gepaard dient te gaan (arresten nrs. 127/2000 en 125/2003). Wat meer bepaald het arrest nr. 127/2000 betreft, heeft het Grondwettelijk Hof in zijn arrest van 11 maart 2009 erop gewezen dat “aangezien de decreetgever beslist het bedrag van de administratieve geldboete vast te stellen op het minimale tarief van de strafrechtelijke geldboete, hij vermocht geen verzachtende omstandigheden toe te laten opdat de geldboete haar ontradend karakter zou behouden” maar dat die redenering “niet [kan] worden toegepast op de in het geding zijnde wet waarbij er een aanzienlijk verschil bestaat tussen het minimum van de strafrechtelijke geldboete en de minimumbedragen van de administratieve geldboeten”.¹⁸⁴⁸

In de gevallen waarin geen “sterk strafrechtelijk gekleurde” administratieve sanctie voorligt, kan de wetgever dus, zonder het gelijkheidsbeginsel te miskennen, de voormelde individualiseringsmodaliteiten uitsluiten.

2.2. Een tweede beperking vloeit voort uit het recht op een daadwerkelijk juridictioneel toezicht (algemeen rechtsbeginsel) of het recht op toetsing door een rechter met volle rechtsmacht (artikel 6.1 van het EVRM). Dat recht houdt minstens in dat hetgeen tot de

¹⁸⁴⁶ GwH 11 maart 2009, nr. 42/2009, B.7. Zie ook GwH 16 december 2010, nr. 148/2010, B.4.2.

¹⁸⁴⁷ GwH 11 maart 2009, nr. 42/2009, B.10 en B.11.

¹⁸⁴⁸ GwH 11 maart 2009, nr. 42/2009, B.12.

beoordelingsbevoegdheid van het bestuur behoort, ook onder de controle van de rechtbank valt. Voorts kan hetzelfde onderscheid worden gehanteerd.

Wanneer het gaat om sterk strafrechtelijk gekleurde administratieve sancties, dan kan het recht op een daadwerkelijk jurisdictioneel toezicht tevens een hervormingsbevoegdheid inhouden. Dat is doorgaans het geval voor de fiscale en sociale administratieve sancties. Het is echter niet uitgesloten dat ook in andere domeinen administratieve sancties worden aangetroffen die zodanig sterk aanleunen bij het klassieke strafrecht dat de voormelde hervormingsbevoegdheid zich opdringt.

In de overige gevallen – ook de tuchtsancties en de stedenbouwkundige herstellvorderingen kunnen in beginsel tot deze categorie worden gerekend – kan de wetgever volstaan, zonder het recht op een daadwerkelijk jurisdictioneel toezicht te schenden, met het toezicht door een annulatierechter.

544. Inzake tuchtsancties is het beeld heel wat eenvoudiger. Het klassieke wettigheidstoezicht (met inbegrip van het toezicht op de naleving van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het evenredigheidsbeginsel) en de vernietigingsbevoegdheid volstaan. Al is het niet helemaal uit te sluiten dat in uitzonderlijke gevallen de opgelegde tuchtsanctie een “sterk strafrechtelijk gekleurd karakter” heeft, in welk geval het schema inzake administratieve sancties van toepassing zou kunnen zijn. In dat verband kan eraan worden herinnerd dat de reeds vermelde zaak *Engel* (*supra* nr. 489) voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een (militaire) tuchtsanctie betrof. Het probleem van de volle rechtsmacht was in die zaak echter niet aan de orde.

545. Zoals uit het schema voor de administratieve geldboeten is gebleken, heeft het Grondwettelijk Hof wat de rechtsbescherming van de “gestrafte” betreft een voorsprong genomen op het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, enerzijds, door in bepaalde gevallen een moduleringsbevoegdheid op te leggen (terwijl het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich vlugger met een annulatiebevoegdheid tevreden lijkt te stellen) en, anderzijds, door in bepaalde gevallen een “uitgebreid” wettigheidstoezicht op te leggen door sommige individualiseringsmodaliteiten toe te staan (terwijl het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nergens vereist dat de rechter onder het wettelijk minimum moet kunnen gaan).

Een soortgelijke voortrekkersrol van het Grondwettelijk Hof ligt wat de stedenbouwkundige herstellvorderingen betreft niet direct in het verschiep. Het Grondwettelijk Hof noch het Hof van Cassatie lijken op dat vlak bereid om aan de vordering tot afbraak het karakter van een straf in de zin van het interne recht toe te kennen en houden sterk vast aan het klassieke wettigheidstoezicht, met inbegrip dus van een beoordeling van de evenredigheid van de gekozen maatregel, maar zonder een beoordeling van de opportuniteit daarvan en eveneens zonder een hervormingsbevoegdheid.

546. Blijft nog vraag of de rechter in het voormelde schema gedwongen wordt de grenzen van zijn klassieke wettigheidstoezicht te overschrijden?

Wat de tweede beperking betreft (zie *supra* nr. 543, punt 2.2), die voortvloeit uit artikel 6.1 van het EVRM, lijkt dat alvast niet het geval te zijn. Het begrip volle rechtsmacht dat uit die bepaling wordt afgeleid, houdt in de regel geen hervormingsbevoegdheid in en zelfs wanneer dat toch het geval is (het Grondwettelijk Hof lijkt daartoe vlugger te besluiten dan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens), moet worden vastgesteld dat een hervormingsbevoegdheid op zichzelf beschouwd niet op gespannen voet staat met het klassieke wettigheidstoezicht.

Niet de hervormingsbevoegdheid maar de mogelijkheid om alle feiten en alle juridische kwesties te beoordelen maakt immers de essentie uit van het begrip volle rechtsmacht in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Bovendien moet de rechter ook de evenredigheid van de maatregel kunnen beoordelen. Een rechterlijke instantie met volle rechtsmacht moet in staat zijn om de proportionaliteit tussen de sanctie en de fout te beoordelen, althans in zoverre het bestuur zelf de evenredigheid van de maatregel kon beoordelen. De rechter moet met andere woorden de maatregel kunnen afkeuren (en eventueel aftoppen indien hij over een hervormingsbevoegdheid beschikt) in zoverre die onevenredig is en binnen de grenzen die voor het bestuur zelf gelden (anders is het de wet die moet worden bestreden, in zoverre zij onevenredige sancties zou opleggen, *supra* nr. 543, punt 1.2).¹⁸⁴⁹ Daarmee begeeft de rechter zich niet op het terrein van de opportuniteit. Het evenredigheidsbeginsel maakt immers deel uit van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die de administratie dient te eerbiedigen wanneer hij een maatregel oplegt en maakt dus ook deel uit van de “wetten” waaraan de rechter die maatregel mag en moet toetsen (*supra* nr. 334).

Wat de eerste beperking betreft (*supra* nr. 543, punt 2.1), die voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel, ligt een soortgelijke conclusie minder voor de hand. Wanneer de rechter verzachtende omstandigheden in aanmerking mag nemen, dient hij rekening te houden met omstandigheden die eigen zijn aan de inbreuk maar ook aan de persoon die de inbreuk heeft gepleegd. Het laat hem ook toe onder het wettelijk minimum te gaan (al is een wettelijke drempel wel toegestaan). Zelfs indien de verzachtende omstandigheden in de wet nader zijn gespecificeerd, kan moeilijk worden volgehouden dat de rechter zich niet op het vlak van de opportuniteit begeeft. De verantwoording voor die (beperkte) uitbreiding van het rechterlijk wettigheidstoezicht tot buiten zijn klassieke grenzen, kan worden gevonden in het sterk strafrechtelijk gekleurd karakter van de administratieve sancties waarvoor het in aanmerking

¹⁸⁴⁹ Zie F. KRENC, “La protection contre la répression administrative au regard de la Convention européenne des droits de l’homme”, in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Bruxelles, die Keure, 2007, 147: “Ce principe de proportionnalité s’impose tant au législateur lorsqu’il prévoit la sanction qu’à l’autorité administrative lorsqu’elle la prononce. Ainsi, le législateur ne peut prévoir, dans le texte de la loi, des sanctions disproportionnées au regard du fait réprimé. Quant à l’administration, elle ne peut, lorsqu’elle dispose d’une liberté dans le choix de la sanction, infliger une sanction hors de proportion avec l’infraction commise.”

nemen van verzachtende omstandigheden zich opdringt. De bevoegdheid van de gewone rechter schuift in dat geval gewoon een stuk op in de richting van die van de strafrechter.

547. Slotvraag: is die uitbreiding van het rechterlijk wettigheidstoezicht nog te verzoenen met het beginsel van de scheiding der machten?

In een arrest van 2 februari 1998 heeft het Hof van Cassatie de grenzen van het rechterlijk wettigheidstoezicht afgebakend. Het verwierp meer bepaald de voorziening in cassatie, gebaseerd op met name de schending van het algemeen rechtsbeginsel inzake de scheiding der machten, tegen een arrest dat de door de directeur van het werkloosheidsbureau opgelegde sanctie verminderde tot het minimum:

“Overwegende dat de arbeidsrechtbank een toetsing met volle rechtsmacht uitoefent op de beslissing van de directeur; dat, mits eerbiediging van het recht van verdediging en binnen het kader van het geding, zoals dit door de partijen is bepaald, alles wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de directeur valt, onder de controle van de arbeidsrechtbank valt, behoudens wanneer een bijzondere bepaling uitdrukkelijk aan de directeur een discretionaire bevoegdheid toekent omtrent een te nemen beslissing, in welk geval de rechter de directeur zijn beoordelingsvrijheid niet mag ontnemen en niet in zijn plaats mag treden.”¹⁸⁵⁰

Op het eerste gezicht is een verdere uitbreiding van het rechtelijk wettigheidstoezicht, dat de rechter toelaat om onder het wettelijk minimum van de administratieve sanctie te gaan, niet te verzoenen met het beginsel van de scheiding der machten en terecht merkt Verheven op dat dit beginsel zich tegen de substitutiebevoegdheid vanwege de rechter verzet indien en in de mate de overheid over een discretionaire bevoegdheid beschikt. De rechter zou dan immers op de stoel van de overheid gaan zitten (*supra* nr. 419) en zelf beleidsbeslissingen nemen, hetgeen buiten zijn rechtsmacht valt. Het hervormen van een beslissing van de overheid zou in dat geval een ongeoorloofde inmenging uitmaken ten aanzien van de uitvoerende macht.¹⁸⁵¹

Nader beschouwd echter is de vermelde “(beperkte) uitbreiding van het rechterlijk wettigheidstoezicht tot buiten zijn klassieke grenzen” precies een toepassing van het beginsel van de scheiding der machten. De scheiding der machten is immers in de eerste plaats een middel om de openbare macht te verdelen, zodanig dat diegenen bij wie de onderscheiden machten berusten elkaar in de grenzen van hun respectieve functies kunnen tegenhouden.¹⁸⁵² Wanneer de wetgevende macht een natuurlijke bevoegdheid van de rechterlijke macht – het gaat immers om sterk strafrechtelijk gekleurde sancties – doorschuift naar de uitvoerende macht, dan is een verschuiving in de omvang van het rechterlijk wettigheidstoezicht op de

¹⁸⁵⁰ Cass. 2 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 144, nr. 57. Zie daarover o.a. J. PUT en A. UYTENHOVE, “Scheiding der machten en de macht van de rechter ten aanzien van sanctiebeslissingen van de R.V.A.”, *Soc.Kron.* 1998, 157-169.

¹⁸⁵¹ I. VERHEVEN, “Naar een nieuwe invulling van het begrip ‘volle rechtsmacht’? Het contentieux van de economische regulatoren”, in *Actualia Publiekrecht 1, Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, 47. Zie ook S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2002, 378.

¹⁸⁵² W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, conclusie bij Cass. 3 mei 1974, *RW* 1974-1975, 90. Zie ook V. RIGODANZO, “Les amendes administratives, droit pénal ou droit administratif? Entorse à la séparation des pouvoirs?”, in *Les amendes administratives*, Brugge, Editions Vanden Broele, 2006, 85, met verwijzing naar MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, boek XI, hoofdstuk IV.

uitoefening van die “strafrechtelijke” bevoegdheid van de uitvoerende macht uiteindelijk niets meer dan een instrument om het verstoorde evenwicht tussen de machten te herstellen. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake verzachtende omstandigheden, waardoor het klassieke wettigheidstoezicht wordt uitgebreid, is in die optiek een middel voor de rechterlijke macht om de uitoefening van een door de wetgevende macht aan de uitvoerende macht toegekende bevoegdheid af te remmen en aldus “tegen te houden”.

HOOFDSTUK X – De verhouding tussen artikel 159 van de Grondwet, de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State en de overheidsaansprakelijkheid

Afdeling 1 – Overlappend wettigheidstoezicht

§ 1. Oprichting van Raad van State leidt tot overlappend wettigheidstoezicht

548. De Raad van State werd in 1946 opgericht om de lacune op te vullen die de gewone hoven en rechtbanken hadden laten ontstaan in de rechtsbescherming ten aanzien van de administratieve overheid, met name door zich tot een passieve censuur van onwettig overheidsoptreden te beperken (*supra* nrs. 410-412).¹⁸⁵³

Ook het beperkte gevolg van de toepassing van artikel 159 van de Grondwet (*supra* nr. 382) lag mee aan de basis van de oprichting van de Raad van State. De vernietiging en bijgevolg de verwijdering van de onwettige bestuurshandeling uit het rechtsverkeer zou de rechtszekerheid beter dienen dan het louter buiten toepassing laten in elk concreet geschil. In dat laatste geval blijft de overheidsakte immers bestaan en kan zij nog door een andere rechter en zelfs door dezelfde rechter in een andere zaak worden toegepast.¹⁸⁵⁴

549. De afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft uiteenlopende jurisdictionele taken, die zowel tot het subjectieve contentieux als tot het objectieve contentieux behoren. Het subjectieve contentieux omvat, enerzijds, geschillen over (subjectieve) politieke rechten in de rechtsbetrekkingen tussen burger en bestuur waarover de Raad van State ten gronde uitspraak doet (bv. over sommige geschillen inzake de gemeentekieswet) en, anderzijds, de administratieve cassatieberoepen waarbij de Raad van State uitspraak doet over beslissingen van administratieve rechtscolleges, maar niet over de grond van de zaak oordeelt. Het objectieve contentieux omvat de vorderingen tot schorsing en de beroepen tot nietigverklaring van “akten en reglementen van de onderscheidene administratieve overheden”.¹⁸⁵⁵

550. De oprichting van de Raad van State heeft volgens het Hof van Cassatie niets gewijzigd aan de bevoegdheid van de gewone hoven en rechtbanken (*infra* nr. 556). Sedert 1946 vormt de exceptie van onwettigheid vervat in artikel 159 van de Grondwet derhalve samen met de

¹⁸⁵³ B. LOMBAERT, F. TULKENS en A. VAN DER HAEGEN, “Cohérence et incohérences de la théorie de l’objet véritable et direct du recours”, in H. DUMONT, P. JADOUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Brussel, la Charte, 2007, 25.

¹⁸⁵⁴ A. ALEN, “Scheiding” of “samenwerking” der machten?, Brussel, Academiae Analecta, 1990, 45. Zie ook M. PAQUES en L. DONNAY, “Jurisdiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge”, *CDPK* 2007, 80.

¹⁸⁵⁵ Zie de artikelen 14 en 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Al beschikt de Raad van State niet (langer) over een monopolie op het stuk van de vernietigingsbevoegdheid van individuele bestuurshandelingen, maar wordt die bevoegdheid gedeeld met andere administratieve rechtscolleges waaronder de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en de Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbeslissingen (*supra* nr. 206).

vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State de “tandem van het rechterlijk wettigheidstoezicht” in onze rechtsorde (*supra* nr. 18).

De twee vormen van rechterlijk wettigheidstoezicht, die in beginsel dezelfde draagwijdte hebben (*supra* nr. 360)¹⁸⁵⁶ bieden een dubbele bescherming tegen onwettig overheidsoptreden. De rechtzoekende heeft dus in vele gevallen¹⁸⁵⁷ de keuze tussen het indienen van een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State, het aanvoeren van de exceptie van onwettigheid voor de gewone hoven en rechtbanken of het cumuleren van beide procedures (zie ook *infra* nrs. 601-607).¹⁸⁵⁸

551. Het tweevoudig rechterlijk wettigheidstoezicht heeft echter ook een keerzijde: het vormt immers een potentiële bron van conflicten. In het bijzonder rijst de vraag welke gevolgen het overlappend rechterlijk wettigheidstoezicht heeft voor de toepassing van artikel 159 van de Grondwet. Het antwoord op die vraag wordt hieronder gezocht, meer bepaald door na te gaan wat de invloed is van het wettigheidstoezicht door de Raad van State op de toepassing van artikel 159 van de Grondwet.

De omgekeerde hypothese, namelijk de invloed van de toepassing van artikel 159 van de Grondwet op het wettigheidstoezicht door de Raad van State, blijft buiten beschouwing.¹⁸⁵⁹ Daar is in de eerste plaats een praktische reden voor. In de meeste gevallen komen de partijen overeen, om onnodige tijd en kosten te besparen, de uitspraak van de Raad van State af te wachten alvorens een procedure voor de burgerlijke rechter in te leiden. Een aantal rechters zou ook weigeren uitspraak te doen zolang de Raad van State zich niet heeft uitgesproken, ook al is er geen enkele bepaling die dergelijke opschorting voorziet of toestaat.¹⁸⁶⁰ Doorgaans zal de Raad van State dus eerst uitspraak doen en is er geen vonnis of arrest waarin de gewone

¹⁸⁵⁶ Zie P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe belastingen*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 38, die opmerkt “dat de gewone zowel als de administratieve rechters àlle inbreuken op het rechtmatigheidsbeginsel moeten sanctioneren: onbevoegdheid, vormgebreken, misbruik van bevoegdheid en alle vormen van ‘schending van de wet’. Er bestaat immers geen enkele reden waarom de rechtsstaat of het legaliteitsbeginsel een andere inhoud dienen te krijgen naargelang over de handhaving ervan wordt gewaakt door een justitiële of een administratieve rechter.”

¹⁸⁵⁷ Niet altijd echter, want in een aantal gevallen is de Raad van State niet bevoegd omdat de wetgever de geschillen inzake bepaalde bestuurshandelingen aan een andere rechter heeft toegewezen, bijvoorbeeld geschillen inzake beslissingen van sociale zekerheidsinstellingen aan de arbeidsrechtbank (zie de artikelen 580, 581 en 582 van het Gerechtelijk Wetboek). Volgens Brewaeyts gaat het in dat geval grotendeels om annulatiebevoegdheden: de arbeidsrechtbank gaat na of de beslissing al dan niet wettig is en zal ze in voorkomend geval teniet doen. Daardoor is het beroep “enigszins te vergelijken met een annulatieberoep tegen een overheidsbeslissing voor de Raad van State”, E. BREWAEYS, “Toepassing van artikel 159 van de Grondwet in het socialezekerheidsrecht”, in *Liber amicorum M. Stroobant*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 64-65. In de meeste gevallen betreft het evenwel de gewone werking van artikel 159 van de Grondwet.

¹⁸⁵⁸ B. LOMBAERT, F. TULKENS en A. VAN DER HAEGEN, “Cohérence et incohérences de la théorie de l’objet véritable et direct du recours”, in H. DUMONT, P. JADOUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Brussel, la Charte, 2007, 39.

¹⁸⁵⁹ Zie daarvoor D. D’HOOGHE en L. SCHELLEKENS, “De interferentie tussen kortgedingprocedures voor de Raad van State en gerechtelijke procedures voor andere rechtsmachts”, in G. DEBERSAQUES e.a. (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 235-239.

¹⁸⁶⁰ B. CAMBIER en L. CAMBIER, “Compétences concurrentes ou complémentaires des juridictions au contentieux administratif”, in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Brussel, Larcier, 2004, 54.

rechter zich reeds heeft uitgesproken over de wettigheid van dezelfde bestuurshandeling die met een beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State wordt bestreden.

Doorgaans betekent uiteraard niet altijd. Met name de kort gedingrechter zal in de regel niet (kunnen) wachten op een uitspraak van de Raad van State, maar hij heeft wel het voordeel dat hij zich tot een *prima facie* onderzoek kan beperken en dat zijn oordeel maar voorlopig is en de bodemrechter niet bindt (*supra* nr. 201).¹⁸⁶¹ Ook de strafrechter zal weinig geneigd zijn om zijn uitspraak uit te stellen,¹⁸⁶² onder druk van de opdoemende verjaring¹⁸⁶³ of schending van de redelijke termijnvereiste. De verplichting om binnen een redelijke termijn uitspraak te doen, speelt overigens niet alleen in strafzaken:¹⁸⁶⁴ “même dans les systèmes juridiques consacrant le principe de la conduite du procès par les parties, l'attitude des intéressés ne dispense pas les juges d'assurer la célérité voulue par l'article 6 § 1”.¹⁸⁶⁵

De hiervoor bedoelde omgekeerde hypothese zal zich dus kunnen voordoen, maar in dat geval – en dat is de tweede, meer principiële reden waarom zij op deze plaats niet aan bod dient te komen – is artikel 159 van de Grondwet niet meer in het geding,¹⁸⁶⁶ maar betreft de kwestie het gezag van gewijsde van een rechterlijke beslissing, aan de ene kant (*supra* nr. 473), en de bevoegdheid van de Raad van State, aan de andere kant,¹⁸⁶⁷ twee thema's die het onderwerp en het opzet van dit proefschrift grotendeels te buiten gaan.¹⁸⁶⁸

¹⁸⁶¹ Hetgeen de vraag wettigt of het dan niet *a fortiori* de Raad van State niet bindt.

¹⁸⁶² Over de mogelijkheid respectievelijk de verplichting daartoe, zie R. WITMEUR, “Existe-t-il pour le juge judiciaire une obligation ou un devoir de surséance à statuer s'il doit contrôler un acte administratif qui est déféré à la censure du Conseil d'Etat?”, *P&B* 1997, 59-64 en A. LUST en S. LUST, “De administratieve verankering van het milieumisdrijf”, in A. DE NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieustraf- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Gent, Larcier, 2005, 537-557.

¹⁸⁶³ Bv. Corr. Gent 26 oktober 1993, *TMR* 1994, 194.

¹⁸⁶⁴ Zie GwH 15 september 2004, nr. 148/2004, B.4: “Wanneer een persoon, wegens eenzelfde feit, kan worden veroordeeld, hetzij tot een strafrechtelijke boete, hetzij tot een administratieve boete, die beide een overwegend repressief karakter hebben, vindt die persoon in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens - alsmede in een algemeen beginsel van intern recht - het recht om niet buiten een redelijke termijn te worden berecht.”

¹⁸⁶⁵ Bv. EHRM 5 februari 2004, *Litoselitis t. Griekenland*, § 30; EHRM 4 november 2008, *Bell t. België*, § 36.

¹⁸⁶⁶ Behoudens indien de Raad van State de wettigheid niet rechtstreeks, maar incidenteel (en dus met toepassing van artikel 159 van de Grondwet) toetst.

¹⁸⁶⁷ En desgevallend ook het belang, zie RvS 12 december 2001, nr. 101.748, *nv Hullbridge Associated*: “Overwegende dat een beroep bij de Raad van State en een burgerlijke rechtsvordering tot schadeloosstelling noch hetzelfde voorwerp, noch dezelfde gevolgen hebben; dat deze verschillen op zich evenwel niet volstaan om het behoud van belang bij het beroep tot nietigverklaring te wettigen; dat het begrip belang, als voorwaarde voor de ontvankelijkheid van de rechtsvordering, immers niet alleen objectief, maar ook subjectief is, namelijk dat de verzoekende partij zich voldoende benadeeld acht om de nietigverklaring te vorderen van de bestuurshandeling die haar nadeel heeft berokkend; dat het in het onderhavige geval niet twijfelachtig is dat het belang van de verzoekende partij bij de nietigverklaring van de bestreden handeling, ten gevolge van haar schadeloosstelling door de rechtbank van eerste aanleg te Charleroi, uit een objectief standpunt beschouwd, zo niet volledig verdwenen is, dan toch op zijn minst duidelijk verminderd is; dat ze in een dergelijk geval dient na te gaan of ze, ondanks alles, belang blijft hebben, ditmaal beschouwd uit een subjectief oogpunt, bij de voortzetting van het geding dat ze aangespannen heeft; dat de omstandigheid dat terwijl de verwerende partij uitdrukkelijk het behoud van haar belang bij de voortzetting van de procedure betwistte, de verzoekende partij het zelfs niet nodig heeft geacht op de terechtzitting van 28 november 2001 te verschijnen, aantoonde dat ze van oordeel is dat ze geen subjectief belang meer heeft bij de voortzetting van de lopende procedure”. Zie bv. ook RvS 19 juni 2007, nr. 172.406, *Ooms*: gebrek aan belang bij vernietiging van een weigeringsbeslissing omdat het gezag van gewijsde van een arrest van het Hof van beroep van Brussel “zich ertegen verzet dat de bevoegde Vlaamse minister een

§ 2. Invloed van de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State op de exceptie van onwettigheid

a. Eerste hypothese: er is geen annulatieberoep ingediend bij de Raad van State

552. Een eerste hypothese is dat een onwettig geachte bestuurshandeling niet¹⁸⁶⁹ – of nog niet,¹⁸⁷⁰ of niet meer¹⁸⁷¹ – werd bestreden voor de Raad van State. Volgens het Hof van Cassatie doet dat geen afbreuk aan de bevoegdheid van de gewone rechter om de onwettigheid van die bestuurshandeling vast te stellen.¹⁸⁷² Artikel 159 van de Grondwet heeft immers een algemene draagwijdte. Met de “gewone rechter” is ook de strafrechter bedoeld (*supra* nr. 199).¹⁸⁷³

553. Ook de Raad van State erkent dat wanneer een verzoekende partij bijvoorbeeld een gewestplan niet met een annulatieberoep heeft bestreden, zij zich toch in een latere procedure voor de Raad van State op artikel 159 van de Grondwet kan beroepen om dat gewestplan buiten toepassing te zien verklaren. Het heeft wel gevolgen voor de bewijslast, zo preciseert de Raad van State: die ligt volledig bij de verzoekende partij omdat het gewestplan niet het voorwerp van het beroep uitmaakt en het Vlaamse Gewest geen partij is in de zaak.¹⁸⁷⁴ Dit standpunt van de Raad van State geldt enkel voor reglementaire overheidshandelingen (wat de rechtsverlenende individuele rechtshandelingen betreft, zie *infra* nr. 569).

554. Het Grondwettelijk Hof van zijn kant heeft in een arrest van 30 juni 1999 gepreciseerd dat het verstrijken van de termijn om een beroep tot nietigverklaring of een vordering tot schorsing in te dienen bij de Raad van State geen afbreuk doet aan de mogelijkheid om zich tot de gewone rechter in kort geding te wenden.¹⁸⁷⁵ Dat oordeel sluit aan bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie, volgens welke aan de bevoegdheid van de rechter in kort geding geen afbreuk is

stedenbouwkundige vergunning zou verlenen tot regularisatie van renovatiewerken aan een schuur waarvan het herstel van de plaats en de sloping werd bevolen door dit arrest”.

¹⁸⁶⁸ Zie daarover M. NIHOUL, “L’*autorité de la chose jugée de la déclaration d’illégalité incidente*”, in *L’article 159 de la Constitution*, 211-300.

¹⁸⁶⁹ Cass. 16 december 1965, *Pas.* 1966, I, 513, concl. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

¹⁸⁷⁰ Zie daarover inzonderheid R. WITMEUR, “L’*autorité de la chose jugée administrativement*”, in *Le Conseil d’Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 792-800.

¹⁸⁷¹ Met name wanneer de procedure niet werd voortgezet.

¹⁸⁷² Bv. Cass. 15 december 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 454; Cass. 12 september 1997, C.96.0340.F, *Arr.Cass.* 1997, 812, nr. 349. C. DESMECHT, “L’*article 159 de la Constitution: un article qui vous veut du bien*”, noot onder Arbh. Brussel, 20 januari 2005, *TBBR* 2006, 293.

¹⁸⁷³ Bv. Cass. 13 september 2005, P.05.0369.N, *Arr.Cass.* 2005, 1616, nr. 424.

¹⁸⁷⁴ RvS 28 maart 2002, nr. 105.331, nv Hout Import Bois César Parmentier (vordering tot schorsing) en, minder stellig, RvS 7 januari 2010, nr. 199.355, nv Hout Import Bois César Parmentier (beroep tot vernietiging). Voor een ander voorbeeld, zie RvS 19 april 2007, nr. 170.189, Renders: “Overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet is de Raad van State ertoe gehouden een reglementaire bepaling, waarvan hij de onwettigheid vaststelt, buiten toepassing te laten. Om de onwettigheid van een benoemingsbeslissing aan te tonen, kan een verzoekende partij dan ook steunen op de onwettigheid van een reglementaire bepaling waarin die beslissing mede haar grondslag vindt, ook al is de beroepstermijn tegen die reglementaire bepaling reeds verstreken”.

¹⁸⁷⁵ GwH 30 juni 1999, nr. 79/99, B.5.2.

gedaan door de aan de Raad van State in het kader van het administratieve kort geding verleende bevoegdheid om de schorsing te bevelen van een akte of een reglement van een bestuurlijke overheid.¹⁸⁷⁶

b. Tweede hypothese: het annulatieberoep werd door de Raad van State verworpen

555. Een tweede hypothese is dat de bestuurshandeling wel voor de Raad van State werd bestreden maar dat het annulatieberoep werd verworpen. Ook in die hypothese neemt het Hof van Cassatie aan dat artikel 159 van de Grondwet een algemene draagwijdte heeft, die niet wordt beperkt door de bevoegdheid van de Raad van State. Een afwijzing van het beroep tot nietigverklaring houdt niet noodzakelijk in dat de bestreden akte wettig is: het betekent enkel dat de bestuurshandeling niet is aangetast door de onwettigheden die voor de Raad van State werden aangevoerd (of die door de Raad van State ambtshalve konden worden aangevoerd).¹⁸⁷⁷ De verzoekers (en de Raad zelf) kunnen een onwettigheid over het hoofd hebben gezien of het beroep kan ook gewoon onontvankelijk zijn bevonden.¹⁸⁷⁸ Maar in elk van die gevallen staat het de gewone rechter vrij om de bestreden verordening op grond van artikel 159 van de Grondwet voor onwettig te houden,¹⁸⁷⁹ “zelfs indien de nietigheid van de reglementaire rechtshandeling voor hem wordt ingeroepen op grond van eenzelfde middel en tussen dezelfde partijen”.¹⁸⁸⁰

556. In een arrest van 9 januari 1997 heeft het Hof van Cassatie uitdrukkelijk bevestigd dat de voormelde rechtspraak zowel geldt voor de verwerping van het beroep tegen een reglement als voor de verwerping van het beroep tegen een individuele akte (ook indien dat laatste beroep, zoals in het voorliggende geval, ten gronde is verworpen):

“Overwegende dat noch de beoordeling van een fout noch de beoordeling van de uit die fout ontstane schade ontsnappen aan de bevoegdheid van de rechterlijke macht ingeval de miskennis van het aangevoerde recht zou kunnen te wijten zijn aan de handeling van een administratieve overheid, zelfs indien het beroep tot nietigverklaring van de handeling door de Raad van State is verworpen;

Dat het op grond van artikel 14 van de bij koninklijk besluit van 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State ingestelde beroep tot nietigverklaring, geen afbreuk doet aan artikel 159 van de gecoördineerde Grondwet, luidens hetwelk de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toepassen in zover zij

¹⁸⁷⁶ Cass. 15 oktober 1993, C.93.0045.N, *Arr.Cass.* 1993, 841, nr. 411, concl. D’HOORE. Zie ook *supra* vn. 1351. Zoals Lindemans terecht opmerkt, heeft die cassatierechtspraak tot gevolg dat in eenzelfde geschil met betrekking tot een overheidsbeslissing onder bepaalde voorwaarden een voorlopige voorziening zowel bij de burgerlijke rechter als bij de Raad van State kan worden aangebracht, D. LINDEMANS, “Cumulatie van administratief en civiel kort geding”, in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, 325.

¹⁸⁷⁷ Bij het ambtshalve aanvoeren past echter het hoger gemaakte voorbehoud (*supra* nr. 396).

¹⁸⁷⁸ Bv. wegens laattijdigheid, Cass. 7 november 1975, *Arr.Cass.* 1975-76, 316, *RCJB* 1977, 417, noot A. VANWELKENHUYZEN.

¹⁸⁷⁹ Zie Cass. 24 maart 1977, *Arr.Cass.* 1977, 799.

¹⁸⁸⁰ Brussel 3 februari 1994, *JLMB* 1994, 1501, *T.Aann.* 1994, 195 (verkort); P. QUERTAINMONT, “Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l’exception d’illégalité et le retrait des actes créateurs de droits)”, noot onder Cass. 21 april 1988, *RCJB* 1990, 434.

met de wetten overeenstemmen; dat genoemd artikel geen onderscheid maakt tussen de handelingen die het beoogt, en dus van toepassing is op de zelfs niet-verordenende beslissingen van de administratieve overheid en op de bestuurshandelingen, ook al zijn zij van individuele aard”.¹⁸⁸¹

Volgens sommigen is het geen toeval dat het Hof van Cassatie vijftig jaar heeft moeten wachten op een gelegenheid om dat laatste te bevestigen: “S’il a fallu autant de temps, c’est sans doute parce que les juges de l’ordre judiciaire, qui ne se sentaient pas liés par l’autorité de la chose jugée, n’en déduisaient pas pour autant que les raisonnements du Conseil d’Etat étaient erronés et ne pouvaient pas être suivis. Il se comprend aisément que les juges judiciaires soient enclins à suivre les arguments retenus par ce juge spécialisé en contentieux administratif qu’est le Conseil d’Etat.”¹⁸⁸²

Het Hof van Cassatie steunt zijn zienswijze in wezen op twee overwegingen.¹⁸⁸³ In de eerste plaats is dat de hierboven aangehaalde overweging waarin de algemene draagwijdte van artikel 159 van de Grondwet in herinnering wordt gebracht. Aan het grondwettelijk gebod dat in die bepaling is vervat, zou geen afbreuk (kunnen) worden gedaan door een wettelijke bepaling, in dit geval artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Zoals hoger reeds werd opgemerkt, kan dat argument niet (langer) stand houden: er zijn nog andere algemene rechtsbeginselen waarmee de wetgever rekening moet houden, met name het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel (*supra* nr. 147 en *infra* nr. 675).

In de tweede plaats overweegt het Hof van Cassatie in het arrest van 9 januari 1997 dat “luidens artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek, het gezag van het rechterlijk gewijsde zich niet verder uitstrekt dan tot hetgeen het voorwerp van de beslissing heeft uitgemaakt” en dat “aangezien de vordering voor de rechtbank en vervolgens voor het hof van beroep niet hetzelfde voorwerp heeft als die voor de Raad van State, het middel ten onrechte de schending aanvoert van de artikelen 2, 23, 24 en 25 van het Gerechtelijk Wetboek, die het opnieuw instellen van de vordering verbieden”. Ook dat argument zal verderop worden weerlegd (*infra* nr. 668).

c. Derde hypothese: de vordering tot schorsing werd door de Raad van State verworpen

557. Dezelfde principes gelden indien een vordering tot schorsing wordt verworpen, zo blijkt uit een arrest van het Hof van Cassatie van 16 april 2003.¹⁸⁸⁴ Het betrof meer bepaald een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid tegen een koninklijk besluit tot uitzetting van een vreemdeling. De Raad van State verwierp deze vordering aangezien uit niets

¹⁸⁸¹ Cass. 9 januari 1997, C.96.0066.F, *Arr.Cass.* 1997, 43, nr. 20, *AJT* 1998-99, 125, noot J. THEUNIS, *RCJB* 2000, 257, noot D. LAGASSE.

¹⁸⁸² B. CAMBIER en L. CAMBIER, “Compétences concurrentes ou complémentaires des juridictions au contentieux administratif”, in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Brussel, Larcier, 2004, 52.

¹⁸⁸³ J. THEUNIS, “Het gezag van gewijsde van een arrest van de Raad van State voor de gewone rechter die uitspraak moet doen over een exceptie van onwettigheid”, noot onder Cass. 9 januari 1997, *AJT* 1998-99, 129.

¹⁸⁸⁴ Cass. 16 april 2003, P.03.0438.F, *Arr.Cass.* 2003, 1011, nr. 256. Zie daarover ook B. CAMBIER en L. CAMBIER, “Compétences concurrentes ou complémentaires des juridictions au contentieux administratif”, in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Brussel, Larcier, 2004, 57.

bleek dat de Belgische Staat bij de verwijdering van de verzoeker naar een ander land dan het zijne de verplichtingen die uit artikel 3 van het EVRM voortvloeien, niet zou naleven.

Nadat de vreemdeling asiel had aangevraagd, werd hem een beslissing tot weigering van verblijf met bevel om het grondgebied te verlaten ter kennis gebracht, samen met een beslissing tot opsluiting met het oog op de effectieve verwijdering van het grondgebied. De raadkamer had zijn verzoek om invrijheidstelling verworpen. De kamer van inbeschuldigingstelling bevestigde die verwerping. Met uitdrukkelijke verwijzing naar het arrest van de Raad van State overwoog de kamer van inbeschuldigingstelling dat geen enkel element van het dossier aantoonde dat “de verwijdering van de vreemdeling naar Tunesië, Marokko of een ander land hem zou blootstellen aan een behandeling die ingaat tegen artikel 3 EVRM”.

De vreemdeling verweet het bestreden arrest in hoofdzaak miskenning van het gezag van gewijsde van het arrest van de Raad van State. Hij betoogde dat uit de redenen van deze beslissing bleek dat de verwijdering naar zijn land van herkomst een schending van de voornoemde verdragsbepaling met zich zou brengen. Het Hof van Cassatie verwierp die grief. In het jaarverslag van het Hof van Cassatie staat daarover het volgende te lezen:

“Het Hof diende zich voor de eerste maal uit te spreken over de draagwijdte van het gezag van gewijsde van een arrest van de Raad van State dat de door een vreemdeling ingestelde vordering tot schorsing van een uitzettingsbesluit verwierpt. Het Hof sluit zich aan bij de rechtspraak van de Raad van State en oordeelt dat een arrest van verwerping belet dat een dergelijke vordering nogmaals wordt ingesteld, welke ook de gronden van de beslissing tot verwerping mogen zijn. Het Hof besluit hieruit dat de gronden van een dergelijk arrest geen enkel gezag van gewijsde kunnen verkrijgen, al was – en deze precisering is essentieel – de beslissing tot verwerping noodzakelijkerwijs erop gebaseerd.”¹⁸⁸⁵

558. Ook de beoordeling door de Raad van State van het aangevoerde moeilijk te herstellen ernstig nadeel heeft geen gezag van gewijsde ten aanzien van de gewone rechter. Het voorhanden zijn van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is immers geen voorwaarde voor het burgerlijk kort geding.¹⁸⁸⁶

Het oordeel van de Raad van State dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van een akte geen moeilijk te herstellen nadeel berokkent, heeft evenmin gezag van gewijsde voor de beoordeling die de rechter moet doen op grond van de wet van 12 januari 1993 betreffende een kennelijke inbreuk of een ernstige dreiging voor een inbreuk op de wetten betreffende het leefmilieu. In weerwil van de vaststelling door de Raad van State dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van een vergunning die een bedrijfsuitbreiding toestaat geen nefaste weerslag heeft op de landelijkheid van de omgeving, kan de gewone rechter derhalve oordelen, zonder het gezag van gewijsde van het arrest van de Raad van State te miskennen, dat de geplande uitbreiding een

¹⁸⁸⁵ *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003*, 49.

¹⁸⁸⁶ D. D'HOOGHE en L. SCHELLEKENS, “De interferentie tussen kortgedingprocedures voor de Raad van State en gerechtelijke procedures voor andere rechtsmachten”, in G. DEBERSAQUES e.a. (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 240.

grote oppervlakte op onomkeerbare wijze aan het landschappelijk waardevol agrarisch gebied zal onttrekken.¹⁸⁸⁷

559. Noch het verzuim om enig beroep bij de Raad van State in te stellen (eerste hypothese), noch de verwerping van een beroep tot nietigverklaring (tweede hypothese) of van een vordering tot schorsing (derde hypothese) door de Raad van State heeft dus gevolgen voor de toepassing van artikel 159 van de Grondwet door de gewone hoven en rechtbanken. Het (relatief) gezag van gewijsde van een verwerpingsarrest van de Raad van State heeft enkel tot gevolg dat een verzoeker voor de Raad van State zelf niet dezelfde onwettigheid kan inroepen die hij reeds eerder voor de Raad van State heeft ingeroepen en die door de Raad van State werd verworpen.¹⁸⁸⁸ Niets verhindert dat een andere verzoeker – rechtstreeks of incidenteel – dezelfde onwettigheid aanvoert,¹⁸⁸⁹ al is de kans gering dat de Raad van State op zijn vroegere opvatting terugkomt.

d. Vierde hypothese: de Raad van State heeft de onwettige akte vernietigd

560. De meest eenvoudige hypothese doet zich voor wanneer de Raad van State het beroep heeft toegewezen en de onwettige akte heeft vernietigd. De akte wordt dan geacht nooit te hebben bestaan en zij kan uiteraard niet meer voor de gewone rechter ter discussie worden gesteld.¹⁸⁹⁰ Een vernietigingsarrest van de Raad van State heeft gezag van gewijsde *erga omnes*.

Dit gezag van gewijsde is niet beperkt tot het beschikkend gedeelte van het arrest – en dus tot de vernietiging – maar strekt zich uit tot de motieven die eraan ten grondslag liggen en ervan de “noodzakelijke ondersteuning” zijn.¹⁸⁹¹ De impact van een vernietigingsarrest op de

¹⁸⁸⁷ Cass. 8 november 1996, C.95.0206.N, *Arr.Cass.* 1996, 1024, nr. 426, *TMR* 1997, noot J. VAN DE BERGHE, *R.Cass.* 1997, 207, noot D. VAN GERVEN, *Amén.* 1997, 136, noot B. JADOT.

¹⁸⁸⁸ Bv. RvS 5 november 1959, nr. 7.397, Ulens; RvS 9 december 1981, nr. 21.646, vzw Federatie der Belgische Textielnijverheid. Zie ook P. DE SOMERE, “L’exécution des décisions du juge administratif – Rapport belge”, *APT* 2005, 3.

¹⁸⁸⁹ Bv. RvS 8 september 1999, nr. 82.206, Colson: “que l’arrêt qui rejette une demande de suspension a, comme celui qui rejette un recours en annulation, une autorité de chose jugée limitée aux parties; qu’aucune exception de chose jugée ne peut en être déduite à l’égard de la présente requête, qui est introduite par [un autre requérant]”.

¹⁸⁹⁰ Zie bv. Cass. 22 oktober 1973, *Pas.* 1974, I, 196; Brussel 28 november 1994, *JLMB* 1995, 1108. Over de gevolgen van een vernietigingsarrest, zie P. LEWALLE, “L’autorité de la chose jugée des arrêts prononcés par le Conseil d’Etat au contentieux de l’excès de pouvoir et le juge judiciaire”, in *Het interdisciplinair geschil*, Diegem, Kluwer, 1996, 180-242.

¹⁸⁹¹ K. LEUS, “Bestuursrechtspraak (ooit) aan de vooravond van een hervorming?”, in *Preadvies over de werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007, 70. Die determinerende motieven geven de vernietigingsgrond aan, dit is “de vaststelling, afgeleid uit de feitelijke en juridische gegevens die zich voordeden op het ogenblik dat de bestreden beslissing genomen werd, van de toen op de bestuursverheid rustende concrete rechtsplicht waaraan die overheid bij het verrichten van de vernietigde bestuurshandeling tekortgekomen is. De vernietigingsgrond geeft aldus de onontbeerlijke juridische rechtvaardiging voor het besluit van de rechter om te vernietigen en is daarom onbrekbaar met het dictum van de uitspraak verbonden”, RvS 30 september 1980, nr. 20.599, Tibax; RvS 8 juli 1982, nr. 22.446, Zoete.

aansprakelijkheidsvordering tegen de overheid wordt in afdeling 3 van dit hoofdstuk verder onderzocht (*infra* nrs. 579-609).

561. Het enige geval waarin een probleem kan rijzen, is wanneer de Raad van State met toepassing van artikel 14*ter* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State de gevolgen van een vernietigde verordeningsbepaling¹⁸⁹² – voor een bepaalde termijn of definitief – handhaaft. Die mogelijkheid werd ingevoerd¹⁸⁹³ om de rechtsonzekerheid die ontstaat door de retroactieve werking van een vernietigingsarrest te milderen. Er mag worden aangenomen dat de handhaving van de gevolgen deelt in het *erga omnes* karakter van het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest, hetgeen de gewone rechter verhindert om de gehandhaafde gevolgen met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing te laten.¹⁸⁹⁴

Volgens sommigen mocht de wetgever de draagwijdte van artikel 159 van de Grondwet niet beperken,¹⁸⁹⁵ maar die grondwettigheidskritiek is niet terecht. De wetgever moet immers ook met de andere (hogere) rechtsnormen rekening houden. In wezen heeft de wetgever het wettigheidsbeginsel, waarvan de naleving door het bestuur onder de controle van de hoven en rechtbanken is gebracht, afgewogen tegen een ander fundamenteel rechtsbeginsel, meer bepaald het rechtszekerheidsbeginsel, en heeft hij met artikel 14*ter* een evenwicht tussen die beginselen tot stand willen brengen. Het is met andere woorden niet de wet, maar een hogere rechtsnorm, die de werking van de exceptie van onwettigheid beperkt. Het oordeel over de grondwettigheid van het daaruit door de wetgever afgeleide evenwicht, meer bepaald door toetsing ervan aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met het rechtszekerheidsbeginsel (*supra* nr. 294), zou enkel aan het Grondwettelijk Hof kunnen toekomen.¹⁸⁹⁶

¹⁸⁹² Er bestaat geen soortgelijke regeling voor individuele bestuurshandelingen; zie evenwel RvS 9 juni 2009, nr. 194.015, Maselyne, *RABG* 2010, 375, noot S. LUST.

¹⁸⁹³ Bij artikel 10 van de wet van 4 augustus 1996 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, *BS* 20 augustus 1996.

¹⁸⁹⁴ Zie in dat verband RvS 10 september 1998, nr. 75.712, stad Waver.

¹⁸⁹⁵ S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 249; D. RENDERS, "Le maintien des effets d'un règlement annulé par le Conseil d'Etat et le respect des droits fondamentaux", *JT* 2002, 762-763.

¹⁸⁹⁶ S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 249-251. Al laat ook het Hof van Justitie zich op dat punt niet onbetuigd, zie HvJ 19 november 2009, Filipiak, C-314/08, punten 81-86, waarin het Hof van Justitie op een vraag van een Poolse rechter antwoordt dat de nationale rechter ingevolge de voorrang van het Unierecht verplicht is het Unierecht toe te passen en de daarmee strijdige nationale bepalingen buiten toepassing te laten, ongeacht het arrest van het nationaal grondwettelijk hof waarin is verklaard dat die ongrondwettig geachte bepalingen hun bindende kracht op een later tijdstip zullen verliezen. Vgl. EHRM 22 juli 2010, P.B. en J.S. t. Oostenrijk, § 49: "In this context, the Court notes its case-law according to which the principle of legal certainty, which is necessarily inherent in the law of the Convention, may dispense States from questioning legal acts or situations that antedate judgments of the Court declaring domestic legislation incompatible with the Convention. The same considerations apply where a constitutional court annuls domestic legislation as being unconstitutional (see *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 58, Series A no. 31). Moreover, it has also been accepted, in view of the principle of legal certainty that a constitutional court may set a time-limit for the legislator to enact new legislation with the effect that an unconstitutional provision remains applicable for a transitional period (see *Walden v. Liechtenstein* (dec.), no. 33916/96, 16 March 2000; and *J.R. v. Germany* (dec.), no. 22651/93, Decisions and Reports 83-A.)"

Lust verdedigt vervolgens de stelling dat artikel 159 van de Grondwet slechts buitenspel wordt gezet voor zover de bezwaren die de Raad van State gegrond heeft bevonden opnieuw worden opgeworpen, hetgeen dus zou betekenen dat de rechter de bestuurshandeling alsnog buiten toepassing kan laten wanneer zij ook nog door een andere onwettigheid is aangetast.¹⁸⁹⁷ Volgens Renders kan de gewone rechter helemaal niet worden gehinderd in de toepassing van artikel 159 van de Grondwet en moet hij de onwettige (gehandhaafde) bestuurshandeling in elk geval buiten toepassing laten.¹⁸⁹⁸ Lewalle sluit zich daarbij aan en besluit: “L’effet de la modulation se limiterait, dès lors, à permettre aux autorités administratives concernées à appliquer les actes dérivés aussi longtemps qu’ils ne sont pas contestés par voie d’exception ou de moyen incident devant une juridiction autre que le Conseil d’Etat, lui-même, lié sur ce point par son propre arrêt”.¹⁸⁹⁹

Al die stellingen lijken echter moeilijk in overeenstemming te brengen met de bedoeling van de wetgever, zijnde het waarborgen van de rechtszekerheid. Wat de eerstvermelde stelling betreft (Lust), kan bovendien worden opgemerkt dat de handhaving van de gevolgen geen verband houdt met de aard van de vastgestelde onwettigheid, maar wel met de draagwijdte van de sanctie die aan de vaststelling van een onwettigheid is verbonden en die draagwijdte is voor elke onwettigheid dezelfde, namelijk de vernietiging. Wanneer, en dat geldt ook ten aanzien van de andere stellingen (Renders en Lewalle), de Raad van State in een concreet geval de afweging heeft gemaakt tussen het herstel van de wettigheid (door de vernietiging) en het behoud van de rechtszekerheid (door de handhaving van de gevolgen), komt het een andere rechter niet toe daarop terug te komen, zoals het hem evenmin toekomt terug te komen op de vernietiging zelf. Dat standpunt lijkt in zekere mate te worden bevestigd in een arrest van 18 december 2009, waarin de Raad van State overweegt:

“qu'en énonçant que lorsqu'il décide de mettre en œuvre l'article 14^{ter} précité, le Conseil d'État statue "par voie de disposition générale", le législateur a nécessairement entendu conférer une valeur *erga omnes* à la décision du Conseil d'État ordonnant qu'un acte réglementaire irrégulier puisse produire des effets de droit; qu'une telle décision juridictionnelle, prise dans un souci de sécurité juridique, conforte temporairement l'acte réglementaire en cause et paralyse l'exercice de la censure de non application pour les mesures d'exécution prise durant la période correspondant au maintien de ses effets; qu'une telle paralysie temporaire de la censure de non application ne contrevient pas à l'article 159 de la Constitution dès lors que cette disposition ne vise que les règlements ou arrêtés et ne peut trouver à s'appliquer à ceux qui se voient reconnaître une valeur juridique temporaire par le dispositif d'un arrêt du Conseil d'État valant disposition générale”.¹⁹⁰⁰

¹⁸⁹⁷ S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 247-248.

¹⁸⁹⁸ D. RENDERS, “Le maintien des effets d’un règlement annulé par le Conseil d’Etat et le respect des droits fondamentaux”, *JT* 2002, 763, die wel toegeeft dat dergelijke “grondwetsconforme” interpretatie “aboutit au résultat que l’article 14^{ter} est, pour l’essentiel, vidé de sa substance”, 763 (vn. 20). In dezelfde zin D. RENDERS, “L’article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d’Etat face à l’article 159 de la Constitution”, noot onder RvS 18 december 2009, nr. 199.085, Debie, *JT* 2010, 177-179 en D. RENDERS e.a., *Droit administratif. Tome III: Le contrôle de l’administration*, Brussel, Larcier, 2010, 293-297.

¹⁸⁹⁹ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 1122.

¹⁹⁰⁰ RvS 18 december 2009, nr. 199.085, Debie, *JT* 2010, 175, noot D. RENDERS. Zie over dat arrest ook R. ANDERSEN, “La modulation dans le temps des effets des arrêts d’annulation du Conseil d’Etat”, in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 392-395 en J. THEUNIS, “Over de toepassing van artikel 159 van de Grondwet na handhaving van de gevolgen

Het typevoorbeeld is een bouwvergunning die werd afgeleverd op grond van een achteraf vernietigde reglementaire bepaling. Die vernietiging heeft tot gevolg dat het bouwwerk op grond van een onwettige vergunning is opgetrokken en dat de hoven en rechtbanken de afbraak zouden kunnen gelasten. De definitieve handhaving van de gevolgen van de vernietigde reglementaire bepaling heeft echter tot gevolg dat de wettigheid van de bouwvergunning niet langer in vraag kan worden gesteld.¹⁹⁰¹ Een ander praktisch gevolg is dat de schade die door de gehandhaafde gevolgen wordt geleden in de regel¹⁹⁰² niet het voorwerp kan uitmaken van een schadevergoeding. Het toelaten van een aansprakelijkheidsvordering zou immers het nuttig effect van de handhavingsbeslissing teniet kunnen doen (*infra* nr. 598).¹⁹⁰³

Leus heeft echter vastgesteld dat de Raad van State slechts zeer uitzonderlijk beslist om de gevolgen van de vernietiging in de tijd te beperken,¹⁹⁰⁴ zodat het geschetste probleem niet vaak de kans zal krijgen zich in de praktijk voor te doen. De Raad van State is in elk geval van oordeel dat het zijn bevoegdheid op het vlak van de handhaving van de gevolgen “met de nodige omzichtigheid” dient uit te oefenen en dat meer bepaald moet worden bewezen dat “specifiek vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid, de vernietiging onaanvaardbare gevolgen zal hebben”.¹⁹⁰⁵

van een vernietigd reglement”, noot onder RvS 18 december 2009, nr. 199.085, Debie, *RW* 2010-11, te verschijnen.

¹⁹⁰¹ Zie, *mutatis mutandis*, K. MUYLLE, “Wat kan een rechtspracticus aanvangen met een arrest van het Grondwettelijk Hof? Gevolgen van arresten van het Grondwettelijk Hof in het annulatiecontentieux”, in P.D.G. CABOOR, J. DEBIÈVRE, G. LAENEN e.a., *Rechtsbescherming*, (Actualia publiekrecht, 1), Brugge, die Keure, 2008, 173.

¹⁹⁰² Na het verstrijken van de termijn van voorlopige handhaving valt een aansprakelijkheidsvordering niet langer uit te sluiten, met name indien de betrokken regelgever niet tijdig is opgetreden om in een nieuwe (wettige) rechtsgrondslag te voorzien voor de intussen (op grond van de vernietigde rechtsgrondslag) tot stand gekomen bestuurshandelingen. Een voorlopige handhaving van de gevolgen is er immers doorgaans niet op gericht om bestuurshandelingen uit het verleden onaantastbaar te maken, maar om de vernietigde norm nog enige tijd als rechtsgrondslag te laten fungeren. Zie, *mutatis mutandis*, W. VERRIJDT, “De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever”, in A. ALÉN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 354-355.

¹⁹⁰³ Zie, met betrekking tot soortgelijke arresten van het Grondwettelijk Hof, K. MUYLLE, “Wat kan een rechtspracticus aanvangen met een arrest van het Grondwettelijk Hof? Gevolgen van arresten van het Grondwettelijk Hof in het annulatiecontentieux”, in P.D.G. CABOOR, J. DEBIÈVRE, G. LAENEN e.a., *Rechtsbescherming*, (Actualia publiekrecht, 1), Brugge, die Keure, 2008, 194-195; A. ALÉN, “De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens schending van de Grondwet”, in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Brussel, Anthemis, 2010, 865.

¹⁹⁰⁴ K. LEUS, “Bestuursrechtspraak (ooit) aan de vooravond van een hervorming?”, in *Preadviezen over de werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007, 72. In dezelfde zin A. WIRTGEN, “Bespreking van technieken van pragmatisch en billijk conflictbeheer door de Raad van State”, in G. DEBERSAQUES, M. VAN DAMME, S. DE CLERCQ en G. LAENEN (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 291-292 en R. ANDERSEN, “La modulation dans le temps des effets des arrêts d’annulation du Conseil d’Etat”, in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 388-389. Boes betreft de terughoudendheid vanwege de Raad van State, M. BOES, “Evaluatie van de evolutie van de bestuursrechtspraak: het dualisme op zijn retour?”, *TBP* 2009, 271.

¹⁹⁰⁵ RvS 6 november 2006, nr. 164.368, nv Distrigas e.a. Ook het Hof van Justitie maakt slechts in uitzonderlijke omstandigheden gebruik van de mogelijkheid die artikel 264 van het VWEU hem biedt om de gevolgen van een vernietigde verordening te handhaven, bv. HvJ 3 september 2009, Parlement/Raad, C-166/07, punten 70-75, al moet daaraan worden toegevoegd dat het Hof van Justitie de hem verleende mogelijkheid om de werking in de tijd van zijn arresten te beperken op eigen initiatief heeft uitgebreid naar prejudiciële beslissingen, zie M.

562. Overigens heeft de vernietiging van een reglementair besluit niet tot gevolg dat de op grond daarvan genomen bestuurshandelingen automatisch onwettig worden en buiten toepassing moeten worden gelaten. Wanneer het vernietigde reglementair besluit werd genomen ter vervanging van een vroeger besluit, herleeft die vroegere norm door de vernietiging van de latere norm en kan hij desgevallend als rechtsgrondslag dienen voor de genomen bestuurshandelingen (*supra* nr. 404).

Hetzelfde geldt indien een bestuurshandeling haar rechtsgrondslag vindt in een wettelijke norm die door het Grondwettelijk Hof wordt vernietigd. Alvorens de bestuurshandeling buiten toepassing te laten op grond van artikel 159 van de Grondwet dient de rechter na te gaan of zij op een andere wettelijke norm kan worden gegrond.¹⁹⁰⁶

e. Vijfde hypothese: de Raad van State heeft de onwettige akte geschorst

563. Meer delicaat ten slotte is de hypothese waarin de Raad van State de administratieve akte nog niet heeft vernietigd maar wel geschorst. Een arrest dat een vordering tot schorsing inwilligt, heeft eveneens gezag van gewijsde *erga omnes*, zij het dat dit slechts voorlopig geldt tot het arrest op beroep tot vernietiging is geweest.¹⁹⁰⁷ In tegenstelling tot de vernietiging, die de administratieve rechtshandeling retroactief uit de rechtsorde verwijderd, laat de schorsing de rechtshandeling bestaan en belet zij enkel de verdere tenuitvoerlegging ervan.¹⁹⁰⁸ De Raad van State heeft dat in een arrest van 10 juni 2008 als volgt bevestigd:

“De schorsing van de tenuitvoerlegging van een administratieve beslissing door de Raad van State betekent niet dat de geschorste beslissing onmiddellijk en volledig uit het rechtsverkeer verdwijnt. Zij mag alleen geen uitwerking krijgen en moet voorlopig, met name totdat definitief over de wettigheid ervan gestatueerd is, voor niet bestaand gehouden worden. Het bestuur heeft geen rechtsplicht om op basis van een schorsingsarrest de geschorste beslissing in te trekken of onmiddellijk een nieuwe definitieve regeling uit te werken; het mag het eindarrest afwachten en daarna de nodige maatregelen van rechtsherstel nemen.”¹⁹⁰⁹

Het (voorlopig) gezag van gewijsde *erga omnes* verbiedt de overheid anderzijds “de refaire, même partiellement, l’acte attaqué sans réparer l’illégalité dénoncée par le moyen jugé sérieux”.

ISENBAERT, “*Tempus fugit*: de werking in de tijd van een arrest van het Hof van Justitie inzake directe belastingen”, *TFR* 2009, 243-260. Het Grondwettelijk Hof daarentegen springt kwistiger om met de mogelijkheid die artikel 8, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 hem biedt om de gevolgen van de vernietigde bepalingen (voorlopig of definitief) te handhaven, zie K. MUYLLE, “Wat kan een rechtspracticus aanvangen met een arrest van het Grondwettelijk Hof? Gevolgen van arresten van het Grondwettelijk Hof in het annulatiecontentieux”, in P.D.G. CABOOR, J. DEBIÈVRE, G. LAENEN e.a., *Rechtsbescherming*, (Actualia publiekrecht, 1), Brugge, die Keure, 2008, 171-172.

¹⁹⁰⁶ Over de complicaties in geval van handhaving van de gevolgen van de vernietigde wettelijke norm, zie K. MUYLLE, “Les conséquences du maintien des effets de la norme annulée par la Cour d’arbitrage”, in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Brussel, la Chartre, 2007, 546-549.

¹⁹⁰⁷ GwH 10 april 2003, nrs. 47 en 48/2003, B.8.

¹⁹⁰⁸ D. VANHEULE, “Het administratieve kort geding”, in *Commentaar Publiek Procesrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2009, nr. 86.

¹⁹⁰⁹ RvS 10 juni 2008, nr. 184.042, Suys.

De overheid mag met andere woorden een nieuwe beslissing nemen, maar enkel “dans le respect des règles de droit, spécialement de celles qui ont motivé la suspension et qui s’imposent au provisoire, jusqu’à ce que le droit soit fixé par l’arrêt qui statue sur le recours en annulation”.¹⁹¹⁰

Ook de gewone rechter is door het *erga omnes*-karakter van het schorsingsarrest gebonden.¹⁹¹¹ Hij moet de onwettigheid aannemen totdat het arrest op beroep tot vernietiging is geweest. Dat betekent echter niet dat een procedure voor de gewone rechter geen verder nut meer kan hebben, met name wanneer de schorsing door de Raad van State niet verhindert dat de feitelijke toestand in ongunstige zin blijft evolueren.¹⁹¹²

f. Twee illustraties van de moeizame toepassing van de principes in de praktijk

564. De geschetste hypothesen mogen in theorie duidelijk zijn, in de praktijk blijken de rechters er nog steeds mee te worstelen. Twee relatief recente arresten, respectievelijk van het Hof van Beroep te Gent en van het Arbeidshof te Brussel, illustreren dat een correcte (cassatieconforme) toepassing van artikel 159 van de Grondwet niet vanzelfsprekend is.

565. In de eerste casus werd het Hof van Beroep te Gent verzocht een bevel tot stopzetting der werken op te heffen. De verzoeker, inmiddels appellant, meende dat de rechter in eerste aanleg, gelet op het gezag van gewijsde van een schorsingsarrest van de Raad van State,¹⁹¹³ had moeten vaststellen dat de stedenbouwkundige vergunning die hem op 13 december 2001 door de bestendige deputatie werd verleend, op onontvankelijke wijze werd aangevochten door de gemachtigde ambtenaar en dus op onwettige wijze werd vernietigd door de minister. Hij voerde derhalve aan dat die twee administratieve rechtshandelingen buiten toepassing dienden te worden gelaten om vervolgens vast te stellen dat hij op correcte wijze uitvoering had gegeven aan de stedenbouwkundige vergunning.

Ingevolge het schorsingsarrest van de Raad van State, zo redeneert het Hof van Beroep, werd de tenuitvoerlegging van het ministerieel besluit enkel geschorst. Het besluit is dus niet vernietigd, maar bestaat nog steeds. Het ministerieel besluit werd niet ingetrokken en het annulatieberoep is hangende voor de Raad van State. Bij een gebeurlijke vernietiging van het

¹⁹¹⁰ RvS 26 juni 2002, nr. 108.496, Vaneck. Zie ook P. DE SOMERE, “L’exécution des décisions du juge administratif – Rapport belge”, *APT* 2005, 9.

¹⁹¹¹ In die zin reeds RvS 13 oktober 1992, nr. 40.734, nv Egta Contractors Antwerpen. Zie ook D. D’HOOGHE en L. SCHELLEKENS, “De interferentie tussen kortgedingprocedures voor de Raad van State en gerechtelijke procedures voor andere rechtsmachten”, in G. DEBERSAQUES e.a. (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 239; E. LANCKSWERDT, *Het administratief kort geding*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 18, die aanvaardt dat een verdere uitvoering van de geschorste akte een onwettigheid is die aanleiding zal kunnen geven tot schadevergoeding.

¹⁹¹² Bijvoorbeeld wanneer blijkt dat de overheid een overeenkomst uitvoert, ondanks de schorsing door de Raad van State van de tenuitvoerlegging van de aan de overeenkomst voorafgaande toewijzigingsbeslissing, D. D’HOOGHE en L. SCHELLEKENS, “De interferentie tussen kortgedingprocedures voor de Raad van State en gerechtelijke procedures voor andere rechtsmachten”, in G. DEBERSAQUES e.a. (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 240.

¹⁹¹³ RvS 30 juni 2004, nr. 133.408, Verbeke.

besluit moet de bevoegde minister een nieuwe beslissing nemen betreffende het administratief beroep van de gemachtigde ambtenaar. “De burgerlijke (kort geding) rechter, zo besluit het hof beroep, kan zich niet via de toepassing van artikel 159 van de Grondwet in de plaats stellen van de Raad van State (zijnde de enige administratiefrechtelijke en natuurlijke rechter in deze materie) noch in de plaats van de bevoegde minister (zijnde de administratieve beroepsinstantie)”.¹⁹¹⁴

Dat de Raad van State de natuurlijke rechter is in bestuurszaken is geen verkeerd uitgangspunt, maar het Hof van Beroep schat in dit geval de gevolgen van een schorsingsarrest verkeerd in. Op grond van de hoger geschetste beginselen diende het Hof van Beroep de door de Raad van State vastgestelde onwettigheden aan te nemen, de erdoor aangetaste overheidsbeslissingen buiten toepassing te laten en, bijgevolg, in afwachting van een uitspraak ten gronde van de Raad van State¹⁹¹⁵ en een eventuele nieuwe ministeriële beslissing, het bevel tot stopzetting der werken op te heffen.

566. In de tweede casus werd de stopzetting van OCMW-steun, ten gevolge van de verwerping van een regularisatieaanvraag op grond van de wet van 22 december 1999, aangevochten. De verzoeker, inmiddels appellant, voerde aan dat de beslissing waarbij de regularisatie werd geweigerd onwettig was en dus buiten toepassing moest worden gelaten. Die beslissing werd ook met een beroep tot vernietiging bij de Raad van State bestreden.

Volgens het Arbeidshof te Brussel zijn de arbeidsgerechten niet bevoegd om zich uit te spreken, zelfs niet zijdelings, over de wettigheid van een beslissing van de minister van binnenlandse zaken, “un tel contrôle relevant de la compétence d’attribution exclusive du Conseil d’Etat”. Het Arbeidshof sluit zich aan bij de mening van de arbeidsrechtbank¹⁹¹⁶ die van oordeel was dat de niet-toepassing van de ministeriële beslissing, doordat zij de minister ertoe zou verplichten een nieuwe beslissing te nemen, “entraînerait dans l’ordonnement des pouvoirs dans l’Etat un chaos à proprement parler révolutionnaire, dans lequel chaque autorité constituée se saisirait, incidemment, des décisions des autres autorités, ce qui conduirait à la destruction de l’Etat lui-même”.¹⁹¹⁷ Daarin klinkt een echo van Ganshof van der Meersch, die in 1965 ook reeds sprak over “une situation anarchique que le droit a pour objet d’éviter”, zij het dat hij enkel de hypothese in gedachte had dat het annulatieberoep reeds was verworpen (*infra* nr. 665).¹⁹¹⁸

Ook deze redenering staat haaks op de hoger uiteengezette beginselen, zoals blijkt uit een scherpe noot van Desmecht die het arrest “clairement anticonstitutionnel” noemt.¹⁹¹⁹ Het Arbeidshof kon en moest, op grond van artikel 159 van de Grondwet en zonder acht te slaan op het hangend beroep voor de Raad van State, zelf de wettigheid van de ministeriële beslissing

¹⁹¹⁴ Gent, 16 juni 2006, niet gepubliceerd.

¹⁹¹⁵ Zie RvS 18 maart 2008, nr. 181.197, Verbeke.

¹⁹¹⁶ Arbrb. Brussel 20 november 2003, *JT* 2004, 98.

¹⁹¹⁷ Arbh. Brussel 20 januari 2005, *TBBR* 2006, 279, noot C. DESMECHT.

¹⁹¹⁸ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. voor Cass. 16 december 1965, *Pas.* 1966, 525.

¹⁹¹⁹ C. DESMECHT, “L’article 159 de la Constitution: un article qui vous veut du bien”, noot onder Arbh. Brussel, 20 januari 2005, *TBBR* 2006, 294.

beoordelen teneinde over het eigenlijke voorwerp van het geschil, de stopzetting van OCMW-steun, uitspraak te kunnen doen.

567. De redenering van het Arbeidshof staat weliswaar haaks op de hoger uiteengezette beginselen – het arrest werd overigens om die reden verbroken door het Hof van Cassatie¹⁹²⁰ – maar het heftige woord – “chaos (...) révolutionnaire” – en wederwoord – “clairement anticonstitutionnel” – zet aan tot bezinning over die beginselen.

Bij nader toezien valt er veel te zeggen voor een herijking van de beginselen, waarbij niet alleen een nieuw evenwicht wordt tot stand gebracht tussen het wettigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, maar waarin ook aan het wettigheidstoezicht door de administratieve rechter een grotere rol en betekenis toekomt. Dat nieuwe evenwicht wordt in het laatste hoofdstuk verder uitgetekend (*infra* nrs. 659-683). In dit hoofdstuk komen twee probleemgebieden aan bod die in rechtstreeks verband staan met het overlappend wettigheidstoezicht door de gewone hoven en rechtbanken en de Raad van State.

Afdeling 2 – De toetsing van rechtsverlenende individuele akten: uiteenlopende rechtspraak

568. De conflictzone waartoe het overlappend wettigheidstoezicht aanleiding geeft, komt het scherpst tot uiting op het vlak van de toetsing van rechtsverlenende individuele akten. Hoger is reeds opgemerkt dat artikel 159 van de Grondwet, met de woorden van het Hof van Cassatie, “geen onderscheid maakt tussen de akten die het beoogt; dat het toepasselijk is op de zelfs niet-reglementaire beslissingen van het bestuur en op de administratieve handelingen, ook al zijn zij van individuele aard” (*supra* nr. 263).¹⁹²¹

Aangezien artikel 159 van de Grondwet zowel door de administratieve als door de gewone rechter dient te worden toegepast, zijn zij in principe ook beide ertoe gehouden een onwettige akte te weigeren als basis voor een latere beslissing. Een onbeperkte toepassing van artikel 159 van de Grondwet zet aldus onvermijdelijk de rechtszekerheid op de helling. De exceptie van onwettigheid kan immers een onwettige akte ook lang na het verstrijken van de beroepstermijn bij de Raad van State buiten werking stellen.¹⁹²² Deze kwestie is vanzelfsprekend vooral delicaat als de betwiste akte rechten heeft doen ontstaan (constitutieve akte), hetzij in hoofde van het betrokken individu, hetzij in hoofde van derden.

¹⁹²⁰ Cass. 23 oktober 2006, S.05.0042.F, *RRD* 2006, 241, noot Y. HOUYET. Zie over dat arrest ook het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2006*, 131-132 en D. DE ROY, “L’exception d’illégalité instituée par l’article 159 de la Constitution: de la vision d’apocalypse à la juste mesure”, noot onder Cass. 16 juni 2006, C.05.0287.F, *RCJB* 2009, 21-62.

¹⁹²¹ Cass. 24 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 364, nr. 180; Cass. 10 november 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1291, nr. 725.

¹⁹²² P. MARTENS, “L’exception d’illégalité: entre l’injustice et le désordre”, noot onder RvS 2 september 1987, nr. 28.435, Erkende beroepsvereniging *Belgian Corporation of Flight Hostesses*, *JLMB* 1988, 1536.

§ 1. De opvatting van de Raad van State

569. De Raad van State is van mening dat met de wettelijke termijn van zestig dagen voor het indienen van een beroep tot nietigverklaring de rechtszekerheid is beoogd zodat na het verlopen van die termijn niet alleen geen beroep tot nietigverklaring meer mogelijk is, maar dat ook de individuele administratieve akte niet meer kan worden ingetrokken (*ex tunc*)¹⁹²³ of opgeheven (*ex nunc*)¹⁹²⁴ én dat ten aanzien van een dergelijke akte geen toepassing van artikel 159 van de Grondwet meer mogelijk is.¹⁹²⁵ In die opvatting is de mogelijkheid tot aanwending van de exceptie van onwettigheid (evenals de mogelijkheid tot intrekking) afhankelijk van de mogelijkheid tot nietigverklaring.

De Raad van State stelt op die manier een beperking in de tijd aan de toepassing van artikel 159 van de Grondwet, dat haar niet zou toestaan een eventuele onregelmatigheid van een definitief geworden, vroegere individuele maatregel (wat de reglementaire maatregel betreft, zie *supra* nr. 553) in aanmerking te nemen als middel tot nietigverklaring van een latere akte.¹⁹²⁶ Die beperking in de tijd kent wel enkele uitzonderingen.¹⁹²⁷

1) Uit de voorwaarde dat het om een definitief geworden bestuurshandeling moet gaan, vloeit voort dat de regelmatigheid van een individuele bestuurshandeling, naar aanleiding van het bestrijden van een andere bestuurshandeling, kan worden opgeworpen zolang de eerste individuele rechtshandeling niet definitief is geworden. Dat laatste is niet alleen het geval

¹⁹²³ Zie W. LAMBRECHTS, "De grenzen van de intrekking van administratieve rechtshandelingen", noot onder RvS 24 mei 1983, nr. 23.281, Tommelein, *RW* 1983-84, 1220-1222; M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Brugge, die Keure, 1994, 134 p.; P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 150-173; A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 822-829. Zie ook GwH 18 januari 1996, nr. 7/96, *TBP* 1996, 284, noot J. STEVENS; M. VAN DAMME, "Zijn er nog grenzen aan de intrekbaarheid van bestuurshandelingen? Enkele bedenkingen naar aanleiding van het arrest van het Arbitragehof van 18 januari 1996", *TBP* 1996, 323-326; W. WEYMEERSCH, "Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van de Raad van State", in *De wettigheidstoets*, 351-352.

¹⁹²⁴ Althans niet op grond van een rechtmatigheidsbezwaar, dit is een bezwaar gesteund op de vraag of de gevestigde concrete individuele situatie overeenkomstig het recht is tot stand gekomen. De opheffing behelst immers eveneens een aantasting van een onaantastbaar geworden individuele situatie: RvS 11 oktober 2007, nr. 175.648, Luycx en Tilckens.

¹⁹²⁵ RvS 14 mei 1979, nr. 19.619, Cooleman; RvS 30 november 2000, nr. 91.262, Van Den Bergh; RvS 14 oktober 2004, 136.037, vzw Milieuvereniging Hofkwartier Kouter e.a. Zie J. BORRET, "Het beginsel 'patere legem' ten aanzien van een onwettig reglement", *TBP* 1969, 189-190; J. BORRET, "Enkele vragen aangaande de inroepbaarheid van de onrechtmatigheid van een individuele administratieve handeling als annulatiemiddel tegen een latere administratieve handeling", *TBP* 1977, 265-273; A. VANDER STICHELE, "De exceptie van onwettigheid", *TBP* 1954, 187-195; R. VEKEMAN, "De niet-inroepbaarheid van de onwettigheid van een vroegere individuele administratieve akte bij het bestrijden van een latere", *TBP* 1981, 535-543; P. VERMEULEN, "De inroeping van de onrechtmatigheid van administratieve beschikking als grondslag van een vordering tot nietigverklaring van een latere beschikking", *TBP* 1957, 81-101. Zie ook A. ALEN, *Handboek*, 710-711; J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *Raad van State. Afdeling administratie. 2. Ontvankelijkheid*, Brugge, die Keure, 1996, nrs. 522-523, p. 487-488; W. WEYMEERSCH, "Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van de Raad van State", in *De wettigheidstoets*, 352-359.

¹⁹²⁶ Zie bv. RvS 27 oktober 1959, nr. 7.344, Molle; RvS 25 juni 2004, nr. 133.060, Peeters; RvS 16 augustus 2007, nr. 173.992, thv Kumpen – Imtech Brandwondencentrum.

¹⁹²⁷ Zie ook K. LEUS en B. MARTEL, "De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie", in *De wettigheidstoets*, 14-19.

wanneer de beroepstermijn nog niet is verstreken, maar ook wanneer een tijdig annulatieberoep werd ingesteld en er over dat beroep nog geen uitspraak is gedaan.¹⁹²⁸

2) Als de individuele bestuurshandeling geen enkel recht in het leven heeft geroepen (declaratieve akte), kan de overheid te allen tijde die bestuurshandeling intrekken en in dat geval kan ook de Raad van State de onwettigheid ervan vaststellen, bijvoorbeeld naar aanleiding van een beroep dat gericht is tegen een ontslag dat ter uitvoering van die bestuurshandeling is gegeven, zelfs indien deze hem niet is voorgelegd binnen de wettelijke beroepstermijn.¹⁹²⁹ De vraag of een bestuurshandeling wel of geen rechten heeft doen ontstaan, is echter niet altijd even gemakkelijk te beantwoorden. Sommigen hebben terecht opgemerkt dat, zoals de grens tussen de gebonden en de discretionaire bevoegdheid niet zuiver is maar gradueel, ook de grens tussen de constitutieve en de declaratieve bestuurshandeling niet scherp kan worden getrokken.¹⁹³⁰

3) Het principe dat na verloop van de termijn voor het annulatieberoep een onwettige individuele rechtsverlenende bestuurshandeling niet meer kan worden ingetrokken en geen toepassing van artikel 159 van de Grondwet meer mogelijk is, heeft evenmin gelding wanneer de bestuurshandeling zo grof onrechtmatig is dat ze voor onbestaande moet worden gehouden of wanneer ze door bedrog is uitgelokt (*supra* nr. 231).¹⁹³¹

4) Een laatste uitzondering kan worden gevonden in de complexe rechtshandeling.¹⁹³² De complexe administratieve verrichting bestaat uit een reeks elkaar opvolgende administratieve verrichtingen waarvan de laatste beslissend is en de andere, al dan niet voorbeslissend,¹⁹³³ ten

¹⁹²⁸ Bv. RvS 2 maart 2001, nr. 93.718, Boutier, waarin wordt overwogen “dat het besluit van 1 juli 1999 waarbij het kwestieuze gebouwencomplex van de monumentenlijst wordt geschrapt niet definitief is doordat daartegen een beroep tot nietigverklaring is ingesteld; dat de wettigheid van dat besluit bij tussengeschied kan worden betwist”. *In casu* werd de schorsing gevraagd van een stedenbouwkundige vergunning waarvan de tenuitvoerlegging tot de afbraak van de betrokken gebouwen zou leiden. De Raad van State heeft het schrappingsbesluit onwettig bevonden en buiten toepassing gelaten en vervolgens de gevraagde schorsing toegewezen.

¹⁹²⁹ RvS 25 juni 1986, nr. 26.724, Terasse, advies M. LEROY, *JT* 1986, 567, die de reglementaire akte wel bijzonder ruim ziet en de individuele akte dus evenredig restrictief.

¹⁹³⁰ K. LEUS en B. MARTEL, “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie”, in *De wettigheidstoets*, 15-16.

¹⁹³¹ RvS 22 april 1997, nr. 65.974, Artois e.a., *AJT* 1997-98, noot J. THEUNIS.

¹⁹³² Over die rechtsfiguur, zie S. VERBIST, “Rechtsbescherming bij de Raad van State tegen complexe administratieve rechtshandelingen”, in *CDPK 2007* (Feesteditie 10 jaar CDPK), 103-121.

¹⁹³³ Een voorbeslissing is een voorbereidende beslissing die definitieve rechtsgevolgen met zich meebrengt. Sedert de arresten van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2 december 2005 (RvS 2 december 2005, nr. 152.172, nv Boucher; RvS 2 december 2005, nr. 152.173, nv Labonorm, *TBP* 2006, 166, met uittreksel verslag J. STEVENS, *CDPK* 2006, 752, noot J. MOSSELMANS, *RABG* 2006, 1101, noot S. VERBIST; RvS 2 december 2005, nr. 152.174, nv Amec Spie Belgium) wordt aangenomen dat een voorbeslissing meteen kan worden aangevochten (binnen de beroepstermijn van 60 dagen), wat niet wegneemt dat, met toepassing van artikel 159 van de Grondwet, de onrechtmatigheid van de voorbeslissing ook kan worden aangevoerd in het kader van het beroep tegen de eindbeslissing van de complexe rechtshandeling, zelfs indien die beslissing niet eerder werd bestreden met een afzonderlijk beroep. Zie K. LEUS en B. MARTEL, “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie”, in *De wettigheidstoets*, 17 (vn. 56); B. LOMBAERT, “L’opération complexe et la recevabilité des recours devant le Conseil d’Etat: une utile mise au point par l’assemblée générale de la section du contentieux administratif”, in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 401-421.

opzichte van die laatste handeling een voorbereidend karakter hebben. Binnen het raam van het tegen de laatste handeling gericht annulatieberoep kan de onwettigheid van de voorbereidende handeling worden aangevoerd, zelfs van die welke zelf met een annulatieberoep had kunnen worden bestreden en al is de termijn om dat beroep in te stellen verstreken.¹⁹³⁴ De verschillende administratieve akten die tot de totstandkoming van de eindbeslissing hebben bijgedragen, verschijnen als het ware als onderdelen van één enkele, ondeelbare handeling.¹⁹³⁵

De complexe rechtshandeling moet worden onderscheiden van de “gevolgakte”, dit is een akte die haar feitelijke grondslag of haar rechtsgrond vindt in een eerder genomen beslissing. Beide beslissingen staan in causaal verband met elkaar, maar anders dan bij de complexe rechtshandeling verschijnen de eerder genomen beslissing en de gevolgakte niet als onderdelen van één ondeelbare akte. De eerder genomen beslissing dient zich enkel aan als een noodzakelijke voorwaarde voor de gevolgakte.¹⁹³⁶ Dergelijke akten vallen derhalve niet onder de uitzondering van de complexe rechtshandeling.¹⁹³⁷

§ 2. De opvatting van het Hof van Cassatie

570. Het Hof van Cassatie daarentegen wijst – andermaal – op de algemene draagwijdte van artikel 159 van de Grondwet, dat niet aan enige termijn gebonden is, en is van oordeel dat de bevoegdheid van hoven en rechtbanken om de wettigheid van administratieve beslissingen te toetsen niet wordt aangetast door het feit dat de beslissing niet meer vatbaar is voor vernietiging

¹⁹³⁴ RvS 30 november 1994, nr. 50.547, De Clercq.

¹⁹³⁵ A. VAN STEENBERGE, “De uitbreiding van het voorwerp van het beroep bij de Raad van State tijdens de procedure”, *TBP* 2008, 523. Bv. RvS 20 februari 2007, nr. 168.010, Rommens: “Overwegende dat de verzoeker terecht repliceert dat het feit dat het negatief advies van het bestuur voor monumenten en landschappen gebeurlijk voor de Raad van State afzonderlijk zou kunnen worden aangevochten, niet wegneemt dat het een voorbereidend karakter heeft ten opzichte van de bestreden beslissing en derhalve ermee samen een complexe administratieve rechtshandeling vormt, waarvan het resultaat, meer bepaald de weigering door de minister van de verkavelingsvergunning, vernietigd kan worden op grond van de eventuele onregelmatigheid van één van de samenstellende handelingen; dat het niet afzonderlijk bestrijden van het bedoelde advies derhalve niet de onontvankelijkheid van het beroep tegen de bestreden weigeringsbeslissing meebrengt; dat dit des te meer geldt wat betreft het niet aanvechten van het beschermingsbesluit van 19 januari 1993.” Voor nog een voorbeeld, zie RvS 11 oktober 2007, nr. 175.631, vzw Radio Glabbeek: “Het verlenen van de erkenning [als lokale radio-omroep] verschijnt aldus als een complexe administratieve verrichting waarvan de erkenning de eindbeslissing is, laatste schakel van een keten van voorbereidende bestuurshandelingen. Tegen de erkenning kan dan ook ontvankelijk als vernietigingsgrond elke onwettigheid worden aangebracht die ergens in de loop van de complexe administratieve verrichting is begaan en die geacht kan worden een determinerende invloed op de eindbeslissing te hebben gehad. Bovendien mag een kandidaat ervoor opteren om onmiddellijk, zonder de afloop van de complexe rechtshandeling af te wachten, een beroep in te stellen tegen die voorbereidende rechtshandelingen die het karakter van een vóór-beslissing vertonen omdat ze juridisch dadelijk werkende rechtsgevolgen hebben met een determinerend effect op zijn kansen om de beoogde erkenning te verwerven.”

¹⁹³⁶ A. VAN STEENBERGE, “De uitbreiding van het voorwerp van het beroep bij de Raad van State tijdens de procedure”, *TBP* 2008, 523.

¹⁹³⁷ Volgens Van Steenberge zal de Raad van State verplicht zijn om “op grond van artikel 159 van de Grondwet” de gevolgakte te vernietigen wanneer die met inachtneming van de regels van de ontvankelijkheid wordt bestreden, A. VAN STEENBERGE, “De uitbreiding van het voorwerp van het beroep bij de Raad van State tijdens de procedure”, *TBP* 2008, 523, 530-531 en 535. Het komt ons echter voor dat die vernietiging niet op grond van artikel 159 van de Grondwet plaatsvindt, maar op grond van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

en bijgevolg definitief is geworden,¹⁹³⁸ noch door het feit of zij al dan niet rechten heeft doen ontstaan.

Artikel 159 van de Grondwet is in algemene bewoordingen gesteld en maakt geen onderscheid tussen de erin bedoelde besluiten.¹⁹³⁹ Het verplicht de hoven en rechtbanken zich van de toepassing van onregelmatige besluiten te onthouden, op welk ogenblik ook de vraag omtrent die toepassing voor de rechter opduikt. Terwijl de Raad van State de stabiliteit en het eerbiedigen van de verkregen rechten vooropstelt,¹⁹⁴⁰ geeft het Hof van Cassatie aldus voorrang aan de wettigheid.

571. In dat verband moet wel worden gewezen op een arrest van 2 december 2002, waarin het Hof van Cassatie oordeelt dat artikel 159 van de Grondwet ook geldt wanneer de onwettigheid van een beslissing te wijten is aan de overheid (eerste overweging), maar daaraan toevoegt dat “de overheid die ambtshalve een handeling intrekt die aangetast is door een klaarblijkelijke onwettigheid zoals een kennelijke tegenstrijdigheid tussen de redenen en het dictum van de beslissing, ook al zou die handeling ertoe kunnen strekken bepaalde rechten te verlenen, niet in strijd handelt met haar grondwettelijke en wettelijke opdracht” (tweede overweging).¹⁹⁴¹

Die tweede overweging doet denken aan de leer van de onbestaande rechtshandeling waaraan de Raad van State refereert om de intrekking van een definitief geworden rechtscheppend besluit mogelijk te maken.¹⁹⁴² Een onbestaande rechtshandeling kan zoals vermeld te allen tijde worden ingetrokken, alsook op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing worden gelaten (*supra* nr. 569). Maar betekent dit arrest dat het Hof van Cassatie zich, omgekeerd, ook aansluit bij de rechtspraak van de Raad van State volgens welke de “bestaande” rechtshandeling, de rechtshandeling die dus niet door een klaarblijkelijke onwettigheid is aangetast, na het verstrijken van de beroepstermijn voor de Raad van State niet meer kan worden ingetrokken en niet meer op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing kan worden gelaten?

Dat het Hof van Cassatie die bedoeling wellicht niet voor ogen stond, kan impliciet worden afgeleid uit zijn jaarverslag. Weliswaar wordt daarin gewezen op een wijziging van de

¹⁹³⁸ Cass. 7 november 1975, *Arr.Cass.* 1975-76, 316, *RCJB* 1977, 417, noot A. VANWELKENHUYZEN; Cass. 12 september 1997, C.96.0340.F, *Arr.Cass.* 1997, 812, nr. 349, *Arr. Cass.* 1997, 812. Cf. Rb. Brussel 18 september 1987, *JT* 1988, 479, noot D. LAGASSE; Arbrb. Brussel, 16 februari 1988, *JT* 1988, 482.

¹⁹³⁹ Cass. 21 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, II, 1045, *Pas.* 1988, I, 983, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN, *RCJB* 1990, 435, noot P. QUERTAINMONT; Cass. 24 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 364, nr. 180; Cass. 19 oktober 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 233, nr. 105; Cass. 22 maart 1993, *Arr.Cass.* 1993, 316, nr. 154, *Pas.* 1993, I, 308, concl. J.-F. LECLERCQ; Cass. 2 december 2002, C.98.0460.N, *Arr.Cass.* 2002, 2631, nr. 646, *CDPK* 2003, 332, noot P. POPELIER. Over het eerste en derde arrest zie J. DHONDT, “Artikel 107 van de Grondwet en de onaantastbaarheid van [een] onregelmatige administratieve rechtshandeling”, *TBP* 1990, 563-564.

¹⁹⁴⁰ RvS 25 juni 1986, nr. 26.724, Terasse. Zie ook M. HANOTIAU, “La sécurité juridique et la section d'administration du Conseil d'Etat”, in *La sécurité juridique*, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1993, 215-226, en de aldaar geciteerde rechtspraak, in het bijzonder 222-225.

¹⁹⁴¹ Cass. 2 december 2002, C.98.0460.N, *Arr.Cass.* 2002, 2631, nr. 646, *CDPK* 2003, 332, noot P. POPELIER.

¹⁹⁴² P. POPELIER, “De intrekking van bestuurshandelingen: een gissing naar een leer van het Hof van Cassatie”, noot onder Cass. 2 december 2002, *CDPK* 2003, 339.

rechtspraak door toedoen van het besproken arrest, maar die wijziging heeft betrekking op een ander punt:

“De houder van de bouwvergunning voerde voor het Hof van Cassatie aan dat uit de artikelen 105 en 159 van de Grondwet, artikel 42, § 1, D.R.O. en het algemeen rechtsbeginsel *nemo auditur suam turpitudinem allegans* voortvloeit dat een rechtsverlenende administratieve rechtshandeling, zoals een bouwvergunning, slechts op wettige wijze kan worden ingetrokken door het bestuur dat de handeling stelde wanneer de administratieve rechtshandeling onwettig is, en de onwettigheid niet te wijten is aan de auteur van de handeling zelf.

Het Hof verwerpt deze stelling in een arrest van 2 december 2002. Het oordeelt dat een wegens strijdigheid tussen het motiverend en beschikkend gedeelte onwettig ministerieel besluit betreffende een bouwvergunning kan worden ingetrokken en vervangen door een nieuw ministerieel besluit. Krachtens artikel 159 van de Grondwet passen de hoven en de rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zover zij met de wetten overeenstemmen. Dit artikel is van toepassing zowel op beslissingen van reglementaire aard als op beslissingen van individuele aard. De regel geldt ook wanneer de onwettigheid van de beslissing te wijten is aan de overheid zelf. Deze laatste beslissing van het arrest wijkt af van vroegere precedentes, onder meer van 10 september 1981 en 3 december 1985. In deze arresten werd geoordeeld dat een overheid een bouwvergunning niet mag intrekken omdat ze bij vergissing en dus onregelmatig is verleend, wanneer de onregelmatigheid aan de overheid zelf te wijten is.”¹⁹⁴³

Het is met andere woorden niet de hoger aangehaalde tweede overweging die, in de ogen van het Hof van Cassatie, vernieuwend moet worden geacht, maar wel de eerste overweging, die de algemene strekking van artikel 159 van de Grondwet beklemtoont. Door te oordelen dat die grondwetsbepaling ook geldt wanneer de onwettigheid van een beslissing te wijten is aan de overheid zelf, komt het Hof van Cassatie, zoals het zelf aangeeft in zijn jaarverslag, terug op de arresten van 10 september 1981 en 3 december 1985.¹⁹⁴⁴

Die twee arresten hebben niet rechtstreeks betrekking op artikel 159 van de Grondwet,¹⁹⁴⁵ maar wel op de mogelijkheid tot intrekking van een onwettige bestuurshandeling. Nadat de gemeente een onwettige bouwvergunning had verleend, beriep de burgemeester zich op die onwettigheid om een bevel tot staking van de werking uit te vaardigen. In hoger beroep werd dat bevel opgeheven. Het Hof van Cassatie verwierp het cassatieberoep daartegen. In het eerstgenoemde arrest overwoog het Hof van Cassatie met name dat “door de verleende bouwvergunning in principe rechten zijn ontstaan die de gemeenteoverheid niet mag aantasten; dat deze onder meer nadien de bouwvergunning niet mag intrekken omdat ze bij vergissing en dus onregelmatig is verleend, wanneer die onregelmatigheid aan haarzelf te wijten is”.¹⁹⁴⁶ Die uitspraak wordt bevestigd in het arrest van 3 december 1985.¹⁹⁴⁷ In deze arresten liet het Hof van Cassatie met andere woorden het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel primeren op

¹⁹⁴³ *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003*, 46-47.

¹⁹⁴⁴ Cass. 10 september 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 52; Cass. 3 december 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 475.

¹⁹⁴⁵ Met betrekking tot die arresten merkte Janssens de Bisthoven op dat zij “n’examinent pas le problème sous l’angle d’une violation éventuelle de l’article [159] de la Constitution”, JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. voor Cass. 21 april 1988, *Pas.* 1988, I, 989, vn. 7.

¹⁹⁴⁶ Cass. 10 september 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 52.

¹⁹⁴⁷ Cass. 3 december 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 475.

het wettigheidsbeginsel, althans wat de (on)mogelijkheid tot intrekking van een rechtsverlenende individuele bestuurshandeling betreft waarvan de onwettigheid aan de overheid zelf te wijten is.

Die rechtspraak wordt dus met het arrest van 2 december 2002, steunend op de algemene draagwijdte van artikel 159 van de Grondwet, teruggeschroefd ten nadele van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en ten voordele van het wettigheidsbeginsel. Hoewel het arrest aan de ene kant als een toenadering kan worden gelezen tot de rechtspraak van de Raad van State inzake de (on)bestaande rechtshandeling,¹⁹⁴⁸ blijkt het aan de andere kant dus opnieuw de voorrang van het wettigheidsbeginsel te verstevigen. Die dubbele bodem is ook anderen niet ontgaan:

“L’arrêt n’est pas sans équivoque: s’agit-il d’un nouvel exemple de la jurisprudence classique de la Cour de cassation qui donne primauté au principe de légalité, en ne conditionnant l’exception d’illégalité prévue à l’article 159 de la Constitution à aucun délai? Ou bien annonce-t-il une évolution de cette jurisprudence, en ce que la primauté du principe de légalité ne vaudrait que pour les actes entachés d’une « illégalité manifeste », qui s’apparenteraient alors aux actes inexistantes, pour lesquels le Conseil d’Etat a également considéré que le retrait peut être effectué sans aucune condition de délai? Il faudra sans doute attendre un nouveau pourvoi sur ce point pour avoir les éclaircissements nécessaires à ce sujet...”¹⁹⁴⁹

572. De hoger vermelde arresten van 10 september 1981 en 3 december 1985 (*supra* nr. 571) kunnen evenwel niet louter als geïsoleerde rechtspraak worden beschouwd. Ook in andere arresten heeft het Hof van Cassatie reeds rekening gehouden met de rechtszekerheid en de stabiliteit van de rechtsbetrekkingen (*supra* nr. 132) en zoals in het volgende hoofdstuk zal blijken, staat het Hof van Cassatie met name in fiscale aangelegenheden niet toe dat vorderingen tegen de belastingadministratie aan de rechter worden voorgelegd (en dus dat aanslagen op hun wettigheid worden getoetst) indien de eiser heeft nagelaten voorafgaandelijk het door of krachtens de wet georganiseerde administratief beroep in te stellen (*infra* nr. 631).

§ 3. De opvatting van het Rekenhof

573. Ook het Rekenhof ziet in de rechtspraak van de Raad van State een beperking van zijn grondwettelijke opdracht. Zoals artikel 159 van de Grondwet het wettigheidstoezicht door de hoven en rechtbanken ongelimiteerd zou toelaten (*supra* nr. 570), zou artikel 180 van de Grondwet geen beperking toestaan op de controle door het Rekenhof. Herhaaldelijk heeft het Rekenhof benadrukt dat het krachtens de Grondwet ertoe gehouden is de onwettigheid van elke administratieve rechtshandeling te bekritisieren en het Parlement dienaangaande te informeren, ongeacht het ogenblik waarop het Hof van de onwettigheid kennis krijgt, en dit om te beletten dat onwettige uitgaven ten laste van de begroting worden gelegd.¹⁹⁵⁰

¹⁹⁴⁸ Zie P. POPELIER, “De intrekking van bestuurshandelingen: een gissing naar een leer van het Hof van Cassatie”, noot onder Cass. 2 december 2002, *CDPK* 2003, 339 en M. BOES, “Intrekking van fiscale beslissingen”, *TFR* 2005, 393, die uit het arrest afleiden dat alleen klaarblijkelijk onwettige besluiten kunnen worden ingetrokken.

¹⁹⁴⁹ F. TULKENS en J. SOHIER, “Les cours et tribunaux – Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2002-2004”, *RBDC* 2004, 387.

¹⁹⁵⁰ Zie het 141° en 145° Boek van het Rekenhof.

Die strenge opstelling van het Rekenhof kon onder meer als gevolg hebben dat de onwettige toekenning van een pensioen na verloop van zestig dagen onaantastbaar was voor de Raad van State, terwijl het Rekenhof niettemin zijn visum weigerde op grond van die onwettigheid, waardoor het pensioen niet kon worden uitgekeerd.¹⁹⁵¹ In het verleden gaf een onwettige benoeming vaak aanleiding tot een opmerking van het Rekenhof, maar omdat daarvoor geen visum was vereist, werd met die opmerking geen rekening gehouden. Voor de toekenning van een pensioen was echter wel een visum vereist. Jaren later weigerde het Rekenhof dan dat visum wegens de onwettigheid van de benoeming.

Doordat de controle van het Rekenhof in werkelijkheid niet meer op individuele gevallen betrekking heeft, zijn dergelijke blokkeringen nu vrijwel tot een louter theoretisch probleem herleid.¹⁹⁵² Van het voorafgaand visum werd afgestapt (althans voor de federale overheid en vanaf 2012) bij de wet van 22 mei 2003 tot wijziging van de wet van 29 oktober 1846 op de inrichting van het Rekenhof.¹⁹⁵³

§ 4. De opvatting van het Hof van Justitie

574. De uiteenlopende opvattingen van het Hof van Cassatie en de Raad van State geven wel nog steeds aanleiding tot praktische problemen. In dat perspectief kan een blik over de grenzen inspiratie bieden voor een oplossing. Dat gaat niet alleen op voor de rechtsstelsels van onze buurlanden (*supra* nrs. 165-196), ook uit de Europese rechtsorde kunnen lessen worden getrokken.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat een verzoeker voor de nationale rechter niet de wettigheid van een Europese akte kan betwisten, met de bedoeling dat een prejudiciële vraag daarover aan het Hof van Justitie wordt voorgelegd, wanneer de verzoeker die akte rechtstreeks had kunnen aanvechten voor dat Hof op grond van artikel 263 van het VWEU (vroeger artikel 230 van het EG-Verdrag).¹⁹⁵⁴ Immers, “de beroepstermijnen beogen de rechtszekerheid te waarborgen door te voorkomen dat gemeenschapshandelingen die rechtsgevolgen teweegbrengen, onbeperkt in geding kunnen worden gebracht”.¹⁹⁵⁵ Wanneer men er anders over zou oordelen, zo oordeelt het Hof van Justitie, “dan zou hem aldus de mogelijkheid worden gegeven om aan het onherroepelijke karakter dat de beschikking na het verstrijken van de beroepstermijn jegens hem heeft, te ontkomen”.¹⁹⁵⁶

¹⁹⁵¹ Zie daarover het 141^o Boek van het Rekenhof, alsook P. QUERTAINMONT, “Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l’exception d’illégalité et le retrait des actes créateurs de droits)”, noot onder Cass. 21 april 1988, *RCJB* 1990, 423-425.

¹⁹⁵² Voor een voorbeeld, zie GwH 3 maart 2004, nr. 30/2004, B.6-B.7.

¹⁹⁵³ Het voorafgaand visum werd immers als weinig verenigbaar beschouwd met het nieuwe boekhoudsysteem en met de organisatie van een modern budgettair en comptabel proces, zoals geregeld in de wet van 22 mei 2003 houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale Staat, evenals met de beheerscontrole *a posteriori* waarmee de wet van 10 maart 1998 het Rekenhof heeft belast, A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 934.

¹⁹⁵⁴ HvJ (Grote kamer) 29 juni 2010, E en F, C-550/09, punten 45 en 46.

¹⁹⁵⁵ HvJ 9 maart 1994, TWD Textilwerke Deggendorf GmbH, C-188/92, punt 16.

¹⁹⁵⁶ HvJ 9 maart 1994, TWD Textilwerke Deggendorf GmbH, C-188/92, punt 18.

Een belangrijk vereiste is wel dat de verzoeker de betrokken akte “zonder enige twijfel” had kunnen aanvechten,¹⁹⁵⁷ anders moet hem alsnog de mogelijkheid worden verleend om achteraf de wettigheid te betwisten.¹⁹⁵⁸ Twijfel speelt met andere woorden in het voordeel van de verzoekers, zoniet “zouden deze personen zijn blootgesteld aan aanzienlijke druk om reeds enkel uit voorzorg stelselmatig beroep tot nietigverklaring in te stellen, zelfs indien de ontvankelijkheid van dat beroep twijfelachtig is, teneinde hun mogelijkheid om de betrokken gemeenschapshandeling nog te laten toetsen, niet in gevaar te brengen”. Uit proceseconomisch oogpunt zouden dergelijke “preventieve beroepen” niet wenselijk zijn.¹⁹⁵⁹

Een vordering tot schadevergoeding blijft in de opvatting van het Hof van Justitie wel mogelijk, wegens het autonome karakter daarvan,¹⁹⁶⁰ tenzij die in werkelijkheid strekt tot intrekking van een definitief geworden handeling en, indien zij werd toegewezen, tot gevolg zou hebben dat de rechtsgevolgen van die handeling teniet worden gedaan.¹⁹⁶¹

575. De rechtspraak van het Hof van Justitie leidt ongetwijfeld tot een meer coherente rechtsbescherming dan de uiteenlopende opvattingen van het Hof van Cassatie, de Raad van State en het Rekenhof. De vraag rijst derhalve of de rechtspraak van het Hof van Cassatie, die op het vlak van de wettigheidstoetsing onverkort voorrang verleent aan het wettigheidsbeginsel, niet aan herziening toe is, rekening houdend met het rechtzekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel (*supra* nr. 147).

§ 5. De opvatting van het Grondwettelijk Hof

576. Nu het probleem de uitlegging van de Grondwet betreft, zou het uiteindelijk aan het Grondwettelijk Hof kunnen toekomen zich over de uiteenlopende rechtspraak van de hoven en rechtbanken, enerzijds, en de Raad van State, anderzijds, uit te spreken. In het verleden heeft het Grondwettelijk Hof bijvoorbeeld reeds geoordeeld dat de wetgever niet zonder meer een onderdeel van de wettigheidscontrole kan uitschakelen. Wanneer bijvoorbeeld uit een wettige bepaling voortvloeit dat de beslagrechter zich enkel kan uitspreken over de formele regelmatigheid van de inhouding van een belastingschuld in een beslagprocedure en dus niet over het zekere, vaststaande en opeisbare karakter van de schuldvordering van de belastingadministratie, dan

¹⁹⁵⁷ HvJ 9 maart 1994, TWD Textilwerke Deggendorf GmbH, C-188/92, punt 24.

¹⁹⁵⁸ K. LENAERTS, “The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union”, *CMLRev.* 2007, 1633-1634; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, 249-250.

¹⁹⁵⁹ J. KOKOTT, conclusie van 26 juni 2008 voor HvJ (Grote kamer) 22 december 2008, Régie Networks, C-333/07, punt 49; J. MAZÁK, conclusie van 18 december 2008 voor HvJ 2 juli 2009, Bavaria, C-343/07, vn.15.

¹⁹⁶⁰ Het beginsel van de autonomie van de vordering tot schadevergoeding vindt zijn rechtvaardiging in de omstandigheid dat een dergelijke vordering zich door haar voorwerp van het beroep tot nietigverklaring onderscheidt, Ger. EU 21 juni 2006, Danzer/Raad, T-47/02, 27.

¹⁹⁶¹ Dat is met name het geval wanneer de vordernig tot schadevergoeding strekt tot betaling van een bedrag dat precies overeenkomt met het bedrag van de rechten die de verzoeker ter uitvoering van de definitief geworden handeling heeft betaald, bv. Ger. EU 21 juni 2006, Danzer/Raad, T-47/02, 28. Zie S. ADAM, “Le contrôle incident de légalité à l’épreuve du droit de l’Union européenne entre mutations et transfiguration”, in *L’article 159 de la Constitution*, 373. Vgl. Gerecht voor ambtenarenzaken 13 januari 2010, A. en G./Commissie, F-124/05 en F-96/06, punt 226: “Selon une jurisprudence constante, un fonctionnaire qui n’a pas attaqué dans les délais prévus aux articles 90 et 91 du statut une décision de l’AIPN lui faisant grief ne saurait se prévaloir de la prétendue illégalité de cette décision dans le cadre d’un recours en indemnité.”

wordt daardoor afbreuk gedaan aan het fundamenteel recht op een daadwerkelijk juridictioneel toezicht.¹⁹⁶²

Hoewel de rechtsbescherming in de opvatting van de Raad van State en het Hof van Justitie niet wordt uitgeschakeld, maar (in de tijd) beperkt, zou het Hof op soortgelijke wijze ertoe kunnen worden gebracht na te gaan (via toetsing aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, *supra* nr. 294) of de wetgever, door het bepalen van de beroepstermijn voor het instellen van een beroep bij de Raad van State, een billijk evenwicht heeft tot stand gebracht tussen twee grondwettelijke beginselen: het wettigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

577. De Raad van State heeft echter reeds bij herhaling geweigerd om in dat verband een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.

In het arrest *Dechamp* van 18 oktober 2000 werd de Raad van State verzocht de volgende prejudiciële vraag te stellen:

“Worden de artikelen 10 en 11, juncto artikel 159 van de Grondwet, geschonden door de artikelen 14 en 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, wanneer die artikelen zo worden uitgelegd dat ze uitsluiten dat de Raad van State bevoegd is om kennis te nemen van de wettigheid van een bestuurshandeling waarmee machtsoverschrijding gemoeid is en die rechten doet ontstaan, maar door de administratieve overheid niet is ingetrokken na het verstrijken van de termijn waarbinnen bij de Raad van State beroep kan worden ingesteld, terwijl voor andere gerechten, en in het bijzonder de justitiële gerechten, de bij het geding betrokken partijen overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet altijd de mogelijkheid hebben om te allen tijde de onwettigheid van dezelfde rechtscheppende bestuurshandeling op te werpen, zelfs als die bestuurshandeling niet is ingetrokken door de overheid of niet wordt aangevochten via een beroep bij de Raad van State dat binnen de wettelijke termijn is ingesteld?”

De Raad van State verwerpt dat verzoek. Hij stelt vast dat dat de gewone hoven en rechtbanken en de Raad van State verschillende bevoegdheden uitoefenen en dat de tegenspraak in de jurisprudentie het gevolg is van de dualiteit van de gerechten. Het verschil in behandeling dat daaruit voortvloeit zou niet te wijten zijn aan de artikelen 14 en 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, maar aan de uiteenlopende jurisprudentie van het Hof van Cassatie en van de Raad van State over de mogelijkheid om de wettigheid van een individuele bestuurshandeling op de helling te zetten. Bijgevolg zou het Grondwettelijk Hof niet bevoegd zijn om zich uit te spreken over de jurisprudentie van die gerechten, noch *a fortiori*, om te zeggen aan welke jurisprudentie in geval van tegenspraak de voorkeur dient te worden gegeven.¹⁹⁶³

¹⁹⁶² GWH 7 juli 1998, nr. 78/98, B.10. Het Hof van Cassatie leidt daaruit af dat de beslagrechter vermog te toetsen of de in beginsel niet zekere, vaststaande en opeisbare schuldvordering van het fiscaal bestuur, spijs haar betwisting, *prima facie* een zekere en vaststaande vordering uitmaakt in de zin van artikel 1415 van het Gerechtelijk Wetboek, alsook dat deze rechter tot taak heeft te oordelen of de bewijselementen of de aanwijzingen van fraude aangevoerd in de bestuurlijke processen-verbaal, de inhoudingsmaatregel kunnen rechtvaardigen, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, de noodzaak om de belangen van de Schatkist te beschermen en de noodzakelijke proportionaliteit tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel, Cass. 3 januari 2003, C.00.0116.N, *Arr.Cass.* 2003, 9, nr. 4, concl. D. THUIS; zie ook het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003*, 51-52 en *supra* nr. 202.

¹⁹⁶³ RvS 18 oktober 2000, nr. 90.287, *Dechamp*, *JT* 2001, 333, noot D. LAGASSE, *CDPK* 2002, 119, noot A. COPPENS.

Dat oordeel van de Raad van State ziet over het hoofd dat het Grondwettelijk Hof bevoegd is om een wettelijke bepaling, in een bepaalde interpretatie (namelijk de interpretatie waarin de rechter haar aan het Hof voorlegt), strijdig te bevinden met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (of met andere artikelen die tot zijn toetsingsbevoegdheid behoren, *supra* nr. 294).¹⁹⁶⁴

Ook in een later arrest bevestigt de Raad van State dat de verschillende interpretatie die het Hof van Cassatie en de Raad van State geven aan artikel 159 van de Grondwet met betrekking tot definitief geworden individuele administratieve beslissingen, niet het voorwerp kan uitmaken van een vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof, “aangezien dat Hof alleen bevoegd is om uitspraak te doen over de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet door een wet, een decreet of een ordonnantie”.¹⁹⁶⁵

578. Nog later ontwikkelt de Raad van State een andere argumentatie om aan de verplichting tot prejudiciële vraagstelling te ontsnappen:

“Considérant que c’est à tort que la partie adverse présente le fondement et les modalités du retrait ainsi rappelés comme contraires à l’article 159 de la Constitution; que s’il advient qu’un acte ou un règlement administratif ne peut plus être retiré parce qu’il n’a pas été attaqué dans le délai de soixante jours mentionné ci-avant, c’est par application de l’article 160 de la Constitution, des lois coordonnées sur le Conseil d’Etat et du règlement général de procédure et non pas, ainsi que l’allègue la partie adverse, par une interprétation restrictive de l’article 159 de la Constitution, laquelle devrait faire l’objet de questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle; que, telles que les formule la partie adverse, ces questions, fondées sur une interprétation de l’article 159 de la Constitution, sont sans rapport avec le présent litige; qu’elles n’ont dès lors pas à être posées”.¹⁹⁶⁶

De theorie van de intrekking wordt in die uitspraak losgekoppeld van artikel 159 van de Grondwet en aangehaakt bij artikel 160 van de Grondwet, dat in 1993 in de Grondwet werd opgenomen om een grondwettelijke grondslag te geven aan de Raad van State en dat met name aan de wetgever opdraagt de samenstelling, de bevoegdheid en de werking van de Raad van State te regelen. Door slechts gedurende een beperkte termijn een annulatieberoep tegen bestuurshandelingen toe te staan, zou de wetgever tegelijkertijd de mogelijkheid tot intrekking van die bestuurshandelingen hebben beperkt.

De loskoppeling van artikel 159 van de Grondwet is voor kritiek vatbaar, gelet op de nauwe samenhang tussen de mogelijkheid tot intrekking van een onwettige bestuurshandeling door het bestuur en de niet-toepassing ervan door de rechter, die immers beide door de Raad van State in rechtstreeks verband worden gebracht met de beperkte annulatietermijn (*supra* nr. 569). Met de loskoppeling kan de Raad van State in het voorliggende geval aan het stellen van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof ontsnappen, maar die uitweg is niet voorhanden

¹⁹⁶⁴ Zie bv. inzake de interpretatie van het belangvereiste vervat in artikel 19, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, GwH 10 november 1999, nr. 117/99. Vgl. RvS 21 januari 2009, nr. 189.688, cvba Interest-Ost en nv Electrabel en RvS 30 november 2009, nr. 198.374, Demerlier.

¹⁹⁶⁵ RvS 12 maart 2001, nr. 93.847, Vande Castele.

¹⁹⁶⁶ RvS 19 mei 2009, nr. 193.418, Goslar, CDPK 2009, 277, noot M. NIHOUL.

wanneer niet de theorie van de intrekking maar de niet-toepassing van de exceptie van onwettigheid in vraag wordt gesteld.

Tot op heden heeft het Grondwettelijk Hof zich echter nog niet kunnen uitspreken over de vraag of artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in samenhang gelezen met het rechtszekerheidsbeginsel, in de interpretatie dat bij de beoordeling van de wettigheid van een bestreden bestuurshandeling een definitief geworden onwettige bestuurshandeling niet buiten toepassing mag worden gelaten.

Afdeling 3 – De verhouding tussen artikel 159 van de Grondwet en de overheidsaansprakelijkheid

579. In een groot aantal geschillen waarin de onwettigheid van een bestuurshandeling wordt aangevoerd is het er ook – soms zelfs in de eerste plaats – om te doen een schadevergoeding van de overheid te vorderen, op grond van de aangevoerde onwettigheid.¹⁹⁶⁷ Zoals bekend is de administratieve overheid sedert het arrest *Flandria* (*supra* nr. 196) principieel aan het gemeen aansprakelijkheidsrecht onderworpen (artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek),¹⁹⁶⁸ al werden slechts zeer geleidelijk alle consequenties daarvan aanvaard.¹⁹⁶⁹

De aansprakelijkheid van de overheid geldt zowel voor de uitvoering van de beslissing als voor de beslissing zelf,¹⁹⁷⁰ ook indien die een algemene draagwijdte heeft.¹⁹⁷¹ Zij beschermt niet alleen de burgerlijke rechten, maar ook de politieke rechten¹⁹⁷² en zelfs de rechtmatige belangen¹⁹⁷³ van de burger.¹⁹⁷⁴

580. Wanneer de onwettigheid van een bestuurshandeling wordt vastgesteld, lijkt de toekenning van een schadevergoeding dus op het eerste gezicht voor de hand te liggen. De overheid heeft

¹⁹⁶⁷ A. ALEN en J. THEUNIS, "Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in artikel 159 van de Grondwet", *Staatsrecht*, Themis-vormingsonderdeel 54, Brugge, die Keure, 2009, 24.

¹⁹⁶⁸ Artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt: "Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden."

Artikel 1383 van hetzelfde Wetboek bepaalt: "Ieder is aansprakelijk niet alleen voor de schade welke hij door zijn daad, maar ook voor die welke hij door zijn nalatigheid of door zijn onvoorzichtigheid heeft veroorzaakt."

¹⁹⁶⁹ Zie over de evolutie van de rechtspraak op dat punt o.a. A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 890-914; A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Syllabusuitgave, deel II, Kluwer, Mechelen, 2008, 343-345; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 382-392. Zie ook *supra* nr. 412.

¹⁹⁷⁰ Cass. 7 maart 1963, *RW* 1963-64, 1115, *Pas.* 1963, I, 744, concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *RCJB* 1963, 93, noot J. DABIN, *JT* 1963, 226, noot C. CAMBIER. Zie ook R.O. DALCQ, "La place de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1963 dans la jurisprudence relative à la responsabilité de la puissance publique", in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, deel III, Brussel, Bruylant, 1972, 25-41.

¹⁹⁷¹ Cass. 26 april 1963, *RW* 1963-64, 287, *Pas.* 1963, I, 905, *RCJB* 1963, 116, noot J. DABIN.

¹⁹⁷² Cass. 16 december 1965, *Pas.* 1966, I, 513, concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *RCJB* 1969, 305, noot Ch. GOOSSENS; Cass. 23 april 1971, *Arr.Cass.* 1971, 786, concl. F. DUMON, *JT* 1972, 689, noot Ph. MAYSTADT, *RCJB* 1975, 5, noot F. DELPÉRÉE.

¹⁹⁷³ Cass. 13 mei 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1134, nr. 547, *Pas.* 1982, I, 1056, concl. J. VELU, *RCJB* 1984, 5, noot R.O. DALCQ.

¹⁹⁷⁴ W. VERRIJDT, "De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever", in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 316-317.

een onwettigheid begaan, die fout heeft schade veroorzaakt, dus de overheid moet die schade vergoeden.

Bij nader toezien blijken er toch een aantal valkuilen te zijn voor de rechtzoekende die zich op het pad van de overheidsaansprakelijkheid wenst te begeven.

§ 1. Eerste valkuil: de eenheid van onwettigheid en fout

581. Een eerste valkuil is de eenheid van onwettigheid en fout. Lewalle beschrijft de kwestie als “une des questions parmi les plus connues, mais à notre sens parmi les plus délicates, qui se puisse rencontrer dans le droit de la responsabilité civile: celle de savoir si toute illégalité commise par une autorité administrative doit être considérée comme une faute”.¹⁹⁷⁵

Het Hof van Cassatie heeft de zogenaamde eenheid van onwettigheid en fout als volgt vooropgesteld in zijn arrest van 13 mei 1982:

“Overwegende dat, behoudens onoverkomelijke dwaling of enige andere oorzaak van vrijstelling van aansprakelijkheid, de bestuursoverheid een fout begaat wanneer zij een verordening vaststelt of goedkeurt waarin zij grondwettelijke of wettelijke regels schendt die haar voorschrijven op een bepaalde wijze niets of wel iets te doen, zodat zij burgerrechtelijk aansprakelijk is als die fout schade veroorzaakt;

Overwegende dat de beslissingen tot nietigverklaring van de Raad van State gezag van gewijsde *erga omnes* hebben;

Dat wanneer een gewone rechtbank rechtsgeldig kennis heeft genomen van een aansprakelijkheidsvordering die gegrond is op machtsoverschrijding ten gevolge van schending van zodanige grondwettelijke of wettelijke regels die aanleiding heeft gegeven tot nietigverklaring door de Raad van State van een administratieve handeling, deze de machtsoverschrijding moet vaststellen; dat die rechtbank, onder vorenvermeld voorbehoud, noodzakelijk moet beslissen dat de bestuursoverheid, die de nietigverklarde handeling heeft toegepast, een fout heeft begaan, [en] voor zover het oorzakelijk verband tussen de machtsoverschrijding en de schade bewezen is, vergoeding van die schade [moet] bevelen”.¹⁹⁷⁶

Uit dat arrest (en latere rechtspraak) blijkt dat een onwettigheid slechts een fout uitmaakt wanneer (1) de door het bestuur geschonden rechtsnorm hem “verplicht iets niet te doen of op een bepaalde manier wel iets te doen” én (2) wanneer er in dat geval geen grond tot vrijstelling van aansprakelijkheid is (een onoverkomelijke dwaling of een andere grond tot vrijstelling van aansprakelijkheid). Dat uitgangspunt geldt eveneens wanneer de Raad van State de bestuurshandeling heeft vernietigd, zo mag worden afgeleid uit de woorden “onder vorenvermeld voorbehoud” in de aangehaalde overwegingen van het arrest van 13 mei 1982.

De eenheid van onwettigheid en fout is met andere woorden niet absoluut. Zij geldt in de regel slechts onder een dubbel voorbehoud.

¹⁹⁷⁵ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 387.

¹⁹⁷⁶ Cass. 13 mei 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1134, nr. 547, *Pas.* 1982, I, 1056, concl. J. VELU, *RCJB* 1984, 5, noot R.O. DALCQ.

a. *Eerste voorbehoud: de geschonden rechtsregel legt een welbepaald gedrag op*

582. Allereerst moet worden opgemerkt dat de aansprakelijkheid van de overheid niet alleen in het geding kan komen wanneer de overheid een specifieke rechtsnorm schendt, maar ook wanneer zij aan de algemene zorgvuldigheidsplicht tekortkomt, opgelegd door artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek. Dat blijkt reeds uit de conclusie bij het voormelde arrest van 13 mei 1982 (*supra* nr. 581)¹⁹⁷⁷ en wordt in een arrest van 25 oktober 2004 uitdrukkelijk gepreciseerd:

“Overwegende dat de fout van de bestuurlijke overheid, die op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek haar aansprakelijkheid kan meebrengen, bestaat in een gedraging die ofwel neerkomt op een verkeerd optreden dat beoordeeld moet worden volgens de maatstaf van een normaal zorgvuldige en voorzichtige overheid die in dezelfde omstandigheden verkeert, ofwel, behoudens onoverkomelijke dwaling of enige andere rechtvaardigingsgrond, een schending inhoudt van een nationaalrechtelijke norm of van een internationaal verdrag met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, waarbij deze overheid verplicht is niet te doen of op een bepaalde manier wel iets te doen”.¹⁹⁷⁸

De aangehaalde overweging is niet meer dan een bijzondere uitdrukking van het tweeledige foutbegrip dat ook in het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsrecht geldt: het foutieve gedrag kan bestaan in het schenden van een specifieke rechtsnorm (eerste criterium) of in het overtreden van de algemene zorgvuldigheidsplicht (tweede criterium). Door dat tweede criterium is het bijvoorbeeld mogelijk dat, zelfs in de gevallen waarin de wet geen specifieke uitvoeringstermijn bepaalt (in welk geval het eerste criterium van toepassing zou zijn), het verzuim vanwege de uitvoerende macht om een verordening uit te vaardigen toch tot schadeloosstelling aanleiding kan geven (*supra* nr. 329).

583. Niet elke schending van een rechtsregel houdt volgens het eerste criterium een foutieve gedraging van de overheid in, maar enkel de schending van een rechtsregel die een welbepaald gedrag oplegt. Dat betekent een belangrijke nuancering van de eenheid van onwettigheid en fout.

De vraag of een rechtsregel de overheid verplicht iets “niet te doen of op een bepaalde manier iets wel te doen”, is echter niet altijd gemakkelijk te beantwoorden. De zaak waarover het Hof zich in het voormelde arrest van 25 oktober 2004 heeft uitgesproken (*supra* nr. 582), biedt daarvan een illustratie. De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (RSZ) had in een bepaald geval beslist om een werkneemster uit te sluiten van het voordeel van het socialezekerheidsstelsel voor werknemers, omdat de arbeidsverhouding tussen de werkneemster en haar partner niet

¹⁹⁷⁷ J. VELU, concl. voor Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1982, I, 1077 e.v. Zie ook reeds Cass. 7 maart 1963, hoger aangehaald (vn. 1969), waarin het Hof van Cassatie oordeelde “dat de machten welke de wet aan de administratie in het algemeen belang toekent haar niet vrijstellen van de verplichting van voorzichtigheid, welke zich aan allen opdringt”.

¹⁹⁷⁸ Cass. 25 oktober 2004, S.03.0072.F, *Arr.Cass.* 2004, 1688, nr. 507, *RW* 2006-07, 1485, concl. J.-F. LECLERCQ, *JLMB* 2005, 638, noot D. DE ROY. Zie over dat arrest ook het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2004*, 46-47, waarin het Hof de aangehaalde overweging als het in herinnering brengen van “zijn gevestigde rechtspraak” aanmerkt.

gekwalficeerd kon worden als een “arbeidsovereenkomst”. De arbeidsgerechten beoordeelden de situatie anders, en besloten tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst, waardoor de betrokkene het voordeel van het socialezekerheidsstelsel voor werknemers kon genieten. Het Arbeidshof oordeelde dat de onwettigheid van de beslissing van de RSZ, vastgesteld door de hervorming van deze beslissing, toeliet om een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek te weerhouden in hoofde van dit organisme.

Het Hof van Cassatie is het daar niet mee eens: geen enkele rechtsnorm verplicht de RSZ om, bij de kwalificatie van een arbeidsverhouding, niet te handelen of op een welbepaalde manier te handelen. Daaruit volgt, volgens het Hof, dat de beslissing tot uitsluiting van het voordeel van de sociale zekerheid voor werknemers alleen als foutief zou kunnen worden aangemerkt, wanneer zij zou bestaan in een gedraging die neerkomt op een verkeerd optreden beoordeeld naar de maatstaf van de normaal zorgvuldige en omzichtige administratieve overheid, geplaatst in dezelfde omstandigheden, welk gedrag het bestreden arrest niet had vastgesteld.

Dat over de kwestie of een rechtsregel een welbepaald gedrag oplegt van mening kan worden verschild, blijkt ook uit de conclusie van het openbaar ministerie, dat daarin van oordeel was dat de artikelen 1 tot 4 van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, die het toepassingsgebied van die wet vaststellen, wel degelijk behoren tot de categorie van bepalingen die de administratieve overheid verplichten om op een welbepaalde manier te handelen.¹⁹⁷⁹

584. Het arrest plaatste niet alleen het Hof van Cassatie tegenover zijn openbaar ministerie, het zaaide ook verdeeldheid in de rechtsleer. Het verschil van mening lijkt het beslechte geval bovendien te overstijgen. In wezen betwist een bepaalde strekking dat er een andere categorie van rechtsregels bestaat dan degene die de overheid verplichten iets niet te doen of op een bepaalde manier iets wel te doen.¹⁹⁸⁰ In die optiek is elke onwettigheid een fout. Anderen houden vast aan het voormelde (eerste) voorbehoud inzake de eenheid van onwettigheid en fout.¹⁹⁸¹ In die optiek houdt niet elke onwettigheid *ipso facto* het bewijs van een fout in; dat is dan

¹⁹⁷⁹ J.-F. LECLERCQ, concl. voor Cass. 25 oktober 2004, S.03.0072.F, RW 2006-07, 1486-1487. Zie *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2004*, 46-47. Los van dit arrest stelde ook Vandenberghe reeds vast dat “het onderscheid tussen specifieke norm en algemene zorgvuldigheidsnorm niet altijd waterdicht is”, H. VANDENBERGHE, “Overheidsaansprakelijkheid. Aansprakelijkheid van de uitvoerende macht”, in H. VANDENBERGHE (ed.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2005, 4.

¹⁹⁸⁰ Bv. D. RENDERS en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Erreur de droit et droit à l’erreur”, in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 461-465; D. RENDERS e.a., *Droit administratif. Tome III: Le contrôle de l’administration*, Brussel, Larcier, 2010, 185-187.

¹⁹⁸¹ Bv. I. BOONE, noot onder Cass. 25 oktober 2004, S.03.0072.F, NjW 2004, 1318; A. WIRTGEN, “Recente ontwikkelingen inzake overheidsaansprakelijkheid”, in P.D.G. CABOOR, J. DEBIEVRE, G. LAENEN e.a., *Rechtsbescherming*, (Actualia publiekrecht, 1), Brugge, die Keure, 2008, 146-147; D. DE ROY, “La responsabilité quasi-délictuelle de l’administration : unité ou dualité des notions d’illégalité et de faute”, in H. DUMONT, P. JADOUŁ en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Brussel, la Charte, 2007, 85-89. Zie ook I. CLAEYS, “Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid : zijn wetsschending en fout nog één?”, in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, XXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2007, 217, die meent dat de werkelijke motieven van het arrest van beleidsmatige aard zijn: “Het Hof weet dat de kwalificatie van een rechtsverhouding als een arbeidsovereenkomst niet gemakkelijk is. Het vreest daarom dat de RSZ, hetzij al te vaak met

enkel het geval wanneer de geschonden norm een regel is die een bepaalde handeling of onthouding oplegt.¹⁹⁸²

585. De discussie werd nog aangewakkerd naar aanleiding van de rechtspraak inzake aansprakelijkheid van de overheid voor een fout van de wetgever. In zijn conclusie voor het arrest *Ferrara Jung* van 28 september 2006 (*supra* vn. 13), lijkt toenmalig eerste advocaat-generaal Leclercq ervan uit te gaan dat het eerste voorbehoud niet van toepassing is in geval van een vernietigingsarrest (en bij uitbreiding ook in geval van een prejudicieel arrest waarin een ongrondwettigheid wordt vastgesteld) van het Grondwettelijk Hof:

“Votre jurisprudence relative aux conséquences civiles d'un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat doit, me semble-t-il, être appliquée *mutatis mutandis* à la responsabilité du Pouvoir législatif. Je crois donc pouvoir dire que lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire est valablement saisie sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil d'une demande en responsabilité fondée sur la méconnaissance par le législateur des règles constitutionnelles et que cette méconnaissance a été sanctionnée par l'annulation de la loi, du décret ou de la règle visée à l'art. [134] de la Constitution, la juridiction de l'ordre judiciaire doit nécessairement décider, en raison de l'autorité de la chose jugée *erga omnes* qui s'attache à pareille décision d'annulation (L. 6 janvier 1989, art. 9, § 1), que le législateur, auteur de la loi annulée, a commis une faute et que cette faute donne lieu à réparation à la condition que le lien causal entre la méconnaissance de la Constitution et le dommage soient prouvés. Il me paraît que *mutatis mutandis* la même solution peut être envisagée en cas d'un arrêt portant réponse à une question préjudicielle.”¹⁹⁸³

De toenmalig eerste advocaat-generaal en huidig procureur-generaal stelt een vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof gelijk met een vernietigingsarrest van de Raad van State en leidt uit het absoluut gezag van gewijsde van een dergelijk arrest de eenheid van on(grond)wettigheid en fout af. Een deel van de rechtsleer is het daarmee eens.¹⁹⁸⁴

586. In een ander deel van de rechtsleer is echter verzet gerezen tegen die gelijkschakeling. De redenering van het arrest van 13 mei 1982 doortrekkend (*supra* nr. 581), wordt betoogd dat een door het Grondwettelijk Hof vastgestelde ongrondwettigheid van een wetgevende norm niet *ipso facto* een fout uitmaakt, maar dat naar de aard van de geschonden rechtsnorm moet worden gekeken.¹⁹⁸⁵ Enkel wanneer die norm een regel is die een bepaalde handeling of onthouding oplegt, staat de vastgestelde ongrondwettigheid gelijk met een fout.

aansprakelijkheidsclaims zal worden geconfronteerd, hetzij niet meer efficiënt zou kunnen beslissen omdat het, verlamd door een vrees voor aansprakelijkheid, minder geneigd zou zijn om het voordeel van de sociale zekerheid aan de rechtsonderhorige te ontnemen, zodat het sociale zekerheidsstelsel op zijn beurt in het (financiële) gedrang zou kunnen komen.”

¹⁹⁸² Zie ook reeds K. STANGHERLIN, “A la rescousse de l'article 1382 du Code civil. A propos d'une question préjudicielle de la Cour d'arbitrage”, *TBBR* 2003, 616.

¹⁹⁸³ J.-F. LECLERCQ, concl. voor Cass. 28 september 2006, C.02.0570.F, *Pas.* 2006, 1885-1886, nr. 445. Zie ook Th. WERQUIN, concl. voor Cass. 21 december 2007, C.06.0457.F, *Pas.* 2007.

¹⁹⁸⁴ Zie o.a. A. VAN OEVELEN, “De aansprakelijkheid van de Staat, de Gewesten en de Gemeenschappen voor onrechtmatige wetgeving”, *TvW* 2006, 411; P. VAN OMMESLAGHE en J. VERBIST, “Overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht”, *TBP* 2009, 16; H. VUYE, “Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever. Van Europees recht naar Belgisch recht: een (te) grote stap?”, in H. VANDENBERGHE (ed.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2005, 197.

¹⁹⁸⁵ Zie o.a. A. ALEN, “De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens schending van de Grondwet”, in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*,

Een recent arrest van het Hof van Cassatie lijkt die stelling in zekere mate te ondersteunen. Het betreft de hypothese waarin het Grondwettelijk Hof in antwoord op een prejudiciële vraag heeft vastgesteld dat een wetgevende norm de Grondwet schendt. Volgens een arrest van het Hof van Beroep te Brussel impliceert dergelijke vaststelling dat het foutieve gedrag van de wetgever vaststaat. Het Hof van Cassatie vernietigt het laatstgenoemde arrest op grond van de volgende overwegingen:

“3. Het oordeel van het Grondwettelijk Hof, in het kader van een prejudiciële vraag, dat een wettelijke bepaling indruist tegen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet heeft nog niet tot gevolg dat vaststaat dat de wetgever onrechtmatig heeft gehandeld in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek.

4. De aansprakelijkheid van de wetgever voor het nemen van een foutieve wetgeving vraagt een eigen beoordeling door de rechter aan wie gevraagd wordt de Staat te veroordelen op grond van een onrechtmatige daad. De loutere verwijzing naar een arrest van het Grondwettelijk Hof dat prejudicieel een tegenstrijdigheid tussen wet en Grondwet ontwaart op grond van de toestand van het recht op het ogenblik waarop het oordeelt, volstaat niet als een eigen beoordeling.”¹⁹⁸⁶

Wat die eigen beoordeling door de rechter precies dient in te houden, wordt in het arrest niet verduidelijkt,¹⁹⁸⁷ maar met het vereiste van een eigen beoordeling lijkt wel vast te staan dat een automatische gelijkstelling van ongrondwettigheid en fout in de vooropgestelde hypothese is uitgesloten.

587. Het besluit kan derhalve luiden dat tot nader order, in het licht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie (en in weerwil van het verzet daartegen door het openbaar ministerie en een deel van de rechtsleer), wel degelijk rekening moet worden gehouden met het eerste voorbehoud bij de eenheid van onwettigheid en fout. Of de geschonden rechtsregel al dan niet een welbepaald gedrag oplegt, wordt door het Hof van Cassatie gecontroleerd.

Het voorbehoud verhindert niet dat de overheid, ook wanneer de geschonden rechtsregel geen welbepaald gedrag oplegt, nog steeds aansprakelijk kan worden gesteld wanneer zij de algemene zorgvuldigheidsnorm niet naleeft (*supra* nr. 582). Op dat punt geldt als vuistregel dat

Limal, Anthemis, 2010, 859; K. MUYLLE, “Wat kan een rechtspracticus aanvangen met een arrest van het Grondwettelijk Hof? Gevolgen van arresten van het Grondwettelijk Hof in het annulatiecontentieux”, in P.D.G. CABOOR, J. DEBIÈVRE, G. LAENEN e.a., *Rechtsbescherming*, (Actualia publiekrecht, 1), Brugge, die Keure, 2008, 192-193; W. VERRIJDT, “De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever”, in A. ALÉN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 333-334.

¹⁹⁸⁶ Cass. 10 september 2010, F.09.0042.N. Het Hof van Cassatie preciseert evenwel niet op welke wijze die “eigen beoordeling” dient te gebeuren.

¹⁹⁸⁷ De verwijzing naar “de toestand van het recht waarop het [Grondwettelijk Hof] oordeelt”, refereert klaarblijkelijk aan de mogelijke wijziging van het toetsingskader (*supra* nrs. 371-374). Zie daarover ook E. DE KEZEL, “Het risico op aansprakelijkheid van de overheid voor fouten van de wetgever”, *RW* 2009-2010, 147.

de mogelijkheid voor de rechter om een schending van de zorgvuldigheidsnorm vast te stellen omgekeerd evenredig is met de beleidsmarge waarover de overheid beschikt.¹⁹⁸⁸

b. Tweede voorbehoud: grond tot vrijstelling van aansprakelijkheid

588. Het tweede voorbehoud daarentegen is wel een echt voorbehoud. De eenheid van onwettigheid en fout gaat maar op voor zover er geen sprake is van onoverkomelijke dwaling¹⁹⁸⁹ of een andere grond tot vrijstelling van aansprakelijkheid. De vraag is uiteraard wat onder die begrippen kan worden verstaan.

Dwaling is een verkeerde voorstelling of een onwetendheid en kan zowel op feiten als op het objectieve recht betrekking hebben. Zij is slechts dan een grond tot vrijstelling van aansprakelijkheid indien zij onoverkomelijk is. Het meest problematisch is in dat verband de rechtsdwaling.¹⁹⁹⁰

589. Als uitgangspunt mag worden aangenomen dat onoverkomelijke dwaling in hoofde van de administratieve overheid bij de toepassing van de wet zich maar zelden zal voordoen: "Als de burger al wordt geacht de wet te kennen, dan is dat des te meer het geval voor de overheid".¹⁹⁹¹ Van onoverkomelijke rechtsdwaling kan slechts sprake zijn wanneer wordt vastgesteld dat de persoon die ze inroept de dwaling heeft begaan zoals ieder redelijk en voorzichtig persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden, ze zou hebben begaan.¹⁹⁹² De zorgvuldigheidsplicht sluipt zo langs een achterdeur binnen bij de beoordeling van normovertredend gedrag, ook als de norm een welbepaald gebod of verbod oplegt.¹⁹⁹³

De traditionele voorbeelden die doorgaans worden aangehaald zijn de retroactieve wetten (met inbegrip van de interpretatieve wetten die uit hun aard eveneens retroactief zijn, *supra* nr. 259) en de situaties waarin de rechter het geweer van schouder verandert (ommekeer van

¹⁹⁸⁸ In dezelfde zin, *mutatis mutandis*, W. VERRIJDT, "De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever", in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 327.

¹⁹⁸⁹ Bv. Cass. 8 februari 2008, C.07.0131.F, *Arr.Cass.* 2008, 370, nr. 96, *NjW* 2008, 638, noot G. JOCQUÉ, *JT* 2008, 569, noot D. RENDERS, *Rev.dr.comm.* 2008, 47, noot J. VANHAEVERBEEK.

¹⁹⁹⁰ I. CLAEYS, "Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden, ...", in B. TILLEMEN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 30-31.

¹⁹⁹¹ S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 139. In dezelfde zin reeds F. DUMON, concl. voor Cass. 19 december 1980, *Arr.Cass.* 1980, 458, nr. 241, *RW* 1981-82, 1072: "Het lijkt me evident, dat de beoordeling van hetgeen onoverkomelijk is of niet, strenger zal zijn voor een ambtenaar en nog meer voor zijn gehele openbare dienst dan voor een gewoon burger, zeker niet omdat zij anders moeten worden behandeld dan de andere rechtssubjecten maar gewoonweg omdat zij over bronnen en mogelijkheden van informatie beschikken die anderen niet hebben. Het ligt dan ook voor de hand, dat alleen zeer bij uitzondering het bestaan van een onoverkomelijke dwaling zal kunnen worden aangenomen."

¹⁹⁹² H. VANDENBERGHE, "Overheidsaansprakelijkheid. Aansprakelijkheid van de uitvoerende macht", in H. VANDENBERGHE (ed.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2005, 13.

¹⁹⁹³ Zie in die zin ook I. CLAEYS, "Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid: zijn wetsschending en fout nog één?", in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, XXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2007, 226, die eraan toevoegt dat de bewijslast wel omgekeerd blijft: het is de verweerder, te dezen de overheid, die het gebrek aan een fout moet aantonen.

rechtspraak, *supra* nrs. 372).¹⁹⁹⁴ Kortom, situaties waarin de onwettigheid van de bestuurshandeling “trouve son fondement dans un fait postérieur à l’adoption de cet acte, dont l’administration n’aurait pas pu tenir compte”.¹⁹⁹⁵

Volgens sommigen moet daaraan ook de hypothese van uiteenlopende rechtspraak worden toegevoegd (*supra* nr. 440),¹⁹⁹⁶ maar of dat ook uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt, is een punt van betwisting.¹⁹⁹⁷ Renders en van Drooghenbroeck stellen de volgende oplossing voor:

“L’administration serait tenue d’avoir égard à l’enseignement jurisprudentiel le plus récent, émanant de la juridiction la plus élevée au sein de l’ordre juridictionnel auquel cette juridiction appartient, même si l’enseignement est encore minoritaire. Pour pouvoir être pris en considération, l’enseignement devrait, au surplus découler d’une décision de justice rendue avant l’adoption de l’acte administratif dont la régularité est contestée, pour autant que cette décision ait donné lieu à une publicité sur le site internet de la juridiction qui a rendu la décision et pour autant qu’un délai de dix jours se soit écoulé entre le moment où la décision a été mise en ligne et le moment où l’administration a adopté l’acte litigieux. Si, adoptant cet acte, l’administration obéissait à l’enseignement en question, il s’imposerait d’admettre que sa responsabilité civile ne saurait être engagée”.¹⁹⁹⁸

Die oplossing sluit in zekere zin aan bij het hoger geformuleerde voorstel (*supra* nrs. 252-255) om de administratieve overheden in beperkte mate toe te laten om zelf onwettige bestuurshandelingen buiten toepassing te laten (en op die manier ook een aansprakelijkheidsvordering te ontlopen). Alleen lijkt een termijn van tien dagen om kennis te nemen van de rechtspraak nogal kort. Rechtspraak verschilt immers op twee punten fundamenteel van regelgeving. In de eerste plaats sijpelt rechtspraak trager door naar het niveau van de dagelijkse rechtspraak, zeker wanneer zij niet in het *Belgisch Staatsblad* wordt gepubliceerd, zoals bijvoorbeeld wel het geval is met de arresten van het Grondwettelijk Hof. In de tweede plaats valt de rechtspraak niet zonder meer onder het adagium *nemo censetur ignorare legem*. Zelfs indien men ervan uitgaat dat de interpretatie van een norm inherent deel uitmaakt van de norm zelf, staat de uitbreiding van het voormelde adagium tot de verplichting

¹⁹⁹⁴ D. RENDERS en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Erreur de droit et droit à l’erreur”, in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 460-467.

¹⁹⁹⁵ D. RENDERS en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Erreur de droit et droit à l’erreur”, in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 460.

¹⁹⁹⁶ J. WILDEMEERSCH, “La responsabilité des pouvoirs publics: valse à trois temps sur un air de 1382”, in B. KOHL (ed.), *Droit de la responsabilité*, Luik, Anthemis, 2008, 239-242, met verwijzing naar Cass. 23 juni 2005, C.04.0160.F, *Arr.Cass.* 2005, 1437, nr. 372.

¹⁹⁹⁷ D. RENDERS, “De l’erreur inaccessible à l’erreur inadmissible, en passant par l’erreur invincible”, noot onder Cass. 8 februari 2008, *JT* 2008, 571, met verwijzing naar Cass. 16 september 2005, C.04.0276.F, *Arr.Cass.* 2005, 1659, nr. 439. Zie daarover ook I. CLAEYS, “Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid : zijn wetschending en fout nog één?”, in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, XXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2007, 227: “Rekening houdend met de twee besproken cassatiearresten (16 september en 23 juni 2005), lijkt het Hof van Cassatie de drempel voor het bestaan van een onoverkomelijke dwaling te willen verlagen. Het criterium van de onoverkomelijkheid omvat immers niet langer een verwijzing naar overmacht, maar enkel naar het zorgvuldigheidscriterium”.

¹⁹⁹⁸ D. RENDERS en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Erreur de droit et droit à l’erreur”, in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 467-468. Zij voegen eraan toe dat een situatie van uiteenlopende rechtspraak wel de aansprakelijkheid van de overheid in het geding kan brengen wegens een tekortkoming aan de zorgvuldigheidsplicht uit hoofde van de rechterlijke macht (*Ibid.*, 468).

om de norm te kennen, zoals uitgelegd in de rechtspraak, in vele gevallen op gespannen voet met het vereiste van voorzienbaarheid van de wet (*supra* nr. 53).

590. In een arrest van 8 februari 2008, ten slotte, lijkt het Hof van Cassatie een bijzonder soepele invulling te geven van het begrip onoverkomelijke dwaling. De zaak betreft een OCMW-secretaris wiens ambt aan het einde van de proeftijd van een jaar werd beëindigd. Die beslissing werd evenwel door de Raad van State vernietigd omdat een OCMW-secretaris bij zijn aanwerving niet aan een proeftijd mag worden onderworpen.¹⁹⁹⁹ Geruggesteund door dat vernietigingsarrest (*supra* nr. 581), vordert de betrokkene op grond van de vastgestelde onwettigheid een schadevergoeding van het OCMW. In eerste aanleg krijgt hij gedeeltelijk gelijk, maar in hoger beroep wordt zijn vordering afgewezen.

Het Hof van Beroep stelt een onoverkomelijke dwaling vast, gesteund op de volgende beoordelingsgegevens: (1) het definitief karakter, bij gebrek aan het instellen van een administratief beroep, van de beslissingen van de raad van het OCMW van 6 januari 1992 en 14 juni 1993, waarvan de eerste een proeftijd van één jaar oplegt en de tweede die proeftijd met zes maanden verlengt; (2) de motivering van de schorsing door de provinciegouverneur van een vorige beslissing met betrekking tot de verlenging van de proeftijd van de eiser; (3) de omstandigheid dat de eiser niet heeft geprotesteerd tegen de beslissing van de verweerder dat hij na de aanwervingsexamens een proeftijd moest doorlopen; (4) de omstandigheid dat het statuut van het personeel van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn voorziet in een proeftijd en dat “geen enkele bepaling van de organieke O.C.M.W.-wet en het uitvoeringsbesluit ervan verbiedt dat de O.C.M.W.-secretaris bij zijn aanwerving een proeftijd moet doorlopen”.

Het Hof van Cassatie, dat eerst zijn vroegere rechtspraak bevestigt volgens welke dwaling omtrent het recht, wegens bepaalde omstandigheden, door de rechter als onoverkomelijk kan worden beschouwd, mits uit die omstandigheden kan worden afgeleid dat de administratieve overheid heeft gehandeld zoals elk redelijke en voorzichtige persoon zou hebben gedaan, stelt vervolgens vast dat het Hof van Beroep uit de voormelde omstandigheden “naar recht [heeft] kunnen afleiden dat er sprake is van een onoverkomelijke dwaling waardoor de aansprakelijkheid van de verweerder niet in het gedrang komt”.²⁰⁰⁰

Uit het arrest kan niet met zekerheid worden afgeleid welk van de aangehaalde omstandigheden de doorslag heeft gegeven om van een onoverkomelijke dwaling te mogen spreken. Is dat de gewekte schijn van wettigheid door het oorspronkelijke berusten van de betrokkene (punten 1 en 3) en door het optreden van de toezichthoudende overheid (punt 2), dan is het vertrouwensbeginsel (ook)²⁰⁰¹ via de onoverkomelijke dwaling in de rechtspraak van het Hof van Cassatie binnengeslopen. Is dat daarentegen de suggestie dat het opleggen van een

¹⁹⁹⁹ RvS 13 mei 1998, nr. 73.635, Vignol.

²⁰⁰⁰ Cass. 8 februari 2008, C.07.0131.F, *Arr.Cass.* 2008, 370, nr. 96, *NjW* 2008, 638, noot G. JOCQUÉ, *JT* 2008, 569, noot D. RENDERS, *Rev.dr.comm.* 2008, 47, noot J. VANHAEVERBEEK.

²⁰⁰¹ Over het vertrouwensbeginsel in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, zie *supra* nrs. 127-132.

proefperiode wettelijk niet verboden (en dus toegelaten) was, dan maskeert het arrest een meningsverschil met de Raad van State over de (on)wettigheid en dan opent de onoverwinnelijke dwaling een toegangspoort waarlangs de gewone rechter het gezag *erga omnes* van een vernietigingsarrest kan omzeilen.²⁰⁰²

Er is echter nog een derde mogelijkheid, een tussenweg in zekere zin en daarom ook de meest plausibele mogelijkheid, en die bestaat erin dat het effectief de optelsom is van de vier voormelde omstandigheden die maakt dat het OCMW “verrast” is door het vernietigingsarrest van de Raad van State. Het ging weliswaar niet om een ommekeer van rechtspraak waar de overheid mee kreeg af te rekenen, maar het onvoorspelbaar karakter van het vernietigingsarrest zou reeds voldoende zijn. In die lezing zou niet alleen een ommekeer van rechtspraak, maar ook een divergerende rechtspraak (*supra* nr. 589) en meer algemeen elke (voor een redelijke en voorzichtige overheid) onverwachte rechterlijke tussenkomst een onoverkomelijke dwaling kunnen uitmaken.²⁰⁰³

Doordat het Hof van Cassatie zijn net breed uitgooit – “uit die omstandigheden heeft het arrest naar recht kunnen afleiden” – blijft het echter gissen naar de juiste draagwijdte van het arrest en is het in wezen afwachten wat de toekomstige rechtspraak brengt.

591. Wat, in het tweede voorbehoud (*supra* nr. 588), onder “een andere grond tot vrijstelling van aansprakelijkheid” moet worden begrepen, wordt in de rechtspraak van het Hof van Cassatie niet verduidelijkt. Het lijkt om een louter feitelijke kwestie te gaan, die door het Hof van Cassatie enkel wordt gesanctioneerd wanneer de feitenrechters uit de vastgestelde feiten in redelijkheid niet tot ontheffing van aansprakelijkheid hebben kunnen besluiten.²⁰⁰⁴

Een arrest van 8 november 2002 biedt een (zeldzame) illustratie. *In casu* had de Vlaamse regering verzuimd om binnen de decretaal bepaalde termijn (van orde) over een beroep te beslissen. Door de appelrechters werd dat verzuim niet onrechtmatig bevonden omdat, na het beroep, onmiddellijk drukke onderhandelingen tussen de partijen werden gevoerd. Het Hof van

²⁰⁰² De Raad van State had uitdrukkelijk vastgesteld dat geen enkele bepaling met betrekking tot de benoeming van de secretaris een proeftijd voorziet en dat het dus zonder enige wettige of bestuursrechtelijke grond is dat het OCMW enerzijds aan de verzoeker een stage heeft opgelegd en er anderzijds een einde aan heeft gemaakt. De beslissing waarmee het OCMW besliste om een punt te zetten achter de functie van OCMW-secretaris maakt volgens de Raad van State deel uit van een complexe rechtshandeling met als resultaat de aanwerving van die secretaris. Die kwalificatie had als gevolg dat de verzoeker de onwettigheid van de tussenliggende besluiten kan aanvoeren (met name de beslissing van de raad van het OCMW om de kandidaat aan een proeftijd te onderwerpen) die deel uitmaken van de complexe rechtshandeling (*supra* nr. 569).

²⁰⁰³ Opmerkelijk is nog dat het besproken cassatiearrest niet is opgenomen in het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2008* en dat de samenvatting bij het arrest op de website van het Hof verwijst naar het hoger vermelde arrest van 23 juni 2005 waaruit sommigen hebben afgeleid dat ook uiteenlopende rechtspraak tot een onoverkomelijke dwaling kan leiden.

²⁰⁰⁴ A. LUST, “De overheidsaansprakelijkheid: drie machten maar geen trilogie”, in *De Praktijkjurist XIII*, Gent, Story Publishers, 2007, 284.

Cassatie oordeelt dat de betrokken overheid zich in die omstandigheden op een grond tot ontheffing van aansprakelijkheid kon beroepen.²⁰⁰⁵

c. *Derde voorbehoud?*

592. In het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake aansprakelijkheid van de lidstaten wegens miskenning van het Unierecht, is de vraag gerezen of er nog een derde voorbehoud moet worden gemaakt bij de eenheid van onwettigheid en fout. Volgens die rechtspraak maakt slechts een “voldoende gekwalificeerde schending” van een rechtsregel een onrechtmatigheid uit die aanleiding kan geven tot een recht op schadevergoeding.

Een gewone schending volstaat dus niet, maar dat “voorbehoud” op de eenheidsregel wordt in de eerste plaats genuanceerd door de vaststelling dat, volgens het Hof van Justitie, de miskenning van een resultaatsverplichting in ieder geval gelijkstaat met een voldoende gekwalificeerde schending. De schending van een rechtsregel die de overheid ertoe verplicht “iets niet te doen of op een bepaalde manier wel iets te doen” (*supra* nr. 581) komt neer op een resultaatsverplichting en levert dus steeds een voldoende gekwalificeerde schending op.

Bovendien sluit het Hof van Justitie niet uit dat de lidstaten inzake overheidsaansprakelijkheid minder beperkende voorwaarden hanteren. Zo heeft het Hof van Cassatie het ook begrepen want in een arrest van 14 januari 2000 heeft het de eenheid van onwettigheid en fout bevestigd in een zaak waarin de appelrechters een vordering tot schadevergoeding tegen de overheid hadden afgewezen omdat de schending van het Unierecht niet voldoende gekwalificeerd was. Het Hof verklaart het middel, gesteund op een schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, gegrond omdat het voor de toepassing van die artikelen niet is vereist dat de miskenning van de rechtsnorm voldoende gekwalificeerd is.²⁰⁰⁶

§ 2. Tweede valkuil: het causaal verband

593. Een tweede valkuil is het vereiste van het causaal verband tussen de onwettigheid en de schade. Degene die schadevergoeding vordert, moet bewijzen dat er tussen de fout en de schade een oorzakelijk verband bestaat, hetgeen vereist dat zonder de fout de schade niet zou zijn ontstaan zoals ze zich *in concreto* heeft voorgedaan.

594. Dat bewijs ligt in de eerste plaats niet voor de hand wanneer de schade niet het gevolg is van de schending van een specifieke verbods- of gebodsbepaling, maar van een schending van

²⁰⁰⁵ Cass. 8 november 2002, C.00.0124.N, *Arr.Cass.* 2002, 2417, nr. 591, *RABG* 2003, 851, noot S. LUST. Zie over dat arrest ook D. DE ROY, “La responsabilité quasi-délictuelle de l’administration: unité ou dualité des notions d’illégalité et de faute”, in H. DUMONT, P. JADOUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Brussel, la Charte, 2007, 77 (vn. 18).

²⁰⁰⁶ Cass. 14 januari 2000, C.98.0477.F, *Arr.Cass.* 2000, 104, nr. 33, *RW* 2001-02, 1096, noot A. VAN OEVELEN. Zie ook H. VUYE, “Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever. Van Europees recht naar Belgisch recht: een (te) grote stap?”, in H. VANDENBERGHE (ed.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2005, 164-170.

de zorgvuldigheidnorm. In dat geval beschikt de overheid zoals vermeld doorgaans over een min of meer aanzienlijke beleidsruimte (*supra* nr. 587) en zal niet steeds kunnen worden aangetoond dat de overheid in een voor de verzoeker gunstige zin zou hebben beslist indien zij wel binnen de grenzen van de zorgvuldigheid was gebleven.

Met name in geval van een schending van het gelijkheidsbeginsel zal moeten worden aangetoond dat de regelgever, om de discriminatie weg te werken, geen andere keuze had dan de situatie van de benadeelde categorie van personen op hetzelfde, voordeliger niveau te brengen als dat van de bevoordeelde categorie en dat het hem met andere woorden niet is toegestaan om de situatie naar het voor eenieder nadeliger niveau te nivelleren (*supra* nr. 423). Dat bewijs zal doorgaans moeilijk te leveren zijn. Wanneer bijvoorbeeld een verschillende belastingvrije som voor gehuwd en ongehuwd samenwonenden discriminerend wordt bevonden,²⁰⁰⁷ kan moeilijk worden volgehouden, inzonderheid gelet op de ruime beoordelingsbevoegdheid die de regelgever inzake belastingen toekomt,²⁰⁰⁸ dat de gelijkheid enkel kan worden hersteld door aan beide categorieën de hoogste belastingvrije som toe te kennen.²⁰⁰⁹

595. Maar ook wanneer de schade wél het gevolg is van de schending een specifieke norm, kan de aansprakelijkheid van de overheid worden afgewezen wegens gebrek aan oorzakelijk verband. Dat is met name het geval wanneer de schending een substantieel vormvereiste betreft.²⁰¹⁰

Wanneer een vergunning wordt vernietigd omdat geen openbaar onderzoek werd georganiseerd, kan wellicht na het overdoen van de procedure (mét openbaar onderzoek) de vergunning alsnog worden verleend. Derden die voor de Raad van State de onwettigheid hebben aangevoerd, zullen hoogstens aanspraak kunnen maken op vergoeding van de kosten voor het doen vaststellen van de onwettigheid.²⁰¹¹

Wanneer de Raad van State een administratieve handeling, waarbij aan een ambtenaar zijn aanspraak op een bevordering wordt ontzegd, wegens een vormgebrek nietig verklaart, kan de rechter die vaststelt dat die ambtenaar, ongeacht de nietigverklaring, dergelijke aanspraak niet kan doen gelden, naar recht beslissen dat niet bewezen is dat tussen de fout van het bestuur en de door de ambtenaar aangevoerde schade een oorzakelijk verband bestaat.²⁰¹² Dat neemt niet weg dat de ambtenaar de kans op een bevordering werd ontzegd, waarvoor hij (subsidiar) schadeloosstelling kan vorderen (*infra* nr. 597).

²⁰⁰⁷ Zie GwH 6 november 2001, nr. 140/2001.

²⁰⁰⁸ Bv. GwH 17 september 2009, nr. 143/2009, B.5.

²⁰⁰⁹ Zie S. GUILIAMS, "Overheidsaansprakelijkheid voor ongrondwettige (fiscale) wetgeving: een parcours met vele hindernissen. Haalt de belastingplichtige de finish wel?", *TFR* 2009, 546, met verwijzing naar Rb. Leuven 13 oktober 2006.

²⁰¹⁰ Zie G. PIJCKE, "Illégalités et caetera. Défaut de base légale, légalité de l'acte administratif et responsabilité des pouvoirs publics", in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 456-457.

²⁰¹¹ A. LUST, "De overheidsaansprakelijkheid: drie machten maar geen trilogie", in *De Praktijkjurist XIII*, Gent, Story Publishers, 2007, 285.

²⁰¹² Cass. 21 juni 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1353, nr. 614.

596. Zoals verderop zal worden uiteengezet, kan het oorzakelijk verband ook worden doorbroken door het niet (tijdig) gebruik maken van een beroepsmogelijkheid (*infra* nr. 635).

597. Bijzondere voorzichtigheid is ten slotte geboden wanneer de schade het verlies van een kans betreft. Ook in dat geval behoort schadevergoeding tot de mogelijkheden, op voorwaarde dat elke twijfel is uitgesloten over het oorzakelijk verband tussen de schade (in dit geval het verlies van een kans) en de fout (in dit geval de onwettige bestuurshandeling). Dat leerstuk kan niet beter worden geïllustreerd dan door de bespreking die Alen in een gezamenlijke bijdrage heeft gewijd aan een arrest van het Hof van Cassatie van 26 juni 2008 (en waaruit voor het vervolg van dit randnummer is geput).²⁰¹³

Het bestreden arrest had schadevergoeding toegekend aan een vennootschap wegens de sluiting van haar twee speelautomatenhallen door de stad Antwerpen, sluiting die zou zijn veroorzaakt door de – door de Raad van State vernietigde – weigering van de stad om voor deze inrichtingen convenanten af te sluiten. Over de fout van de stad is het Hof van Cassatie het eens met het bestreden arrest: het herhaalt de redenering uit zijn arrest van 13 mei 1982 om ertoe te besluiten dat, gelet op het absoluut gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest van de Raad van State, de burgerlijke rechter noodzakelijk moet beslissen dat de administratieve overheid een fout heeft begaan (*supra* nr. 581). De appelrechters oordeelden dat het niet zeker is dat de vennootschap een convenant zou hebben verkregen, maar dat wel is aangetoond dat ze door de fout van de stad minstens een kans heeft verloren om een convenant en een vergunning klasse B te bekomen. Voor het Hof van Cassatie volstaat die vaststelling niet om het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade te bewijzen.²⁰¹⁴

Het arrest van het Hof van Cassatie bevat de volgende overweging: “De rechter kan degene die een fout heeft begaan niet veroordelen tot vergoeding van de werkelijk geleden schade, wanneer hij beslist dat er onzekerheid bestaat over het oorzakelijk verband en die schade”. Die overweging stemt overeen met een overweging uit het zogenaamde “zwavelzuur arrest” van 1 april 2004,²⁰¹⁵ waaruit – ten onrechte²⁰¹⁶ – werd afgeleid dat het Hof van Cassatie de theorie van de verloren kans had verworpen. Beide arresten leren dat, wanneer vergoeding van een werkelijk geleden schade wordt gevorderd en de rechter geen zeker oorzakelijk verband tussen de fout en die schade vaststelt, hij geen vergoeding daarvan kan toekennen, zelfs al is het maar (onder het mom van een verloren kans) ten belope van een bepaald percentage van het bedrag

²⁰¹³ A. ALEN en J. THEUNIS, “Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in artikel 159 van de Grondwet”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 25-26. Zie ook T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 641-649 en H. BOCKEN, “Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig?) slot”, *NjW* 2009, 2-12, alsook de verdere verwijzingen in die bijdrage.

²⁰¹⁴ Cass. 26 juni 2008, C.07.0272.N, *Arr.Cass.* 2008, 1699, nr. 406.

²⁰¹⁵ Cass. 1 april 2004, C.01.0211.F en C.01.0217.F, *Arr.Cass.* 2004, 549, nr. 174. Zie over dat arrest o.m. I. BOONE, “Het ‘verlies van een kans’ bij onzeker causaal verband”, *RW* 2004-05, 92-97.

²⁰¹⁶ Zie het hierna besproken arrest van 5 juni 2008. Zie eveneens H. VANDENBERGHE, “Recente ontwikkelingen bij de foutaansprakelijkheid”, in H. COUSY en H. VANDENBERGHE (eds.), *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, Themis-Cahier 48, Brugge, die Keure, 2008, 65-66 en 68-69; W. VAN GERVEN, m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 425-429.

ervan.²⁰¹⁷ De boodschap van het “zwavelzuur arrest” lijkt te zijn, zo besluit Alen, dat “het verlies van een kans niet gebruikt mag worden om de onzekerheid over het causaal verband tussen de fout en de werkelijk geleden schade te maskeren”.²⁰¹⁸

In een arrest van 5 juni 2008 heeft het Hof van Cassatie de theorie van de verloren kans bevestigd:

“Het verlies van een reële genezings- of overlevingskans komt voor vergoeding in aanmerking indien tussen de fout en het verlies van deze kans een *conditio sine qua non*-verband bestaat. De rechter kan vergoeding toekennen voor het verlies van een kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel, indien het verlies van deze kans te wijten is aan een fout”.²⁰¹⁹

De rechter mag dus geen twijfel laten bestaan over het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade, zijnde het verlies van de kans. In een arrest van 15 maart 2010 wordt nogmaals bevestigd dat het verlies van een reële kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel voor vergoeding in aanmerking komt indien tussen de fout en het verlies van deze kans een *conditio sine qua non*-verband bestaat. Het bestaan van een kans vereist geen zekerheid op het verwerven van het verhoopte resultaat. De benadeelde kan aldus schadevergoeding verkrijgen voor het verlies van een kans, zelfs indien zonder de fout het verhoopte resultaat niet met zekerheid zou zijn verkregen.²⁰²⁰

Belangrijk is wel dat de benadeelde, wil hij in aanmerking komen voor een vergoeding voor het verlies van de kans, die vergoeding, minstens in ondergeschikte orde, moet vorderen naast de vergoeding van de uiteindelijke schade. Het gaat met andere woorden om twee onderscheiden schadeposten. Kent de rechter een vergoeding toe voor een niet-aangevoerde schade, dan schendt hij het beschikkingsbeginsel.²⁰²¹ De rechter mag het slachtoffer niet met een niet-gevraagde troostprijs paaien door een vergoeding toe te kennen voor andere dan de aangevoerde schade.²⁰²²

²⁰¹⁷ A. ALEN en J. THEUNIS, “Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in artikel 159 van de Grondwet”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 26, met verwijzing naar K. BEIRNAERT, *De Juristenkrant*, 15 oktober 2008, 3.

²⁰¹⁸ I. BOONE, “Het ‘verlies van een kans’ bij onzeker causaal verband”, *RW* 2004-05, 94.

²⁰¹⁹ Cass. 5 juni 2008, C.07.0199.N, *Arr.Cass.* 2008, 1462, nr. 350, *RW* 2008-09, 795, noot S. LIERMAN en *JT* 2009, 28, noot A. PÜTZ. Zie ook H. BOCKEN, “Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig?) slot”, *NjW* 2009, 2-12, alsook het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2008*, 26-27.

²⁰²⁰ Cass. 15 maart 2010, C.09.0433.N.

²⁰²¹ H. BOCKEN, “Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig?) slot”, *NjW* 2009, 8, zodat de praktijk van een aantal rechters om, bij onzekerheid over het causaal verband met de aangevoerde schade, ambtshalve een vergoeding toe te kennen voor het verlies van een kans, niet aanvaardbaar is. Bv. Cass. 2 december 2004, C.03.0633.F, *Arr.Cass.* 2004 1939, nr. 583, waarin een arrest wordt verbroken dat (1) beslist dat het Waalse Gewest bij het opstellen van het gewestplan een fout had begaan, (2) niet bewezen acht dat de gronden, zonder de fout, het statuut van bouwgrond zouden hebben behouden en (3) een vergoeding toekent voor het verlies van de kans dat de grond bouwgrond zou zijn gebleven. Het Hof van Cassatie stelt vast dat de bestreden beslissing “ambtshalve het voorwerp van de vordering wijzigt en bijgevolg het beschikkingsbeginsel miskent”.

²⁰²² M. VAN QUICKENBORNE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2007). Deel I. Oorzakelijk verband”, *TPR* 2010, 320, die zich evenwel afvraagt: “Maar kan niet worden volgehouden dat wie

Zoals Alen opmerkt,²⁰²³ speelt het leerstuk van het verlies van een kans in het publiekrecht vooral een rol in het kader van de overheidsopdrachten: een ten onrechte geweerde inschrijver kan in geval van een onregelmatige gunning voor de burgerlijke rechter aanvoeren dat hij hierdoor minstens een kans op de gunning van de opdracht heeft verloren. Met andere woorden: het moet niet met honderd procent zekerheid vaststaan dat de betrokken overheidsopdracht aan de verzoeker moest worden gegund, het moet wel met honderd procent zekerheid worden bewezen dat de gemiste kans om die overheidsopdracht binnen te halen aan het onwettige bestuursoptreden te wijten is. De waarde van de verloren kans bestaat uit de omvang van de definitieve schade, vermenigvuldigd met de waarschijnlijkheid dat ze niet zou intreden als de aangesprokene geen fout had begaan.²⁰²⁴

§ 3. Derde valkuil: de “rechtvaardiging” van de schade

598. Wat het derde en laatste luik van de schadevergoedingstrilogie betreft, is hoger reeds gewezen op het principe dat herstel *in natura* steeds als uitgangspunt geldt en dat een vervangende schadevergoeding bijgevolg slechts tweede keuze is (*supra* nr. 412).

Eveneens is reeds gewezen op de bijzondere situatie die ontstaat wanneer de Raad van State een bestuurshandeling vernietigt, maar de gevolgen ervan handhaaft (*supra* nr. 561). Toelaten dat schadeloosstelling zou kunnen worden gevorderd voor de schade aangericht door de gehandhaafde gevolgen, zou het nuttig effect van de handhavingsbeslissing teniet kunnen doen. De geleden schade wordt als het ware “gerechtvaardigd” door de beslissing van de Raad van State om de gevolgen te handhaven.²⁰²⁵

§ 4. Vierde valkuil: de termijn voor het indienen van een vordering

599. Een laatste punt dat niet uit het oog mag worden verloren is dat de buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering binnen de wettelijk bepaalde termijn moet worden ingesteld. Dat is ook het geval wanneer artikel 159 van de Grondwet wordt ingeroepen, want al is er volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie geen beperking in de tijd voor de toepassing van de exceptie van onwettigheid, de vordering tot schadevergoeding die op die onwettigheid is gesteund is wel aan een verjaringstermijn onderworpen.

vergoeding vordert voor de ‘uiteindelijke schade’, impliciet ook vergoeding vordert voor het verlies van de kans dat die schade uitblijft? Men moet zich toch hoeden voor mandarijnenrecht.”

²⁰²³ A. ALEN en J. THEUNIS, “Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in artikel 159 van de Grondwet”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 26, met verwijzing naar I. COOREMAN en K. PHILIPS, “De aansprakelijkheid van de aanbestedende overheid wegens onwettige gunning”, in C. DE KONINCK, P. FLAMEY e.a., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2007-2008*, EBP Publishers, 2008, 229-247. Voor een voorbeeld zie Cass. 19 september 2002, *JT* 2003, 212.

²⁰²⁴ M. VAN QUICKENBORNE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2007). Deel I. Oorzakelijk verband”, *TPR* 2010, 320.

²⁰²⁵ Zie S. GUILIAMS, “Overheidsaansprakelijkheid voor ongrondwettige (fiscale) wetgeving: een parcours met vele hindernissen. Haalt de belastingplichtige de finish wel?”, *TFR* 2009, 538.

600. Lange tijd waren de vorderingen tegen de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten en de provincies aan een bijzondere verjaringstermijn onderworpen, maar aan die uitzondering op de gemeenrechtelijke verjaringstermijnen is inmiddels (bijna) een einde gekomen (*infra* nr. 613).

Voor de vorderingen tegen de gemeenten, de OCMW's, de intercommunales en de instellingen van openbaar nut golden reeds langer de gemeenrechtelijke verjaringsregels (*infra* nr. 611).

601. Het is een bekend probleem dat de Raad van State in het kader van zijn annulatiebevoegdheid niet in alle gevallen (volledig) rechtsherstel kan bieden. De vernietiging is weliswaar een bijzonder efficiënt instrument, doordat zij de bestuurshandeling *ex tunc* uit de rechtsorde verwijdert (onder voorbehoud van handhaving van de gevolgen, *supra* nr. 561), maar zij kan de geschiedenis niet ongedaan maken.²⁰²⁶ Met toepassing van artikel 36 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de overheid, onder verbeurte van dwangsom, worden veroordeeld tot het verlenen van bijkomende rechtsherstellende maatregelen, maar zelf kan de Raad van State dat bijkomende rechtsherstel niet verwezenlijken.²⁰²⁷ Het grote euvel is evenwel dat de Raad van State de overheid niet tot een vervangende schadevergoeding kan veroordelen. Daarvoor moet de rechtzoekende zich tot de gewone rechter wenden: “toute auréole de la victoire acquise, Rue de la science, l'administré devra alors, s'il entend obtenir réparation, se diriger vers la Place Poulaert pour convaincre le juge judiciaire du préjudice qu'il subit, en lien causal avec l'illégalité de la décision administrative”.²⁰²⁸

Het voormelde euvel neemt niet weg dat een vernietigingsarrest van de Raad van State bij de rechtzoekenden die rechtstreeks en ongunstig door een bestuurshandeling worden geraakt bijzonder gegeerd is, niet alleen omdat het de onwettige bestuurshandeling uit het rechtssysteem doet verdwijnen, maar ook omdat het hen zal vergemakkelijken de fout van de administratie aan te tonen indien zij voor de burgerlijke rechter een geding instellen (*supra* nr. 581).²⁰²⁹ Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de enkele bedoeling om met behulp van een vernietigingsarrest schadevergoeding te vorderen voor de burgerlijke rechter in de regel niet volstaat om van het vereiste belang bij het beroep tot nietigverklaring te doen blijken.²⁰³⁰

²⁰²⁶ Zie daarover o.a. M. BOES, “Beschouwingen over de gevolgen van nietigverklaringsarresten van de Raad van State”, in *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 1-23.

²⁰²⁷ Zie S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 350-351. Over de voorwaarden voor het opleggen van een dwangsom, zie I. OPDEBEEK, “De Raad van State en de dwangsom”, in G. DEBERSAQUES, M. VAN DAMME, S. DE CLERCQ en G. LAENEN (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 317-353.

²⁰²⁸ D. DE ROY, “La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration: unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute”, in H. DUMONT, P. JADOUŁ en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Brussel, la Chartre, 2007, 70.

²⁰²⁹ GwH 10 november 1999, nr. 117/99, B.7.

²⁰³⁰ Zie RvS 23 juni 2004, nr. 132.915, Hendrix: “dat in zoverre een annulatiearrest een vordering tot schadevergoeding voor de justitiële rechter zou kunnen vergemakkelijken, zulks maar een afgeleide is van het belang dat in de eerste plaats gericht is op het doen verdwijnen van de bestreden akte uit de rechtsorde, wat de finaliteit is van het vernietigingsberoep bij de Raad van State; dat ook de justitiële rechter vermog na te gaan of de administratie haar macht niet heeft overschreden en aldus een fout heeft begaan; dat wat dit betreft verzoeker geen argument kan halen uit het feit dat in het contentieux van de overheidsopdrachten een dergelijk belang wel wordt aanvaard, omdat die rechtspraak eigen is aan die materie”. Vgl. Ger. EU 19 maart 2010, Gollnisch, T-

602. Gelet op de impact van een vernietigingsarrest van de Raad van State op de aansprakelijkheidsvordering voor de gewone rechter, enerzijds, en op de lange procesduur voor de Raad van State, anderzijds, rees de vraag of de verjaring van een vordering tot schadevergoeding op grond van een onwettige bestuurshandeling voor de burgerlijke rechter wordt gestuit of geschorst door een verzoekschrift tot nietigverklaring van die bestuurshandeling bij de Raad van State.

In een arrest van 16 februari 2006 heeft het Hof van Cassatie die vraag ontkennend beantwoord.²⁰³¹ Het arrest beklemtoont dat het door de rechtzoekende bij de Raad van State ingesteld beroep tot nietigverklaring een objectief beroep is dat niet de bescherming van een subjectief recht beoogt, maar een wettigheidscontrole van de akten en reglementen van de administratieve overheden tot voorwerp heeft en gericht is op het herstel van de wettigheid. Het verzoekschrift tot nietigverklaring heeft niet tot voorwerp een schadevergoeding wegens onwettig handelen van de overheid te verkrijgen en moet niet worden ingesteld opdat de benadeelde bij de burgerlijke rechter een vordering tot schadeloosstelling aanhangig kan maken. Derhalve stuit of schorst het verzoekschrift tot vernietiging van een administratieve handeling voor de Raad van State niet de verjaring van het recht om voor een burgerlijke rechtbank schadevergoeding te vorderen gegrond op een onrechtmatige overheidsdaad (vgl. *supra* nr. 189).²⁰³²

Kort samengevat steunt het arrest derhalve op twee motieven:²⁰³³ (1) het voorwerp van een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State (het herstel van de wettigheid) en van een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter (de bescherming van een subjectief recht) is verschillend en (2) het is niet noodzakelijk om eerst bij de Raad van State de nietigverklaring van een bestuurshandeling te vorderen alvorens bij de burgerlijke rechter de schade te kunnen verhalen die door die bestuurshandeling is aangericht.

603. Het rechtstreekse gevolg van het niet-schorsend of niet-stuitend effect van een annulatieberoep bij de Raad van State is dat men niet op de uitspraak van de Raad van State kan wachten om een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter in te dienen.

42/06, punt 71: "Il est exact qu'il résulte de la jurisprudence qu'un recours en annulation n'est pas irrecevable pour défaut d'intérêt du seul fait que, en cas d'annulation de la décision attaquée, l'institution dont émane l'acte pourrait se trouver dans l'impossibilité, compte tenu des circonstances, de mettre en œuvre l'obligation qui lui incombe en vertu du traité. En pareil cas, le recours conserve encore un intérêt à tout le moins en tant que base d'un éventuel recours en indemnité (arrêts de la Cour du 5 mars 1980, Könecke Fleischwarenfabrik/Commission, 76/79, Rec. p. 665, point 9, et du 31 mars 1998, France e.a./Commission, C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375, point 74)".

²⁰³¹ Cass. 16 februari 2006, C.05.0022.N, *Arr.Cass.* 2006, 398, nr. 98, *RW* 2005-06, 1618, noot A. VAN OEVELEN, *P&B* 2006, 117, noot E. BREWAEYS, *CDPK* 2006, 714, noot V. PETITAT en *RABG* 2007, 332, noot C. LEBON; Cass. 16 februari 2006, C.05.0050.N.

²⁰³² Zie het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2006, 49.

²⁰³³ A. ALEN en J. THEUNIS, "Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in artikel 159 van de Grondwet", *Staatsrecht*, Themis-vormingsonderdeel 54, Brugge, die Keure, 2009, 28-29.

Aangezien de tijdspanne waarbinnen de Raad van State uitspraak doet zeer lang kan zijn,²⁰³⁴ dreigt immers de vordering tot schadevergoeding intussen te verjaren.²⁰³⁵ “Vele advocaten zullen hun cliënten dan ook aanraden om onmiddellijk na het instellen van het vernietigingsverzoek of tijdens de procedure voor de Raad van State een burgerlijke vordering in te stellen, en deze vordering te laten verwijzen naar de rol.”²⁰³⁶

De wetgever heeft die “gegroeide rechtspraak” ongewenst geacht omdat zij “het risico van het verlies van recht op schadevergoeding geheel ten laste legt van de burger: het is deze laatste die een potentieel slachtoffer is van de abnormale traagheid van de rechtsgang. Bovendien vult dit de rollen van de burgerlijke rechtbanken met zaken die gedurende jaren niet in staat zijn, zodat de administratieve last onnodig toeneemt”.²⁰³⁷

Om aan die bezwaren tegemoet te komen heeft de wet van 25 juli 2008²⁰³⁸ in een regeling voorzien waarbij de verjaringstermijn van een vordering tot herstel van de schade veroorzaakt door een vernietigde administratieve handeling wordt gestuit als gevolg van het instellen van een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State.

Artikel 2 van die wet heeft artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek als volgt aangevuld (de aanvulling is gecursiveerd):

“Een dagvaarding voor het gerecht, een bevel tot betaling, of een beslag, betekend aan hem die men wil beletten de verjaring te verkrijgen, vormen burgerlijke stuiting.

Een dagvaarding voor het gerecht stuit de verjaring tot het tijdstip waarop een definitieve beslissing wordt uitgesproken.

Voor de toepassing van deze afdeling heeft een beroep tot vernietiging van een administratieve handeling bij de Raad van State dezelfde gevolgen ten opzichte van de vordering tot herstel van de schade veroorzaakt door de vernietigde administratieve handeling als een dagvaarding voor het gerecht.”

Artikel 3 van de wet van 25 juli 2008 heeft artikel 101 van de gecoördineerde wetten op de rijkscomptabiliteit als volgt vervangen:

“De verjaring wordt gestuit overeenkomstig de regels van het gemeen recht.”

Artikel 4 van de wet van 25 juli 2008, dat de inwerkingtreding van die regeling betreft, bepaalt:

²⁰³⁴ Gemiddeld vijf jaar volgens de parlementaire voorbereiding van de hierna besproken wet, *Parl.St.* Senaat, BZ 2007, nr. 4-10/1, 2.

²⁰³⁵ A. ALEN en J. THEUNIS, “Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in artikel 159 van de Grondwet”, *Staatsrecht*, Themis-vormingsonderdeel 54, Brugge, die Keure, 2009, 29.

²⁰³⁶ *Parl.St.* Senaat, BZ 2007, nr. 4-10/1, 3.

²⁰³⁷ *Parl.St.* Senaat, BZ 2007, nr. 4-10/1, 3.

²⁰³⁸ Wet van 25 juli 2008 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de gecoördineerde wetten van 17 juli 1991 op de Rijkscomptabiliteit met het oog op het stuiten van de verjaring van de vordering tot schadevergoeding ten gevolge van een beroep tot vernietiging bij de Raad van State, *BS* 22 augustus 2008. Zie daarover o.a. E. BREWAEYS, “De stuiting van de verjaring van schuldvorderingen tegen de overheid”, *RW* 2008-09, 562-568; A. WIRTGEN, “Verjaring inzake overheidsaansprakelijkheid: stuiting door het beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State”, *CDPK* 2009, 188-194.

“Deze wet is van toepassing op beroepen tot vernietiging die bij de Raad van State zijn ingediend vóór de inwerkingtreding ervan.

Zij is evenwel niet van toepassing wanneer de vordering tot schadevergoeding vóór de inwerkingtreding van deze wet verjaard is verklaard bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing waartegen geen cassatieberoep is ingediend.”

604. De laatstvermelde bepaling was reeds meermaals het voorwerp van beroepen tot vernietiging en prejudiciële vragen voor het Grondwettelijk Hof. Onder meer werd aangevoerd dat artikel 4 een verschil in behandeling doet ontstaan tussen, enerzijds, de personen wier vordering tot schadevergoeding vóór de inwerkingtreding van de wet verjaard is verklaard bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing waartegen geen cassatieberoep is ingesteld en, anderzijds, de personen wier vordering tot schadevergoeding vóór de inwerkingtreding van de wet niet verjaard is verklaard bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing waartegen geen cassatieberoep is ingesteld.

Het Grondwettelijk Hof acht dat verschil echter redelijk verantwoord “gelet op het fundamentele beginsel van onze rechtsorde dat de rechterlijke beslissingen niet kunnen worden gewijzigd dan ingevolge de aanwending van rechtsmiddelen” (*supra* nr. 472). Bijgevolg kan de wet niet van toepassing zijn wanneer een definitief geworden rechterlijke beslissing een vordering tot schadevergoeding verjaard heeft verklaard. Daaraan wordt volgens het Hof geen afbreuk gedaan door het feit dat uit de voormelde bepaling voortvloeit dat de wet wel van toepassing kan zijn op vorderingen tot schadevergoeding die vóór de inwerkingtreding van de wet verjaard zijn verklaard bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing waartegen cassatieberoep is ingesteld. Gelet op dat cassatieberoep is er immers nog geen sprake van een definitief geworden rechterlijke beslissing (*supra* vn. 1546).²⁰³⁹

605. Artikel 4 heeft echter ook tot gevolg dat bepaalde vorderingen tot herstel van de schade veroorzaakt door een administratieve handeling, die vóór de inwerkingtreding van de wet van 25 juli 2008 als verjaard konden worden beschouwd, alsnog ontvankelijk zijn. Aldus verleent die bepaling terugwerkende kracht aan de nieuwe regeling en kan zij, door afbreuk te doen aan de door de oude wet gewekte verwachtingen, de rechtszekerheid in het gedrang brengen.

Op dat punt stelt het Grondwettelijk Hof vast dat, vóór het hoger vermelde arrest van het Hof van Cassatie van 16 februari 2006,²⁰⁴⁰ de rechtspraak en de rechtsleer verdeeld waren over het antwoord op de vraag of de verjaring van het recht om voor een burgerlijke rechtbank schadevergoeding te vorderen gegrond op een onrechtmatige overheidsdaad, door een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State wordt gestuit. Die rechtsonzekerheid vormt een bijzondere omstandigheid die de terugwerkende kracht van de nieuwe regeling – beperkt tot “hangende zaken” en “zaken waarbij men bij de inwerkingtreding van de nieuwe regeling minder dan 5 jaar is verwijderd van het vernietigingsarrest van de Raad van State” – kan

²⁰³⁹ GwH 30 september 2009, nr. 151/2009, B.5.1-B.5.2; GwH 23 december 2009, nr. 202/2009, B.9.1-B.9.2; GwH 30 maart 2010, nr. 31/2010, B.9.1-B.9.2; GwH 29 april 2010, nr. 49/2010, B.9.1-B.9.2.

²⁰⁴⁰ In werkelijkheid ging het om twee arresten van dezelfde datum (*supra* vn. 2031).

verantwoorden. De wetgever heeft volgens het Grondwettelijk Hof terecht kunnen oordelen dat de situatie van de rechtzoekenden die vóór het arrest van het Hof van Cassatie van 16 februari 2006 erop hadden vertrouwd dat zij de uitkomst van de procedure bij de Raad van State konden afwachten alvorens een aansprakelijkheidsvordering bij de burgerlijke rechtbanken in te leiden, diende te worden geregulariseerd.²⁰⁴¹

Ook het verschil in behandeling tussen schuldenaren, naargelang de schuldeiser al dan niet voorafgaand aan het instellen van een burgerlijke rechtsvordering, een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State heeft ingesteld, werd verantwoord bevonden omdat de tussenkomst van de wetgever precies erop gericht was de rechtzoekenden die een beroep tot nietigverklaring hadden ingesteld en die erop konden vertrouwen dat zij de uitkomst van de procedure bij de Raad van State konden afwachten alvorens een vordering tot herstel van de schade bij de burgerlijke rechtbanken in te leiden, alsnog de mogelijkheid te bieden, na een vernietigingsarrest van de Raad van State, een vordering tot herstel van de schade veroorzaakt door de vernietigde administratieve handeling in te stellen.²⁰⁴²

606. De Vlaamse Regering, verzoekende partij in de zaak die tot het arrest nr. 202/2009 van het Grondwettelijk Hof heeft geleid, leidde ook een middel af uit de schending van het evenredigheidsbeginsel. Zij was van oordeel dat artikel 4 van de wet van 25 juli 2008, door het doen “herleven” van vorderingen tot herstel van schade, ernstige financiële gevolgen heeft voor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest, waardoor het die overheden onmogelijk of bijzonder moeilijk wordt gemaakt om de hun toegewezen bevoegdheden doelmatig uit te oefenen.

In de uitoefening van hun bevoegdheden dienen de wetgevers het evenredigheidsbeginsel, dat inherent is aan elke bevoegdheidsuitoefening, in acht te nemen. Dat beginsel houdt in dat geen enkele overheid bij het voeren van het beleid dat haar is toevertrouwd, zo verregaande maatregelen mag nemen dat het voor een andere overheid onmogelijk of overdreven moeilijk wordt om het beleid dat haar is toevertrouwd doelmatig te voeren. Het evenredigheidsbeginsel wordt echter niet geschonden geacht. Het Grondwettelijk Hof houdt er meer bepaald rekening mee, enerzijds, dat het een overgangsmaatregel betreft, die bijgevolg slechts een beperkte werking in de tijd heeft, en, anderzijds, dat de weerslag ervan op de financiën van de gemeenschappen en de gewesten slechts occasioneel van aard is.²⁰⁴³

²⁰⁴¹ GwH 23 december 2009, nr. 202/2009, B.6-B.8.3; GwH 30 maart 2010, nr. 31/2010, B.6-B.8.3; GwH 29 april 2010, nr. 49/2010, B.6-B.8.3.

²⁰⁴² GwH 23 december 2009, nr. 202/2009, B.10. In een nog hangende zaak (met rolnr. 4897) wordt nog een gelijke behandeling aan het Hof voorgelegd (op verzoek van de Franse Gemeenschap), van twee situaties die verschillend zijn, namelijk die waarin het arrest van de Raad van State is uitgesproken binnen de gemeenrechtelijke verjaringstermijn en die waarin het arrest van de Raad van State is uitgesproken buiten die termijn.

²⁰⁴³ GwH 23 december 2009, nr. 202/2009, B.12.1-B.18. De Vlaamse Regering voerde ook een schending van het beginsel van de federale loyaliteit aan, maar het leidde daaruit geen andere argumenten af dan die welke werden afgeleid uit de schending van het evenredigheidsbeginsel. Zie ook GwH 30 maart 2010, nr. 31/2010, B.12.1-B.15.

607. Over artikel 2 van de wet van 25 juli 2008 heeft het Grondwettelijk Hof zich nog niet moeten uitspreken.²⁰⁴⁴ Nochtans roept die bepaling een (voor de betrokken wet) existentiële vraag op: als de stuiting enkel geldt voor een vernietigingsarrest en niet voor een verwerpingsarrest, waar het alle schijn van heeft gelet op de bewoordingen van de bepaling, is de wet dan geen slag in het water? Zoals hoger uiteengezet (*supra* nr. 555), is de burgerlijke rechter immers niet gebonden door een verwerpingsarrest en kan hij met andere woorden nog altijd een onwettigheid vaststellen en in voorkomend geval schadevergoeding toekennen. Rechtzoekenden die geen kans willen laten liggen, zullen dus nog steeds het zekere voor het onzekere nemen en vóór het verstrijken van de verjaringstermijn een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter instellen, ook wanneer nog een annulatieberoep hangende is voor de Raad van State.²⁰⁴⁵

608. Tot slot kan in dit verband nog worden gewezen op de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat weliswaar erkent dat verjaringstermijnen kunnen worden ingesteld, meer bepaald ten behoeve van de rechtszekerheid (*infra* nr. 615),²⁰⁴⁶ maar dat niettemin nagaat of de aard van de betrokken termijn en de wijze waarop die wordt toegepast het recht op toegang tot de rechter niet op onevenredige wijze beperken. Een factor die daarbij een rol kan spelen, zo blijkt uit de recente rechtspraak, is de (on)mogelijkheid om de verjaring te stuiten.²⁰⁴⁷

609. Het aansprakelijkheidsrecht is bij uitstek het recht dat op jurisprudentiële wijze tot stand komt. De volgende relativerende woorden van Lewalle zijn aan het eind van dit hoofdstuk dan ook meer dan op hun plaats: “Il serait fort imprudent de prétendre tirer des conclusions de la recension de la jurisprudence qui précède. Il est dans la nature d’une jurisprudence de demeurer évolutive”.²⁰⁴⁸

²⁰⁴⁴ Zie evenwel de zaak met rolnr. 4558, waarin de vordering tot schorsing werd verworpen wegens ontstentenis van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel (GwH 18 februari 2009, nr. 30/2009) en waarin vervolgens de afstand werd toegestaan (GwH 9 juli 2009, nr. 113/2009).

²⁰⁴⁵ Zie ook A. ALEN en J. THEUNIS, “Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in artikel 159 van de Grondwet”, *Staatsrecht*, Themis-vormingsonderdeel 54, Brugge, die Keure, 2009, 30.

²⁰⁴⁶ EHRM 22 oktober 1996, Stubbings t. Verenigd Koninkrijk, § 51.

²⁰⁴⁷ EHRM 7 juli 2009, Stagno t. België, §§ 26-34; EHRM 1 april 2010, Vrbica t. Kroatië, §§ 66-72.

²⁰⁴⁸ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2008, 1262. Aangezien ook de toepassing van artikel 159 van de Grondwet uiteraard bij uitstek “rechtensrecht” is, gaat het relativerend citaat van Lewalle inzake overheidsaansprakelijkheid tegelijkertijd op voor ons ganse proefschrift over de exceptie van onwettigheid.

HOOFDSTUK XI – De verhouding tussen artikel 159 van de Grondwet en de verjaringsbepalingen

Afdeling 1 – Schets van het spanningsveld

§ 1. Een onverschuldigde betaling kan de wettigheid verstoren

610. Wanneer de overheid op onwettige wijze een bedrag heeft betaald, kan zij dat bedrag terugvorderen. Wanneer de overheid op onwettige wijze een bedrag heeft geïnd, kan de rechtsonderhorige dat bedrag terugvorderen. Voor die terugvordering kan desgevallend een bijzondere rechtsgrond bestaan, maar in wezen gaat het om een toepassing van wat in artikel 1235 van het Burgerlijk Wetboek is bepaald betreffende onverschuldigde betalingen.²⁰⁴⁹

“Iedere betaling onderstelt een schuld; hetgeen betaald is zonder verschuldigd te zijn, kan worden teruggevorderd.”²⁰⁵⁰

Wanneer een onwettige bestuurshandeling aan de basis ligt van de onverschuldigde betaling, komt ook artikel 159 van de Grondwet in beeld. Bij de terugvordering op grond van artikel 1235 van het Burgerlijk Wetboek (of van een andere, specifieke bepaling) wordt de rechter verzocht de onwettige bestuurshandeling buiten toepassing te laten,²⁰⁵¹ vast te stellen dat de betaling bijgevolg onverschuldigd is en te bevelen dat het betrokken bedrag wordt terugbetaald.

§ 2. Een verjaringsbepaling kan het herstel van de wettigheid belemmeren

a. De gemeenrechtelijke verjaringstermijnen

611. De wetgever heeft de mogelijkheid van terugvordering echter getemperd door verjaringstermijnen. Men denkt dan in de eerste plaats aan de gemeenrechtelijke verjaringstermijnen:

²⁰⁴⁹ D. SIMOENS, “Terugvordering door het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van de verstrekte hulp ten laste van de ontvanger ervan”, *RW* 2008-09, 50. Over de onverschuldigde betaling, zie o.a. M.-P. NOËL, “Le paiement indu”, in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen*, Brugge, die Keure, 2007, 99-171.

²⁰⁵⁰ Zie daarnaast ook de artikelen 1376 e.v. van het Burgerlijk Wetboek. Artikel 1376 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt: “Hij die bij vergissing of met zijn weten iets ontvangen heeft dat hem niet verschuldigd was, is verplicht het terug te geven aan degene van wie hij het ontvangen heeft zonder dat het verschuldigd was.” Artikel 1377, eerste lid, van hetzelfde Wetboek bepaalt: “Wanneer een persoon die bij vergissing meende schuldenaar te zijn, een schuld betaald heeft, is hij gerechtigd het betaalde van de schuldeiser terug te vorderen.” Het gaat telkens om toepassingen van een algemeen rechtsbeginsel naar luid waarvan niemand zich zonder oorzaak hoeft te veramen ten voordele van andermans verrijking: vermogensverschuivingen zonder rechtsgrond moeten ongedaan worden gemaakt, P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 492.

²⁰⁵¹ Het is mogelijk dat de overheid inmiddels een nieuwe beslissing heeft genomen, die de onregelmatigheid herstelt. Die nieuwe beslissing kan als een stilzwijgende intrekking van de oorspronkelijke beslissing worden beschouwd, J. PUT, “Het handvest van de sociaal verzekerde”, in D. SIMOENS en J. PUT (eds.), *Ontwikkelingen van de sociale zekerheid 1996-2001*, Brugge, die Keure, 2001, 17.

- voor zakelijke rechtsvorderingen: de dertigjarige termijn (artikel 2262 van het Burgerlijk Wetboek);
- voor persoonlijke rechtsvorderingen: de tienjarige termijn (artikel 2262*bis*, § 1, eerste lid, van hetzelfde Wetboek);
- voor rechtsvorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid: de termijn van vijf jaar vanaf de dag waarop de benadeelde kennis krijgt van de schade (of de verzwaring ervan) en van de identiteit van de ervoor aansprakelijke persoon en de termijn van twintig jaar vanaf de dag waarop het schadeverwekkend feit zich heeft voorgedaan (artikel 2262*bis*, § 1, tweede en derde lid, van hetzelfde Wetboek).²⁰⁵²

b. Bijzondere verjaringstermijnen

612. Op tal van domeinen bestaan er echter bijzondere verjaringstermijnen die – in min of meerdere mate – afwijken van de voormelde gemeenrechtelijke regels. Die afwijkende termijnen doen in de eerste plaats de vraag rijzen naar de naleving van het gelijkheidsbeginsel, maar de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is op dat punt weinig toegeeflijk:

“Het verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen dat voortvloeit uit de toepassing van verschillende verjaringstermijnen in verschillende omstandigheden, houdt op zich geen discriminatie in. Van discriminatie zou slechts sprake zijn indien het verschil in behandeling dat voortvloeit uit de toepassing van die verjaringstermijnen een onevenredige beperking van de rechten van de daarbij betrokken personen met zich zou meebrengen.”²⁰⁵³

Met die rechtspraak verlegt het Hof de klemtoon van een strikt vergelijkend perspectief naar een meer inhoudelijke toetsing van de betrokken regeling. Zij komt erop neer dat enkel een onevenredig korte of een onevenredig lange termijn ongrondwettig wordt bevonden (*infra* nrs. 624-625).

c. De verjaringstermijnen voor vorderingen ten laste of ten voordele van de overheid

613. Hoewel de Staat, de openbare instellingen en de gemeenten in beginsel aan de gemeenrechtelijke verjaringstermijnen zijn onderworpen (artikel 2227 van het Burgerlijk Wetboek), moet voor vorderingen ten laste of ten voordele van de overheid rekening worden gehouden met de afwijkende regeling van de wet van 6 februari 1970 betreffende de verjaring van schuldvorderingen ten laste of ten voordele van de Staat en de provinciën. Artikel 1 van die wet, thans artikel 100 van de wetten op de Rijkscomptabiliteit, gecoördineerd bij het koninklijk

²⁰⁵² Zie daarover o.a. I. CLAEYS en M. ROSIERS, “Enkele min of meer specifieke verjaringstermijnen: grenzeloos arbitrair?”, in CBR (ed.), *De verjaring*. Vierde Antwerps Juristencongres, Antwerpen, Intersentia, 2007, 141-193; C. LEBON, “Verjaring”, in *Bijzondere overeenkomsten – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., bijwerking 2004, 94 p.

²⁰⁵³ Vaste rechtspraak, bv. GwH 9 juli 2009, nr. 104/2009, B.11.1.

besluit van 17 juli 1991, voorziet in een vijfjarige verjaringstermijn, te rekenen vanaf de eerste januari van het begrotingsjaar in de loop waarvan de schuldvorderingen zijn ontstaan.²⁰⁵⁴

Wat de schuldvorderingen ten aanzien van de federale Staat (en zijn instellingen en ondernemingen) betreft, wordt die bijzondere verjaringstermijn opgeheven door de wet van 22 mei 2003 houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale Staat (artikelen 127 en 128, 11°) en vervangen door de gemeenrechtelijke verjaringstermijn (artikel 113).²⁰⁵⁵ Vanaf de inwerkingtreding van die bepalingen (op 1 januari 2010)²⁰⁵⁶ zal derhalve in beginsel²⁰⁵⁷ de gemeenrechtelijke verjaringstermijn gelden wat de aanspraken jegens de federale Staat betreft. Volgens een overgangsbepaling blijft de bijzondere regeling nog van toepassing op vóór de inwerkingtreding van de nieuwe regeling ontstane schuldvorderingen (artikel 131). Reeds verjaarde schuldvorderingen blijven evenwel verjaard.²⁰⁵⁸

Wat de gemeenschappen en de gewesten betreft, is een andere wet van mei 2003 van belang. Immers, tot de inwerkingtreding van de wet van 16 mei 2003 tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof,²⁰⁵⁹ is artikel 100 van de gecoördineerde wetten op de rijkscomptabiliteit eveneens van toepassing gebleven, krachtens artikel 71, § 1, van de bijzondere financieringswet van 16 januari 1989, op de gemeenschappen en de gewesten. De wet van 16 mei 2003 is wel reeds gedeeltelijk in werking getreden.²⁰⁶⁰ In beginsel²⁰⁶¹ zijn, krachtens die wet (artikel 15), de

²⁰⁵⁴ De verjaring betreft in dit geval ook de schuldvordering en niet de rechtsvordering zoals de gemeenrechtelijke verjaring, zie L. CORNELIS, "Panta rei, kai ouden menei. Over de verjaring van de rechts- en schuldvordering", in CBR (ed.), *De verjaring*. Vierde Antwerps Juristencongres, Antwerpen, Intersentia, 2007, 324.

²⁰⁵⁵ BS 3 juli 2003.

²⁰⁵⁶ Zie artikel 134, vierde lid, van de wet van 22 mei 2003, zoals ingevoegd bij artikel 3 van de programmawet van 22 december 2008 en vervangen bij artikel 22 van de programmawet van 23 december 2009. Voor sommige federale overheidsdiensten zijn de bepalingen evenwel reeds op 1 januari 2009 in werking getreden, zie artikel 134, eerste lid, van de wet van 22 mei 2003.

²⁰⁵⁷ Artikel 114 van dezelfde wet voorziet in een uitzondering voor salarissen, voorschotten daarop en vergoedingen, toelagen of uitkeringen, die een toebehoren van de salarissen vormen of ermee gelijkstaan. De door de federale overheid op dat vlak ten onrechte uitbetaalde sommen zijn voorgoed vervallen aan hen die ze hebben ontvangen, als de terugbetaling daarvan niet is gevraagd binnen een termijn van vijf jaar te rekenen van de eerste januari van het jaar van de betaling. Zie over de voorloper van die bepaling, GwH 13 februari 2002, nr. 35/2002 (*infra* vn. 2070) en GwH 27 juni 2007, nr. 95/2007. Voor een toepassing, zie Cass. 4 september 1995, C.94.0417.F, *Arr.Cass.* 1995, 729, nr. 360, *Pas.* 1995, I, 752, nr. 360, concl. J.-F. LECLERCQ, *RCJB* 1998, 5, noot R. ERGEC. Wat de verjaring van terugvorderingen van ten onrechte uitbetaalde sommen aan de inrichtende machten van het onderwijs en de leden van het onderwyzend personeel betreft, zie artikel 198 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 31 juli 1990 betreffende het onderwijs-II; zie daarover ook GwH 19 december 2002, nr. 189/2002, Cass. 20 april 2007, C.04.0178.N en R. VERSTEGEN, "Die goede oude scheiding der machten. Over terugvorderingen en verjaring, retroactiviteit en rechtszekerheid, scheiding der machten, impliciete bevoegdheden, interpretatieve wetten en goede legistiek", noot onder GwH 19 december 2002, nr. 189/2002, *TORB* 2002-03, 482-490.

²⁰⁵⁸ J. BAECK, "Buitencontractuele aansprakelijkheidsvorderingen tegen de overheid", *NjW* 2006, 880.

²⁰⁵⁹ BS 25 juni 2003.

²⁰⁶⁰ Meer bepaald op 1 januari 2006 voor wat het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest betreft (KB van 18 maart 2004, BS 30 maart 2004), op 1 januari 2007 voor wat de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie betreft (KB van 20 december 2005, BS 28 december 2005) en op 1 januari 2010 voor wat de Duitstalige Gemeenschap betreft (KB van 7 juni 2007, BS 13 juli 2007) Voor wat de Vlaamse Gemeenschap, het Vlaamse Gewest, de

gemeenrechtelijke verjaringstermijnen van toepassing wat de aanspraken jegens de gemeenschappen en gewesten betreft. In tegenstelling tot de wet van 22 mei 2003, heeft de wet van 16 mei 2003 niet in een overgangsregeling voorzien, zodat de klassieke principes van overgangsrecht moeten worden toegepast.²⁰⁶² In elk geval geldt ook hier dat reeds verjaarde schuldvorderingen verjaard blijven.

614. De afwijkende verjaringsregeling in de gecoördineerde wetten op de rijkscomptabiliteit (*supra* nr. 613) blijkt volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof als zodanig niet strijdig te zijn met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, meer bepaald omdat de bijzondere termijn in verband staat met het nagestreefde doel dat erin bestaat de rekeningen van de betrokken overheden binnen een redelijke termijn af te sluiten.²⁰⁶³ De afwijkende verjaringsregeling werd met andere woorden (in het algemeen) verantwoord bevonden “in het licht van een goede comptabiliteit”,²⁰⁶⁴ maar zij is wel discriminerend in het (bijzondere) geval waarin personen zich in de onmogelijkheid bevinden om binnen de wettelijke termijn in rechte te treden omdat hun schade of de identiteit van de aansprakelijke pas na die termijn kunnen worden vastgesteld,²⁰⁶⁵ alsook in het geval waarin tot gevolg zou hebben dat een vordering tot vrijwaring reeds kan zijn verjaard vooraleer ze kan worden ingesteld.²⁰⁶⁶

615. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van zijn kant maakt evenmin een bezwaar tegen verjaringstermijnen (*supra* nr. 608), die immers bedoeld zijn “à garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions et à empêcher l’injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé”.²⁰⁶⁷ Een gunstregime kan de toetsing door het Hof evenwel enkel kan doorstaan indien dat noodzakelijk blijkt te zijn voor de goede werking van de overheidsdiensten: “En effet, le simple intérêt de trésorerie de l’Etat ne peut pas être assimilé à lui seul à un intérêt public ou général qui justifierait dans chaque cas précis l’atteinte aux droits de l’individu. Le souci d’apurer de manière prompte les dettes de celui-ci et d’éviter de surcharger son budget de dépenses

Franse Gemeenschap en het Waalse Gewest betreft, is de inwerkingtreding uitgesteld tot 1 januari 2012 (KB’s van 4 mei 2010, *BS* 2 juli 2010).

²⁰⁶¹ Zie het soortgelijke voorbehoud inzake salarissen e.d., bepaald in artikel 16 van de wet van 16 mei 2003, als in artikel 114 van de wet van 22 mei 2003 (vn. 2057).

²⁰⁶² Zie daarvoor J. BAECK, “Buitencontractuele aansprakelijkheidsvorderingen tegen de overheid”, *NjW* 2006, 881.

²⁰⁶³ Zie GwH 15 mei 1996, nr. 32/96, B.12; GwH 17 december 1997, nr. 75/97, B.5; GwH 20 januari 1999, nr. 5/99, B.4; GwH 21 juni 2001, nr. 85/2001, B.5; GwH 20 februari 2002, nr. 42/2002, B.5; GwH 28 maart 2002, nr. 64/2002, B.5; GwH 3 april 2003, nr. 37/2003, B.4; GwH 14 januari 2004, nr. 1/2004, B.4; GwH 12 mei 2004, nr. 86/2004, B.4; GwH 7 juli 2004, nr. 127/2004, B.4; GwH 28 oktober 2004, nr. 165/2004, B.4; GwH 28 oktober 2004, nr. 170/2004, B.4; GwH 18 oktober 2006, nr. 153/2006, B.5; GwH 20 juni 2007, nr. 90/2007, B.4; GwH 26 september 2007, nr. 124/2007, B.4; GwH 14 februari 2008, nr. 17/2008, B.6; GwH 3 juli 2008, nr. 97/2008, B.4; GwH 4 juni 2009, nr. 97/2009, B.4. Zie de fundamentele kritiek op die rechtspraak van L. CORNELIS, “Panta rei, kai ouden menei. Over de verjaring van de rechts- en schuldvordering”, in CBR (ed.), *De verjaring*. Vierde Antwerps Juristencongres, Antwerpen, Intersentia, 2007, 341-343.

²⁰⁶⁴ Zie de (meeste van de) in vorige voetnoot vermelde arresten, bv. GwH 3 juli 2008, nr. 97/2008, B.4.

²⁰⁶⁵ Zie GwH 15 mei 1996, nr. 32/96, B.17-B.18; GwH 18 oktober 2006, nr. 153/2006, B.6-B.7; GwH 20 juni 2007, nr. 90/2007, B.9-B.10; GwH 4 juni 2009, nr. 97/2009, B.5-B.7.

²⁰⁶⁶ Zie GwH 4 juni 2009, nr. 97/2009, B.7.

²⁰⁶⁷ EHRM 25 juni 2010, Zouboulidis (n° 2) t. Griekenland, § 31.

imprévues ne saurait donc justifier en soi une atteinte conséquente au droit de propriété du requérant.”²⁰⁶⁸

616. De voormelde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (*supra* nr. 614) heeft er mede toe bijgedragen dat de wetgever de gemeenrechtelijke verjaringsregels (in beginsel) van toepassing heeft verklaard op de overheid (*supra* nr. 613).²⁰⁶⁹ Dat komt er dus op neer dat ook ten aanzien van de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten de vorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid zullen verjaren door verloop van vijf jaar vanaf het ogenblik waarop de benadeelde kennis heeft van de schade en van de identiteit van de aansprakelijke overheid, en in ieder geval door verloop van twintig jaar vanaf het ogenblik waarop het schadeverwekkend feit zich heeft voorgedaan. Alleen voor vorderingen tegen de provincies zal de bijzondere regeling inzake verjaring (en stuiting van de verjaring, *supra* nr. 602) nog van kracht blijven.²⁰⁷⁰

§ 3. Doen de verjaringstermijnen afbreuk aan artikel 159 van de Grondwet ?

617. De dieper liggende vraag, die ons in dit hoofdstuk bezighoudt, is echter of de wetgever door de mogelijkheid van terugvordering te beperken en derhalve ook de mogelijkheid om de exceptie van onwettigheid op te werpen, geen afbreuk doet aan artikel 159 van de Grondwet.

Omdat het onmogelijk is om de “honderden specifieke verjaringsregels”²⁰⁷¹ aan een onderzoek te onderwerpen, wordt het vervolg van dit hoofdstuk beperkt tot twee domeinen, dat van de sociale zekerheid en dat van het fiscaal recht.

²⁰⁶⁸ EHRM 25 juni 2010, Zouboulidis (n° 2) t. Griekenland, § 35.

²⁰⁶⁹ A. ALEN en J. THEUNIS, “Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in artikel 159 van de Grondwet”, *Staatsrecht*, Themis-vormingsonderdeel 54, Brugge, die Keure, 2009, 28.

²⁰⁷⁰ Artikel 8 van de wet van 6 februari 1970 betreffende de verjaring van schuldvorderingen ten laste of ten voordele van de Staat en de provinciën (*BS* 28 februari 1970). Die bepaling werd niet opgenomen in de coördinatie van de wetten op de rijkscomptabiliteit, zodat de artikelen 1 en 2 van de wet van 6 februari 1970 nog steeds de rechtsgrond vormen voor de bijzondere verjaringsregeling voor schuldvorderingen tegen de provincies. Over het daaruit voortvloeiend verschil in behandeling heeft de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen op 26 februari 2010 prejudiciële vragen gesteld aan het Grondwettelijk Hof (zaak met rolnr. 4898). De openbare instellingen, de gemeenten, de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en de intercommunales waren reeds aan de gemeenrechtelijke verjaringsbepalingen onderworpen (*supra* nr. 600). De artikelen 10 en 11 van de Grondwet houden evenwel niet in, naar het oordeel van het Grondwettelijk Hof, dat de wetgever verplicht is om voor alle administratieve overheden af te wijken van de gemeenrechtelijke verjaringsregels, GwH 12 mei 2004, nr. 86/2004, B.5-B.6; GwH 28 oktober 2004, nr. 165/2004, B.5; GwH 28 oktober 2004, nr. 170/2004, B.5. Anderzijds vermag de wetgever niet de vorderingen van gemeenten tegen hun ambtenaren tot terugbetaling van ten onrechte betaalde wedden aan de gemeenrechtelijke verjaring te onderwerpen, terwijl andere overheden tegen hun ambtenaren dienen op te treden binnen een termijn van vijf jaar, GwH 13 februari 2002, nr. 35/2002, B.4-B.6.

²⁰⁷¹ I. CLAEYS en M. ROSIERS, “Enkele min of meer specifieke verjaringstermijnen: grenzeloos arbitrair?”, in CBR (ed.), *De verjaring*. Vierde Antwerps Juristencongres, Antwerpen, Intersentia, 2007, 141.

Afdeling 2 – De verjaring in het domein van de sociale zekerheid

§ 1. De verjaringstermijnen inzake de terugvordering van onverschuldigde sociale prestaties

618. Bij de vaststelling en de berekening van socialezekerheidsprestaties kunnen onregelmatigheden gebeuren, zowel als gevolg van een juridische als van een materiële vergissing. De vergissing kan te wijten zijn aan de betrokken instelling van sociale zekerheid. Zij kan ook het gevolg zijn van het niet-aflleggen van verklaringen of het aflleggen van onjuiste verklaringen door de sociaal verzekerde.²⁰⁷²

De regel volgens welke datgene wat werd betaald zonder verschuldigd te zijn, moet kunnen worden teruggevorderd (*supra* nr. 610), geldt tevens inzake sociale zekerheid.²⁰⁷³ Er bestaan tal van bepalingen die, elk op een specifiek domein van de sociale zekerheid, de terugvordering van onverschuldigde sociale prestaties aan specifieke regels onderwerpen. Bovendien zijn er twee bijzondere bepalingen die dat op een meer algemene wijze beogen te doen.

619. In de eerste plaats is dat artikel 30, § 1, van de wet van 29 juni 1981 houdende algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers, dat een harmonisatie van de verjaringstermijnen inzake sociale prestaties beoogt tot stand te brengen. De bepaling voorziet in drie onderscheiden verjaringstermijnen: een gewone termijn van drie jaar, een verkorte termijn van zes maanden indien de betaling enkel het gevolg is van een vergissing van de instelling of de dienst, waarvan de betrokkene zich geen rekenschap kon geven, en een verlengde termijn van vijf jaar in geval van bedrog, arglist of bedrieglijke handelingen van de betrokkene.

Die bepaling verhindert dus dat de inzake sociale zekerheid gestorte uitkeringen, wanneer die onverschuldigd zijn geïnd, binnen de gemeenrechtelijke termijnen kunnen worden teruggevorderd. De wetgever heeft op dat punt meer bepaald rekening willen houden met het feit dat “de eigen aard en het toenemende technische aspect van de normatieve teksten die ons sociale zekerheidssysteem beheersen [...] een bijzondere regeling [vereisen] voor de materie van de terugvordering van onverschuldigde bedragen ten aanzien van de principes van het burgerlijk recht”.²⁰⁷⁴

De voormelde bepaling heeft echter een beperkt toepassingsgebied: zij geldt enkel voor werknemers. Bovendien is zij nooit in werking getreden.²⁰⁷⁵

²⁰⁷² J.-F. LECLERCQ, “Sociale zekerheid: honderdduizend of niets, stop je of ga je verder?”, rede uitgesproken door de procureur-generaal op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 3 september 2007, *RW* 2007-08, 525.

²⁰⁷³ GwH 28 mei 2009, nr. 88/2009, B.3.1.

²⁰⁷⁴ GwH 12 februari 2003, nr. 25/2003, B.3 en GwH 19 januari 2005, nr. 13/2005, B.9.1, telkens met verwijzing naar *Parl.St.* Senaat 1979-80, 508/1, 25. Zie ook GwH 20 oktober 2009, nr. 162/2009, B.10.3.

²⁰⁷⁵ Krachtens artikel 41 treden de bepalingen van de wet in werking op de data die de Koning bepaalt, maar voor artikel 30 is nooit een datum van inwerkingtreding vastgesteld. Dat belet niet dat de verjaringstermijnen uit die

620. In de tweede plaats is er de wet van 11 april 1995 tot invoering van het “handvest” van de sociaal verzekerde. Het Handvest bevat een principiële regeling van de betrekkingen tussen de sociaal verzekerden en de instellingen van de sociale zekerheid. De essentiële doelstelling ervan is de verbetering van de rechtsbescherming van de sociaal verzekerde.²⁰⁷⁶ Hoewel dat oorspronkelijk was voorzien, bevat het Handvest geen soortgelijke bepaling als artikel 30, § 1, van de wet van 29 juni 1981, maar in een specifiek geval sluit het wel elke mogelijkheid van terugvordering uit.

Wanneer wordt vastgesteld, zo bepaalt artikel 17 van het Handvest, dat een beslissing van een instelling van sociale zekerheid door een juridische of materiële vergissing (lees: door een onwettigheid) is aangetast, dan neemt die instelling op eigen initiatief een nieuwe beslissing die uitwerking heeft op de datum waarop de verbeterde beslissing had moeten ingaan, onverminderd de wettelijke en reglementaire bepalingen inzake verjaring (eerste lid). Als het recht op de prestatie kleiner is dan het aanvankelijk toegekende recht, dan heeft de nieuwe beslissing, indien de vergissing aan de instelling van sociale zekerheid te wijten is, uitwerking op de eerste dag van de maand na de kennisgeving ervan, dus zonder terugwerkende kracht (tweede lid).²⁰⁷⁷ In dat laatste geval zou er geen sprake zijn van een onverschuldigde betaling en dus ook niet van een terugvordering, laat staan van een (al dan niet verkorte) verjaringstermijn waaraan die terugvordering zou zijn onderworpen.²⁰⁷⁸ Het Grondwettelijk Hof heeft die regeling stilzwijgend aanvaard.²⁰⁷⁹

Daarnaast verleent artikel 22 van het Handvest aan de instellingen van sociale zekerheid de mogelijkheid om in bepaalde gevallen af te zien van de terugvordering van het onverschuldigde, met name in behartenswaardige gevallen of categorieën van gevallen en mits de schuldenaar te goeder trouw is. Het Grondwettelijk Hof heeft ook die mogelijkheid – meer principieel dit keer – aanvaard. Het stelde meer bepaald vast dat het socialezekerheidsrecht altijd rekening heeft gehouden met het feit dat een terugvordering veelal moeilijkheden veroorzaakt voor de sociaal

bepaling als vergelijkingspunt kunnen worden gebruikt, zie GwH 4 maart 2008, nr. 39/2008, B.2.3 en GwH 12 februari 2009, nr. 20/2009, B.4.

²⁰⁷⁶ J. PUT, “Het handvest van de sociaal verzekerde”, in D. SIMOENS en J. PUT (eds.), *Ontwikkelingen van de sociale zekerheid 1996-2001*, Brugge, die Keure, 2001, 2.

²⁰⁷⁷ Tenzij in twee gevallen: 1) wanneer de sociaal verzekerde weet of moest weten dat hij geen recht (meer) heeft op het gehele bedrag van de prestatie (artikel 17, derde lid, van het Handvest), 2) wanneer de nieuwe beslissing binnen de beroepstermijn wordt genomen of, indien er beroep is ingesteld, vóór het sluiten van de debatten (artikel 18 van het Handvest). Al lijkt het Hof van Cassatie die tweede uitzondering te hebben geneutraliseerd, zie Cass. 6 mei 2002, S.01.0019.N, *Arr.Cass.* 2002, 1205, nr. 272, *Soc.Kron.* 2004, 201, noot D. TORFS. Zie daarover ook J.-F. LECLERCQ, “Sociale zekerheid: honderdduizend of niets, stop je of ga je verder?”, rede uitgesproken door de procureur-generaal op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 3 september 2007, *RW* 2007-08, 526-527.

²⁰⁷⁸ In die zin J.-F. NEVEN, “Les délais de prescription applicables à la récupération des prestations de sécurité sociale payées indûment. Commentaire de l’arrêt rendu par la Cour constitutionnel le 30 octobre 2008”, *Soc.Kron.* 2009, 408, met verwijzing naar Cass. 22 december 2008, S.08.0059.F.

²⁰⁷⁹ Zie GwH 21 december 2005, nr. 196/2005, B.5.2, *RW* 2005-06, 1459, noot V. VERDEYEN. Zie ook J. MARTENS, “La Charte de l’assuré social, le privilège du préalable et la décision administrative ‘exécutoire’”. Commentaire de l’arrêt n° 196/2005 rendu par la Cour d’arbitrage le 21 décembre 2005”, *Soc.Kron.* 2006, 571-576.

verzekerde en dat derhalve in uitzonderlijke gevallen van de terugvordering kan worden afgezien.²⁰⁸⁰

Het Handvest is een zelfstandige wet, die sinds haar inwerkingtreding op 1 januari 1997 grotendeels rechtstreeks toepasbaar is in alle sectoren en op alle instellingen die onder het toepassingsgebied ervan vallen, maar zij heeft de analoge bepalingen in de diverse sectoren niet opgeheven.²⁰⁸¹ Doorgaans geldt zij derhalve slechts “onverminderd de wettelijke of reglementaire bepalingen eigen aan de verschillende sectoren van de sociale zekerheid”.²⁰⁸² Uit twee arresten van het Grondwettelijk Hof blijkt echter dat wetsbepalingen die dateren van na het Handvest en die, ten aanzien van de sociaal verzekerden, een minder gunstige regeling invoeren of de invoering daarvan tot gevolg hebben, het voorwerp moeten uitmaken van “een relevante specifieke verantwoording” om aan de vernietiging door het Grondwettelijk Hof, wegens schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, te ontsnappen.²⁰⁸³

621. Een ander arrest vertrekt evenwel van het omgekeerde uitgangspunt: hoewel het wenselijk kan lijken dat de verjaringstermijnen inzake sociale prestaties zoveel als mogelijk worden geharmoniseerd, kan uit het enkele feit dat verjaringstermijnen verschillen van die welke zijn opgenomen in een nooit in werking gestelde bepaling die beoogde een dergelijke harmonisatie tot stand te brengen (artikel 30, § 1, van de wet van 29 juni 1981 houdende algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers, *supra* nr. 619), niet worden afgeleid dat zij automatisch in strijd zouden zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Van discriminatie zou slechts sprake kunnen zijn indien het verschil in behandeling dat voortvloeit uit de toepassing van die verschillende verjaringstermijnen, gepaard zou gaan met een onevenredige beperking van de rechten van de daarbij betrokken partijen (*supra* nr. 612).²⁰⁸⁴

De keuze van de wetgever bijvoorbeeld om voor de terugvordering van het vakantiegeld een verkorte verjaringstermijn van twee jaar in te stellen wanneer de terugvordering steunt op een vergissing toe te schrijven aan het vakantiefonds, kan volgens het Grondwettelijk Hof niet worden geacht onevenredige gevolgen te sorteren voor de betrokkenen, nu die termijn merkkelijk korter is dan zowel die welke zou voortvloeien uit de toepassing van het gemeen recht (tien jaar), als de gewone termijn voor het terugvorderen van het vakantiegeld (vijf jaar). De

²⁰⁸⁰ GwH 28 mei 2009, nr. 88/2009, B.3.2, onder voorbehoud van toetsing aan het gelijkheidsbeginsel (B.5.2).

²⁰⁸¹ J. PUT, “Het handvest van de sociaal verzekerde”, in D. SIMOENS en J. PUT (eds.), *Ontwikkelingen van de sociale zekerheid 1996-2001*, Brugge, die Keure, 2001, 3.

²⁰⁸² Zie bv. artikel 22, § 1, van het Handvest, inzake de verzaking aan de terugvordering.

²⁰⁸³ GwH 4 maart 2008, nr. 35/2008, B.7.4; GwH 20 januari 2010, nr. 1/2010, B.6. Volgens Gilson krijgt het Handvest daardoor “une sorte d’effet de ‘stand-still’ partiel de sorte que la Charte trouverait, dans la hiérarchie des sources de droit une place sui generis”, S. GILSON, “La Charte de l’assuré social: une loi pas comme les autres...”, *Bulletin social & juridique* april 2008, 4. Dat lijkt nochtans een te verregaande conclusie. Het enige wat uit de voormelde arresten zou kunnen worden afgeleid, is dat de controle op een afwijking van het Handvest strikter is dan normaal: het staat de wetgever steeds vrij af te wijken van een vroegere wet die hij zelf heeft aangenomen, maar ook in normale omstandigheden moet hij daarbij het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie naleven, zie bv. GwH 25 januari 2007, nr. 22/2007, B.6.1-B.6.2. Zie ook P. JOASSART, “La « Charte de l’assuré social » devant la Cour constitutionnelle belge: des conséquences équipollentes à un effet de stanstill atténué?”, in M. VERDUSSEN (ed.), *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, Brussel, Bruylant, 2009, 489-494.

²⁰⁸⁴ GwH 4 maart 2008, nr. 39/2008, B.3.3.

omstandigheid dat het vakantiegeld in de regel, anders dan andere sociale prestaties, slechts eenmaal per jaar wordt uitgekeerd, en dat bijgevolg vergissingen op dat punt minder snel aan het licht kunnen komen dan dat het geval is met sociale prestaties die met een grotere regelmaat worden uitgekeerd, verantwoordt tevens dat de wetgever heeft kunnen oordelen dat een verjaringstermijn van zes maanden in dit geval niet aangewezen was.²⁰⁸⁵

622. Dezelfde redenering wordt niet gevolgd in een arrest van 20 januari 2010. Het ingewikkelde karakter van het administratieve beheer waarvoor de kinderbijslagfondsen instaan, als gevolg van het feit dat de gezinsituaties veranderlijk zijn, kan naar het oordeel van het Grondwettelijk Hof niet verantwoorden dat de begunstigde van ten onrechte uitgekeerde kinderbijslag, die hij heeft geïnd als gevolg van een vergissing van het uitkerende fonds, terwijl hij zich daarvan geen rekenschap kon geven, gedurende één jaar ertoe gehouden is de bedragen terug te betalen die hij ten onrechte heeft geïnd (artikel 120*bis* van de gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders), terwijl de begunstigten van andere sociale uitkeringen die in dezelfde omstandigheden ten onrechte werden geïnd, niet ertoe zijn gehouden die terug te betalen (artikel 17, tweede lid, van het Handvest, *supra* nr. 620). Het Grondwettelijk Hof merkte in dat verband nog op dat de kinderbijslag, in tegenstelling tot het hoger vermelde vakantiegeld (*supra* nr. 621), elke maand wordt uitbetaald en zij een aanzienlijk deel kan vertegenwoordigen van het maandelijks budget van de gezinnen die ertoe gerechtigd zijn, *a fortiori* wanneer het, zoals *in casu* het geval was, om verhoogde kinderbijslag gaat. Gedurende een volledig jaar een terugvordering toestaan van bedragen die als gevolg van een vergissing van de uitkerende instelling werden uitbetaald, dreigt dan ook onevenredige gevolgen te hebben voor de uitkeringsgerechtigden die geen enkele fout of nalatigheid kan worden verweten.²⁰⁸⁶

§ 2. De verjaringstermijnen als evenwicht tussen wettigheid en rechtszekerheid

623. Hoewel onverschuldigd betaalde sociale uitkeringen onwettig zijn, kunnen ze dus na verloop van de wettelijk bepaalde termijn niet meer worden teruggevorderd, ook niet op grond van artikel 159 van de Grondwet. De wetgever heeft immers *in abstracto* een afweging gemaakt tussen de eerbiediging van de wettigheid en de vrijwaring van de rechtszekerheid en van het gewekt vertrouwen. Enkel het Grondwettelijk Hof is bevoegd om die afweging te beoordelen. De gewone rechter mag met andere woorden geen voorrang geven aan het vertrouwensbeginsel boven de wettelijke bepaling.

De verjaring als rechtsfiguur beoogt de rechtszekerheid te waarborgen.²⁰⁸⁷ Hoewel het rechtszekerheidsbeginsel niet uitdrukkelijk in de Grondwet is neergelegd, is het een inherent element ervan, waar het Grondwettelijk Hof rekening mee houdt, op gelijke voet met het wettigheidsbeginsel (*supra* nr. 109). Door de verjaring als rechtsfiguur te aanvaarden, erkent het

²⁰⁸⁵ GwH 4 maart 2008, nr. 39/2008, B.3.4.

²⁰⁸⁶ GwH 20 januari 2010, nr. 1/2010, B.8.1-B.8.2.

²⁰⁸⁷ I. CLAEYS en M. ROSIERS, "Enkele min of meer specifieke verjaringstermijnen: grenzeloos arbitrair?", in CBR (ed.), *De verjaring*. Vierde Antwerps Juristencongres, Antwerpen, Intersentia, 2007, 142.

Grondwettelijk Hof dat de rechtszekerheid na verloop van tijd voorgaat op de wettigheid. Meer nog: door de verjaring aan zijn controle te onderwerpen, weegt het Hof de verjaringstermijnen op de balans van wettigheid en rechtszekerheid. In essentie dienen de verjaringstermijnen een billijk evenwicht tot stand te brengen tussen de naleving van de wettigheid, aan de ene kant, en de vrijwaring van de rechtszekerheid, aan de andere kant.

Bij die afweging moet bovendien rekening worden gehouden met het gelijkheidsbeginsel. In de rechtsleer is er immers op gewezen dat de niet-terugvordering, “s’il est systématique, crée un autre déséquilibre, une autre rupture de la justice distributive, entre ceux qui ont perçu un avantage indu, et ceux vis-à-vis desquels la réglementation a été correctement appliquée”.²⁰⁸⁸

624. Een voorbeeld biedt de bijzondere bijdrage voor sociale zekerheid, die werd ingevoerd bij artikel 60 van de wet van 28 december 1983 houdende fiscale en begrotingsbepalingen. Door het ontbreken van een bepaling die de vordering tot invordering van die bijdrage aan een specifieke verjaringstermijn onderwerpt, verjaart die persoonlijke rechtsovereenkomstig het gemeen recht, dat wil zeggen door het verstrijken van de termijn van tien jaar waarin artikel 2262*bis*, § 1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek voorziet (*supra* nr. 611).

De toepassing van die termijn, zo oordeelt het Grondwettelijk Hof, “doet op onevenredige wijze afbreuk aan de rechten van de sociaal verzekerden die ze verschuldigd zijn, door hun vermogen gedurende talrijke jaren in de onzekerheid te houden, terwijl die bijdrage slechts bij wijze van uitzondering werd vastgesteld om het hoofd te bieden, in die periode van economische crisis, aan de financieringsmoeilijkheden die de werkloosheidsverzekering kende.”²⁰⁸⁹

Een te lange verjaringstermijn wordt met andere woorden ongrondwettig bevonden omdat zij tot (onevenredige) rechtsonzekerheid leidt.

625. De gemeenrechtelijke termijn werd ook ongrondwettig bevonden in zoverre hij van toepassing werd gemaakt op de vordering tot terugbetaling van het uitgekeerde leefloon (artikel 29, § 1, van de wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie).

Bij de aanneming van de wet van 26 mei 2002 werd in de parlementaire voorbereiding geen enkele verantwoording gegeven wat betreft de verlenging, van vijf tot tien jaar, van de verjaringstermijn van de vordering tot terugbetaling ten laste van de rechthebbende, in zoverre de in het geding zijnde bepaling verwijst naar de tienjarige verjaring bedoeld in artikel 2262*bis* van het Burgerlijk Wetboek en niet meer, zoals dat het geval was in de wet van 7 augustus 1974 voor het bestaansminimum, naar de vijfjarige verjaring bedoeld in artikel 2277 van het Burgerlijk Wetboek.

²⁰⁸⁸ P. PALSTERMAN, “La non-rétroactivité des révisions en défaveur de l’assuré sociale (article 17 de la Charte de l’assuré social) – L’application incohérente d’un principe mal défini”, *Soc.Kron.* 2008, 556. Zie ook *supra* nr. 107.

²⁰⁸⁹ GwH 9 juli 2009, nr. 104/2009, B.11.1; GWH 12 november 2009, nr. 177/2009, B.6.2.

Het Hof acht die afwijking van de in artikel 2277 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde kortere verjaringstermijn, die als doel heeft de schuldenaars te beschermen tegen de opeenstapeling van periodieke schulden over een te lange periode, in de gegeven omstandigheden niet verantwoord “daar de terugvordering van het leefloon dat werd uitgekeerd tijdens een lange periode betrekking kan hebben op bedragen die, op termijn, een dermate grote schuld zijn geworden dat zij de schuldenaar zouden kunnen ruïneren, wat volledig in strijd zou zijn met de doelstelling zelf van maatschappelijke integratie die wordt nagestreefd door de wet van 26 mei 2002”.²⁰⁹⁰

626. Het Hof van Cassatie erkent weliswaar dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het recht op rechtszekerheid insluiten en dat dit onder meer inhoudt dat de burger moet kunnen vertrouwen op de openbare diensten en erop moet kunnen rekenen dat zij regels in acht nemen en een standvastig beleid volgen dat de burger niet anders kan opvatten, maar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen niet worden ingeroepen wanneer zij leiden tot een beleid dat tegen wettelijke bepalingen ingaat (*supra* nr. 129).²⁰⁹¹ Volgens het Hof van Cassatie kan de rechter derhalve niet wettig beslissen dat het wettigheidsbeginsel moet wijken voor het vertrouwensbeginsel en het beginsel van rechtszekerheid om de vordering tot terugbetaling van de onverschuldigde uitkeringen af te wijzen.²⁰⁹²

De rechter kan wel artikel 17, tweede lid, van het Handvest toepassen (*supra* nr. 620), dat volgens sommigen een toepassing inhoudt van het vertrouwensbeginsel,²⁰⁹³ en het Hof van Cassatie heeft ook nog een andere uitweg bedacht: een onterecht uitgekeerde verhoogde kinderbijslag gedurende een lange periode kan een fout uitmaken die tot een schadevergoeding, gelijk aan de onterecht uitgekeerde bijslag, aanleiding geeft.²⁰⁹⁴

Maar de toepassing door de rechter van het vertrouwensbeginsel heeft het Hof van Cassatie dus verworpen. In een arrest van 26 mei 2003 heeft het Hof de voorrang van het wettigheidsbeginsel bevestigd: door te beslissen dat de Kas voor kinderbijslag afstand moet doen van haar eis tot terugbetaling van de bedragen die aan verweerster vanaf 1 januari 1993 tot 22 december 1994 onverschuldigd zijn betaald als verhoogde kinderbijslag voor gehandicapte kinderen en zich daarvoor te baseren op de leer van de “eerbiediging van de

²⁰⁹⁰ GwH 30 oktober 2008, nr. 147/2008, B.9.2-B.9.3. Volgens Neven heeft het Grondwettelijk Hof daarmee laten verstaan dat de terugvordering van sociale prestaties in het algemeen aan een maximale verjaringstermijn van vijf jaar mag worden onderworpen, J.-F. NEVEN, “Les délais de prescription applicables à la récupération des prestations de sécurité sociale payées indûment”, *Soc.Kron.* 2009, 411. Zie ook GwH 20 oktober 2009, nr. 162/2009, B.10.2, evenals de prejudiciële vraag gesteld door Cass. 13 december 2010, S.09.0111.F (zaak met rolnr. 5074 voor het Grondwettelijk Hof).

²⁰⁹¹ Cass. 16 december 2002, S.02.0027.N, *Soc.Kron.* 2004, 202, noot D. TORFS.

²⁰⁹² J.-F. LECLERCQ, “Sociale zekerheid: honderdduizend of niets, stop je of ga je verder?”, rede uitgesproken door de procureur-generaal op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 3 september 2007, *RW* 2007-08, 526, die erop wijst dat het Hof ook in belastingzaken voorrang geeft aan het wettigheidsbeginsel verkiest (zie daarover *supra* nrs. 128-131).

²⁰⁹³ M. PALUMBO en P. KALLAI, “La répétition de l’indu et l’assuré social de bonne foi”, noot onder Cass. 26 mei 2003, S.01.0108.F, *JLMB* 2006, 190.

²⁰⁹⁴ Cass. 22 mei 2006, S.05.0008.F, *CDPK* 2008, 456, noot S. KOVAL. Zie ook reeds Cass. 25 november 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2543, nr. 623, concl. J.-F. LECLERCQ; Cass. 29 november 2004, S.03.0072.F, *JTT* 2005, 106, concl. J.-F. LECLERCQ.

gewettigde verwachtingen van een ander”, schendt het bestreden arrest de artikelen 1235, 1376 en 1377 van het Burgerlijk Wetboek.²⁰⁹⁵

In zijn conclusie voor dat arrest van 26 mei 2003 heeft toenmalig eerste advocaat-generaal Leclercq bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie enige duiding verschaft: (1) het wettigheidsbeginsel kan nooit worden geweerd omdat het rechtstreeks gegrond is op een grondwettekst, namelijk artikel 159 van de Grondwet; (2) het wettigheidsbeginsel komt weliswaar niet in het gedrang wanneer het bestuur een gedragsregel volgt in verband met een feitenkwestie, maar de kwestie van de terugvordering van het onverschuldigd betaalde is geen feitenkwestie; (3) ongetwijfeld kan de voorrang van het wettigheidsbeginsel, ook al is hij in rechte juist, onaangename gevolgen hebben vanuit het oogpunt van de billijkheid, maar de rechtzoekende tegen wie het wettigheidsbeginsel wordt aangevoerd kan nochtans altijd pogen het te omzeilen door zich te beroepen op het gemeen recht van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid.²⁰⁹⁶

627. Uit hetgeen voorafgaat blijkt niettemin dat de wetgever het wettigheidsbeginsel mag mildereren ten voordele van het rechtszekerheidsbeginsel, met name door in (korte) verjaringstermijnen te voorzien voor de terugvordering van op een onwettige basis uitgekeerde bedragen.²⁰⁹⁷ Dat komt in feite neer op een beperking door de wetgever van artikel 159 van de Grondwet, in het voordeel van de rechtszekerheid. Aangezien het rechtszekerheidsbeginsel evenzeer een grondbeginsel uitmaakt (*supra* nr. 107), doet een dergelijke beperking geen afbreuk aan het beginsel van de hiërarchie der rechtsnormen.²⁰⁹⁸ De controle op die evenwichtsoefening van de wetgever komt enkel het Grondwettelijk Hof toe (*infra* nr. 674).

²⁰⁹⁵ Cass. 26 mei 2003, S.01.0108.F, *Arr.Cass.* 2003, 1262, nr. 318, concl. J.-F. LECLERCQ, *RW* 2004-05, 19, noot V. SAGAERT, *JLMB* 2006, 184, noot M. PALUMBO en P. KALLAI. Zie ook het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-03*, 34-35.

²⁰⁹⁶ J.-F. LECLERCQ, concl. voor Cass. 26 mei 2003, S.01.0108.F, *Arr.Cass.* 2003, 1262, nr. 318, met verwijzing, wat het laatste punt betreft, naar Cass. 25 november 2002, *Pas.* 2002, 2231, concl. J.-F. LECLERCQ, waarin het Hof heeft beslist dat de rechter, gelet op de omstandigheden van de zaak, zonder de wettelijke en verordenende bepalingen betreffende de sociale zekerheid der loontrekkenden te schenden, kan beslissen dat het gedrag van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, dat beoordeeld wordt volgens het criterium van het orgaan van een normaal zorgvuldige en voorzichtige openbare instelling, die in dezelfde toestand verkeert, kan worden beschouwd als een verkeerde handelwijze waarvoor hij buitencontractueel aansprakelijk kan worden gesteld.

²⁰⁹⁷ Ook de regels inzake de herziening van een beslissing (artikel 17 van het Handvest van de sociaal verzekerde, zie hoger) “beogen in essentie de behoefte aan rechtszekerheid, die neigt naar het behoud van de verworven toestanden, te verzoenen met de rechtmatige bezorgdheid de miskende wettigheid te herstellen”, W. VAN EECKHOUTTE, “Terugvordering en herziening”, in J. PUT (ed.), *Het Handvest van de sociaal verzekerde en bestuurlijke vernieuwing in de sociale zekerheid*, Brugge, die Keure, 1999, 185.

²⁰⁹⁸ Anders J. MARTENS, “La Charte de l’assuré social, le privilège du préalable et la décision administrative ‘exécutoire’. Commentaire de l’arrêt n° 196/2005 rendu par la Cour d’arbitrage le 21 décembre 2005”, *Soc.Kron.* 2006, 573 en “La Charte de l’assuré social dans la jurisprudence des juridictions du travail. Les droits sociaux en quête d’effectivité”, in *Liber Amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 111: “Considérer que l’article 159 de la Constitution ne pourrait plus être invoqué parce que la loi a instauré une voie de recours spécifique assortie d’un délai prévu à peine de déchéance reviendrait à interpréter la Constitution à la lumière de la loi et se concilierait difficilement avec l’idée d’une hiérarchie des normes”. Vgl. M. PALUMBO en P. KALLAI, “La répétition de l’indu et l’assuré social de bonne foi”, noot onder Cass. 26 mei 2003, S.01.0108.F, *JLMB* 2006, 19, met betrekking tot artikel 17 van het Handvest van de sociaal verzekerde: “Le principe de légalité ne constitue plus ici un obstacle étant donné que la règle énoncée ci-dessus est inscrite dans la loi”.

Afdeling 3 – De verjaring in het domein van het fiscaal recht

§ 1. Termijnen, terugvordering en aansprakelijkheid: de principes

628. Ook het fiscaal recht staat bol van de termijnen. Beschermen de termijnen in het sociaal recht in de eerste plaats de sociaal verzekerde, dan staan de fiscale termijnen ook (en vooral) ten dienste van de schatkist.

Een eerste spoor daarvan is terug te vinden in de mogelijkheid waarover de fiscale administratie beschikt om na nietigverklaring van de oorspronkelijke aanslag, een nieuwe of subsidiaire aanslag te vestigen en zodoende haar fouten recht te zetten, zelfs nadat de aanslagtermijnen zijn verstreken.²⁰⁹⁹ Die hertaxatiemogelijkheid bestaat “ter vrijwaring van de belangen van de Schatkist en van de gelijkheid van de burgers voor de belastingwet”,²¹⁰⁰ maar die mogelijkheid is niet onbeperkt. Als de onwettigheid van de oorspronkelijke aanslag de verjaring betreft, dan kan de fout niet worden rechtgezet: was het toen reeds te laat, dan blijft de verjaring een verworven recht voor de belastingplichtige.²¹⁰¹ In de andere gevallen kan de fout wel worden rechtgezet, aldus het Grondwettelijk Hof, maar dan wel op voorwaarde dat de belastingplichtige niet voor onbepaalde tijd in het ongewisse wordt gelaten en dat met andere woorden de subsidiaire aanslag niet “buiten elke termijn in een nieuwe procedure kan worden voorgelegd aan de rechter die de initiële aanslag nietig heeft verklaard”.²¹⁰²

Kortom, het wettigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel worden ook in het fiscaal recht begrensd door een ander beginsel, het rechtszekerheidsbeginsel. Om aan de kritiek van het Grondwettelijk Hof tegemoet te komen heeft de wetgever vervolgens in een dwingende termijn van zes maanden voorzien.²¹⁰³

629. Behalve aanslagtermijnen, waarvan het verstrijken in de regel het verval van het recht – of beter de plicht – om de belasting te vestigen en in te kohieren meebrengt, kent het fiscaal recht ook de verjaring van de uitoefening door de fiscus van de ingekohierde schuldvordering. Bovendien speelt de verjaring niet alleen in het voordeel van de belastingplichtige, maar ook in het voordeel van de overheid. De rechtszekerheid beschermt zowel de belastingplichtige als de

²⁰⁹⁹ Artikelen 355 en 356 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992.

²¹⁰⁰ GwH 21 december 2004, nr. 211/2004, B.5.3.

²¹⁰¹ P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 235, die eraan toevoegt dat, meer in het algemeen, de oorspronkelijke aanslag op dat ogenblik wettig moest kunnen worden gevestigd en dat met de nieuwe aanslag de gepleegde fouten moeten kunnen worden hersteld en ook effectief worden hersteld. Zie ook *ibid.*, 364.

²¹⁰² GwH 20 oktober 2009, nr. 158/2009, B.6.1-B.6.2.

²¹⁰³ Zie de artikelen 2 en 3 van de wet van 22 december 2009 houdende fiscale bepalingen, *BS* 31 december 2009, tweede uitgave. Zie daarover H. SYMOENS, “De subsidiaire aanslag van artikel 356 WIB 1992 of de fiscale processie van Echternach”, noot onder GwH 20 oktober 2009, nr. 158/2009, *RABG* 2010, 543-549 en J. VANDEN BRANDEN, “De subsidiaire aanslag (art. 356 WIB 92) na de wet van 22 december 2009”, *AFT* 2010, nr. 5, 3-11. Over die wetswijziging zijn opnieuw prejudiciële vragen gesteld aan het Grondwettelijk Hof door de rechtbank van eerste aanleg te Luik bij vonnis van 24 juni 2010 (zaak met rolnr. 4972). Bovendien is de overgangsregeling het voorwerp van een beroep tot vernietiging (zaak met rolnr. 4988).

betrokken administratie.²¹⁰⁴ Met andere woorden, ook de vordering tot teruggave van onverschuldigd betaalde belastingen is aan verjaringstermijnen onderworpen.

Zoals bekend geschiedt de rechtsbescherming in fiscale zaken doorgaans in de eerste plaats via het georganiseerd administratief beroep (*supra* nr. 237), dat de andere vormen van administratief beroep in de praktijk heeft verdrongen.²¹⁰⁵ Vorderingen tegen de belastingadministratie kunnen maar aan de rechter worden voorgelegd indien de eiser voorafgaandelijk het door of krachtens de wet georganiseerde administratief beroep heeft ingesteld.²¹⁰⁶

630. In de inkomstenbelastingen neemt het georganiseerd administratief beroep de vorm aan van een schriftelijk bezwaar bij de directeur der belastingen (artikel 366 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992). Dat bezwaarschrift moet op straffe van verval worden ingediend binnen een termijn van drie maanden vanaf de datum van verzending van het aanslagbiljet waarop de bezwaartermijn vermeld staat of van de kennisgeving van de aanslag, of vanaf de datum van de inning van de belastingen op een andere wijze dan per kohier (artikel 371 van hetzelfde Wetboek).²¹⁰⁷ Na het verstrijken van die termijn is in bepaalde gevallen (*infra* nr. 638) nog gedurende vijf jaar een ambtshalve ontheffing mogelijk (artikel 376 van hetzelfde Wetboek).

De terugbetaling van onverschuldigde belastingen moet volgens het Hof van Cassatie binnen de in die bepalingen vermelde korte termijnen worden gevorderd, dus niet binnen de gemeenrechtelijke verjaringstermijnen noch binnen de bijzondere verjaringstermijnen die gelden (of golden) ten aanzien van de overheid (*supra* nrs. 611 en 613).²¹⁰⁸ De fiscale wetten kunnen immers zowel op uitdrukkelijke als op impliciete wijze van de beginselen van het burgerlijk recht over de terugvordering van het onverschuldigd betaalde afwijken.²¹⁰⁹

631. Bij gebrek aan een regelmatig bezwaarschrift, dat binnen de wettelijke termijn is ingediend,²¹¹⁰ worden de belastingaanslagen bijgevolg definitief²¹¹¹ en kunnen de onverschuldigd betaalde bedragen niet worden teruggevorderd.²¹¹² Eens verworven, blijft

²¹⁰⁴ HvJ 17 november 1998, Aprile, C-228/96, punt 19.

²¹⁰⁵ Beroep op de toezichhoudende overheid staat open voor de lokale belastingen en als een vorm van het willig of hiërarchisch beroep kan wellicht het hoger vermelde (*supra* nr. 514) artikel 9 van het Regentsbesluit van 18 maart 1831 worden beschouwd, P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 46 (vn. 146).

²¹⁰⁶ Artikel 1385 *undecies* van het Gerechtelijk Wetboek.

²¹⁰⁷ De termijn om een bezwaarschrift in te dienen, wanneer de inning van de belastingen niet op een andere wijze dan per kohier geschiedt, loopt vanaf de datum waarop de brief, waarbij het aanslagbiljet of de aanslag aan de geadresseerde per gewone brief wordt ter kennis gebracht, moet worden vermoed aan deze geadresseerde te zijn aangeboden geweest en loopt niet vanaf de datum waarop de brief aan de postdiensten wordt toevertrouwd, Cass. 12 november 2009, F.08.0049.N. Zie ook GwH 19 december 2007, nr. 162/2007.

²¹⁰⁸ Cass. 12 november 2009, F.08.0026.N, waarin tevens wordt bevestigd dat die termijnen ook gelden voor de met de inkomstenbelastingen gelijkgestelde belastingen.

²¹⁰⁹ Cass. 13 november 1952, *Arr.Cass.* 1953, 141; zie ook P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 497.

²¹¹⁰ Meer algemeen: bij verzuim de beschikbare bijzondere rechtsvorderingen aan te wenden die hetzelfde resultaat opleveren. Zie daarover P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 490-513.

²¹¹¹ Cass. 29 april 1958, *Arr.Cass.* 1958, 677.

²¹¹² Cass. 21 september 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 92.

verworven, zo blijkt in essentie reeds uit de conclusie van procureur-generaal Mesdach de ter Kiele voor een arrest van 27 oktober 1886:

“C’est que toute l’économie de notre législation, en matière d’imposition, résiste à ces revendications posthumes qui ne peuvent que jeter nos finances publiques dans la plus grande confusion. Nul intérêt sérieux ne trouverait de prétexte à s’en plaindre.”²¹¹³

De toepassing van dat beginsel brengt een belangrijk verband aan het licht, meer bepaald het verband van de verjaringstermijnen met, enerzijds, het administratief beroep en, anderzijds, de aansprakelijkheid van de overheid. Dat verband kan worden geschetst aan de hand van enkele recente arresten.

632. Bij wijze van aanzet kan in de eerste plaats een arrest van het Hof van Justitie van 21 januari 2010 worden vermeld. Het Hof wijst erop “dat de mogelijkheid tot indiening van een verzoek om teruggaaf van het btw-overschot zonder tijdsbeperking haaks [staat] op het rechtszekerheidsbeginsel, dat verlangt dat de fiscale situatie van de belastingplichtige, gelet op zijn rechten en plichten jegens de belastingdienst, niet gedurende onbepaalde tijd in het ongewisse blijft”.²¹¹⁴ Het Hof brengt vervolgens de procesautonomie van de lidstaten in herinnering, bij gebreke van een Unieregeling inzake de terugbetaling van ten onrechte geïnde nationale heffingen, autonomie die evenwel wordt afgezwakt door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid (*supra* nr. 395).

Het gelijkwaardigheidsbeginsel levert in het betrokken geval geen probleem op. Met betrekking tot het doeltreffendheidsbeginsel brengt het Hof in herinnering “dat het met het recht van de Unie verenigbaar is dat in het belang van de rechtszekerheid, waarin zowel de belastingplichtige als de belastingdienst bescherming vindt, redelijke beroepstermijnen worden vastgesteld die gelden op straffe van verval van recht (...). Dergelijke termijnen maken de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten immers niet nagenoeg onmogelijk of buitengewoon moeilijk”.²¹¹⁵

Met betrekking tot de vraag wat onder een “redelijke” termijn moet worden verstaan, besluit het Hof dat een verjaringstermijn van drie jaar om de onverschuldigd betaalde belastingen terug te vorderen niet onredelijk is “aangezien die termijn elke gemiddeld zorgvuldige belastingplichtige in beginsel de mogelijkheid biedt de door hem aan de rechtsorde van de Unie ontleende rechten met succes geldend te maken”.²¹¹⁶

633. In een andere zaak, meer bepaald *Transportes Urbanos*, rees in dat verband een bijzonder probleem. Op het ogenblik dat kwam vast te staan – door een arrest van het Hof van

²¹¹³ MESDACH DE TER KIELE, concl. voor Cass. 27 oktober 1886, *Pas.* 1886, 351. Zie ook W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, noot onder Cass. 30 november 1950, *Pas.* 1951, I, 193.

²¹¹⁴ HvJ 21 januari 2010, Alstom Power Hydro, C-472/08, punt 16, met verwijzing naar HvJ 8 mei 2008, Ecotrade, C-95/07, punt 44.

²¹¹⁵ HvJ 21 januari 2010, Alstom Power Hydro, C-472/08, punt 19, met verwijzing naar HvJ 17 november 1998, Aprile, C-228/96, punt 19.

²¹¹⁶ HvJ 21 januari 2010, Alstom Power Hydro, C-472/08, punt 21.

Justitie dat de betrokken Spaanse wet onverenigbaar bevond met de Zesde btw-richtlijn²¹¹⁷ – dat de belasting niet was verschuldigd, was de termijn om de reeds betaalde belastingen terug te vorderen reeds verstreken. Het was in dit geval niet de verjaringstermijn die in het geding was. Die bedroeg vier jaar, hetgeen de verzoeker nog een jaar meer respijt gaf dan de hoger vermelde redelijke termijn van drie jaar (*supra* nr. 632).

In het geding was een ander punt. De onfortuinlijke belastingbetaler had namelijk, nadat hij had vastgesteld dat de termijn voor terugvordering was verstreken, zijn toevlucht genomen tot een vordering tot schadevergoeding ten belope van het bedrag van de betaalde btw die de Spaanse overheid ten onrechte had geheven (vermeerderd met de wettelijke intrest), maar die vordering werd afgewezen. De reden die daarvoor werd gegeven, was dat de verzoeker niet binnen de gestelde termijn van vier jaar om teruggave had verzocht, waardoor het rechtstreekse causaal verband tussen de aangevoerde schending van het Unierecht en de geleden schade was doorbroken. Het feit dat de verzoeker in de belastingbetalingen had berust, zou met andere woorden de enige oorzaak van de schade zijn geweest. Die motivering was gebaseerd op de rechtspraak van het Spaanse Tribunal Supremo, volgens welke een schadevordering tegen de staat wegens schending van het Unierecht pas kan worden ingesteld na uitputting van alle administratieve en gerechtelijke rechtsmiddelen tegen de bezwarende bestuurshandeling die is vastgesteld ter uitvoering van een nationale wet die in strijd zou zijn met het Unierecht.²¹¹⁸

In deze zaak legt het Tribunal Supremo echter aan het Hof van Justitie de vraag voor of de voorwaarde van voorafgaande uitputting van rechtsmiddelen voor schadevorderingen tegen de staat wegens schending van het Unierecht verenigbaar is met de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid (*supra* nr. 632). Voor schadevorderingen tegen de Staat wegens ongrondwettigheid van een wet geldt in Spanje namelijk niet de voorwaarde van voorafgaande betwisting door de benadeelde persoon van de op die wet gebaseerde voor hem bezwarende handeling.

Wat het doeltreffendheidsbeginsel betreft, ziet de advocaat-generaal geen probleem. Hij wijst in dat verband met name op “een algemeen beginsel dat de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben” en dat erin bestaat dat de rechter in aanmerking mag nemen of de benadeelde persoon zich redelijke inspanningen heeft getroost om de omvang van de schade te beperken, dat wil zeggen of hij tijdig alle redelijkerwijs te zijner beschikking staande rechtsmiddelen heeft aangewend om de schade te voorkomen of de omvang ervan te beperken.²¹¹⁹ De verzoeker had volgens de advocaat-generaal binnen de gestelde termijn van vier jaar de teruggave van de ten onrechte betaalde btw kunnen vorderen, hetgeen hij heeft nagelaten. Het voor de hand liggende verweer van de verzoeker dat de onwettigheid pas na het verstrijken van die termijn aan het licht is gekomen, wordt door de advocaat-generaal gepareerd met een verwijzing naar *Fratelli Costanzo* en *Simmenthal* (*supra* nrs. 242 en 289):

²¹¹⁷ HvJ 6 oktober 2005, Commissie/Spanje, C-204/03.

²¹¹⁸ Zie M. POIARES MADURO, conclusie van 9 juli 2009 voor HvJ (Grote kamer) 26 januari 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, punt 6.

²¹¹⁹ M. POIARES MADURO, conclusie van 9 juli 2009 voor HvJ (Grote kamer) 26 januari 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, punt 19.

“Een termijn van vier jaar zoals voorzien in de Spaanse wettelijke regeling voldoet dus zeker aan het doeltreffendheidsbeginsel, zelfs wanneer die op het moment waarop het Hof het arrest wees waarin de onverenigbaarheid van de Spaanse wet met de bepalingen van de Zesde btw-richtlijn werd vastgesteld, reeds was verstreken en er dus niet meer om een correctie van de aangiften over de boekjaren 1999 en 2000 kon worden verzocht. De vordering tot terugbetaling van het onverschuldigd betaalde hangt namelijk niet af van de voorafgaande constatering door het Hof van de strijdigheid van de heffing met het gemeenschapsrecht, daar het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht de nationale administratie en rechterlijke instanties ertoe verplicht, zonder op een dergelijke constatering door het Hof te wachten, uit eigen beweging de belastingwet die zij in strijd achten met het gemeenschapsrecht buiten toepassing te laten.”²¹²⁰

De advocaat-generaal wijst in dat verband op de declaratoire aard van een prejudicieel arrest: de uitlegging van een voorschrift van Unierecht door het Hof van Justitie verklaart en preciseert de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals dat had moeten worden verstaan en toegepast sinds het tijdstip van de inwerkingtreding ervan, zodat die uitlegging terugwerkt tot de datum van inwerkingtreding van het uitgelegde voorschrift en het aldus uitgelegde voorschrift ook moet worden toegepast op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan vóór de uitspraak van het arrest van het Hof.²¹²¹

Wat het gelijkwaardigheidsbeginsel betreft, stelt de advocaat-generaal wel voor om tot een schending te besluiten in zoverre schadevorderingen tegen de staat als wetgever wegens schending van de Grondwet niet aan dezelfde voorwaarde van voorafgaande betwisting van de gelding van de ter uitvoering van de wet vastgestelde bestuurshandeling zijn onderworpen en de mogelijkheden om op te komen tegen de ter uitvoering van de wet vastgestelde bestuurshandeling niet aanmerkelijk verschillen naargelang wordt opgekomen tegen de grondwettigheid van de wet of de verenigbaarheid ervan met het Unierecht.²¹²²

Het Hof van Justitie, in zijn arrest van 26 januari 2010, slaat het onderzoek naar de eerbiediging van het doeltreffendheidsbeginsel over, maar volgt wel de analyse van de advocaat-generaal op het punt van het gelijkwaardigheidsbeginsel. Het besluit bijgevolg dat “een regel van een lidstaat op grond waarvan een vordering wegens overheidsaansprakelijkheid die is gebaseerd op een bij een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 226 EG vastgestelde schending van dit recht door een nationale wet, enkel succes kan hebben indien de verzoeker tevoren alle nationale rechtsmiddelen heeft uitgeput tot betwisting van de geldigheid van de op basis van die wet vastgestelde schadeveroorzakende bestuurshandeling, wanneer een dergelijke regel niet geldt voor een vordering wegens overheidsaansprakelijkheid die is

²¹²⁰ M. POIARES MADURO, conclusie van 9 juli 2009 voor HvJ (Grote kamer) 26 januari 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, punt 27.

²¹²¹ M. POIARES MADURO, conclusie van 9 juli 2009 voor HvJ (Grote kamer) 26 januari 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, punt 34. Het Unierecht eist weliswaar niet, zo voegt hij er aan toe (met verwijzing naar HvJ 13 januari 2004, Kühne en Heitz, C-453-00), dat wanneer het nationale recht niet zelf in die mogelijkheid voorziet, een bestuursorgaan terugkomt op een beslissing die definitief is geworden als gevolg van het verstrijken van redelijke verjaringstermijnen, teneinde de volle werking van het Unierecht te verzekeren in de uitlegging die er in een later prejudicieel arrest aan is gegeven, niettegenstaande de terugwerkende kracht van dat arrest (*supra* nr. 251).

²¹²² M. POIARES MADURO, conclusie van 9 juli 2009 voor HvJ (Grote kamer) 26 januari 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, punt 41.

gebaseerd op de door de bevoegde rechterlijke instantie vastgestelde schending van de Grondwet door de betrokken wet”, niet mag worden toegepast.²¹²³

634. De reden waarom hierboven uitgebreid op de zaak *Transportes Urbanos* is ingegaan, ligt voornamelijk in de parallel die kan worden getrokken met een arrest van het Hof van Cassatie.

In de aan dat arrest ten grondslag liggende zaak stelde een belastingplichtige vast dat het Hof van Cassatie in een andere zaak een provinciale belasting onwettig had verklaard. In een arrest van 10 november 1994 had het Hof van Cassatie meer bepaald de belasting op bosexploitatie, ingevoerd door de provincie Luxemburg, onwettig verklaard omdat de belasting werd gekwalificeerd als een octrooirecht, dat bij de wet van 18 juli 1860 tot afschaffing van de gemeenteoctrooien is verboden. Die zaak vertoonde bovendien een Europees aspect aangezien de belasting eveneens strijdig werd bevonden met het vrij verkeer van goederen.²¹²⁴

De alert reagerende belastingplichtige vordert vervolgens de teruggave van de bedragen die hij zelf van 1983 tot 1994, op grond van de inmiddels onwettig verklaarde belastingverordening, had betaald. Aangezien de fiscale bezwaartermijnen waren verstreken, steunt hij zijn vordering op de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek (burgerrechtelijke aansprakelijkheid, *supra* nr. 579) en op de artikelen 1376 en 1377 van hetzelfde Wetboek (onverschuldigde betaling, *supra* nr. 610).

Het Hof van beroep te Luik wijst de aansprakelijkheidsvordering af bij gebrek aan oorzakelijk verband tussen fout en schade. Dat oorzakelijk verband zou zijn verbroken door het niet-tijdig indienen van een bezwaar. Het Hof van Beroep verwijst naar een arrest van het Hof van Cassatie van 8 september 1999 waarin werd beslist dat “de schade die de Staat geleden heeft omdat een belasting niet binnen de bij het WIB voorgeschreven termijnen van openbare orde kon worden ingekohierd, in het verval ten gevolge van het verstrijken van voornoemde termijnen een eigen rechtsgrond vindt die elk oorzakelijk verband verbreekt tussen die schade en het misdrijf of het oneigenlijk misdrijf dat gepleegd werd hetzij door de persoon die de voorwaarden voor het verschuldigd zijn van de belasting vervult, hetzij door een derde die volgens de Staat voor het niet-inkohieren van de belasting binnen de voormelde termijnen aansprakelijk is”.²¹²⁵

Het Hof van Beroep meent dat er “geen enkele logische reden [is] waarom die gedachtegang niet *mutatis mutandis* in omgekeerde zin zou gelden, d.w.z. wanneer het erom gaat de rechtsvordering te verwerpen van een belastingplichtige die klaagt dat de belasting zowel krachtens het Belgisch recht als krachtens het gemeenschapsrecht ten onrechte en onwettig is geheven, terwijl zijn schade, zoals in dit geval, wel degelijk voortvloeit uit een eigen rechtsgrond die geen verband houdt met de betaling, met name het feit dat hij de aan de belastingplichtigen

²¹²³ HvJ (Grote kamer) 26 januari 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, punt 48. Vgl. GwH 16 september 2010, nr. 105/2010, A.2-A.6.3 en B.2-B.3.

²¹²⁴ Cass. 10 november 1994, F.94.0024.F, *Arr.Cass.* 1994, 948, nr. 484.

²¹²⁵ Cass. 8 september 1999, P.99.0360.F, *Arr.Cass.* 1999, 1042, nr. 441.

toegekende rechtsmiddelen niet binnen de bij wet bepaalde termijnen van openbare orde heeft ingesteld".²¹²⁶

Ook de vordering wegens onverschuldigde betaling werd afgewezen. De betaalde belastingen werden niet als onverschuldigd beschouwd aangezien zij "hun wettelijke verantwoording vinden in de niet aangevochten titels die, bij gebrek aan een rechtsvordering om ze ongeldig te doen verklaren, zijn blijven bestaan na de termijn die niet is aangewend om ze nietig te doen verklaren". Het feit dat de onderliggende belastingverordening onwettig zou zijn, doet daaraan dus geen afbreuk.²¹²⁷

635. Met zijn arrest van 23 juni 2008 verwerpt het Hof van Cassatie de voorziening die tegen het arrest van het Hof van Beroep te Luik werd ingesteld. Het Hof van Cassatie heeft daarmee, na de piste van de vordering wegens onverschuldigde betaling (*supra* nr. 631), ook de weg van de aansprakelijkheidsvordering afgeblokt wanneer geen tijdig bezwaarschrift werd ingediend. Uit het arrest blijkt immers dat het oorzakelijk verband tussen fout en schade wordt doorbroken door het niet-tijdig indienen van een bezwaarschrift. Het feit dat de onwettigheid van de norm waarop de betwiste aanslag is gesteund pas na het verstrijken van de daartoe voorziene termijn aan het licht komt (*in casu* door een arrest van het Hof van Cassatie), doet daaraan geen afbreuk. "Uit de omstandigheid dat de strijdigheid van de litigieuze belasting met het gemeenschapsrecht pas voor het eerst is vastgesteld door de rechterlijke beslissing die het onderdeel vermeldt", zo meent het Hof van Cassatie, "kan niet worden afgeleid dat de fout, bestaande in die schending van het gemeenschapsrecht door de verordening die deze belasting vestigt, pas zou zijn opgetreden na het verstrijken van de termijn waarbinnen de eiseres haar fiscaal beroep waarover zij beschikte met betrekking tot de eerdere aanslagjaren, had moeten instellen".²¹²⁸

Het arrest van het Hof van Cassatie wordt echter niet unaniem bijgetreden. Het Hof van Beroep te Gent, bijvoorbeeld, heeft in een arrest van 2 juni 2009 afstand genomen van het standpunt van het Hof van Cassatie²¹²⁹ en ook in de rechtsleer wordt het standpunt van het Hof van Cassatie bekritiseerd.²¹³⁰ Maar zelfs als dat Hof tot een ander standpunt zou kunnen worden bewogen (namelijk dat de causaliteit niet wordt doorbroken), blijven er nog enkele andere hindernissen. Uit de rechtspraak van Het Hof van Cassatie blijkt immers ook dat wanneer de

²¹²⁶ Luik 25 juni 2004, zoals aangehaald in Cass. 23 juni 2008, C.05.0012.F, *Arr.Cass.* 2008, 1624, nr. 389, *RABG* 2009, 629 en in *AFT* 2005/3, 18-21, noot M. DELANOTE.

²¹²⁷ Luik 25 juni 2004, *AFT* 2005/3, 18, noot M. DELANOTE. Zie ook C. HENDRICKX, "Hof van Cassatie: bij gebrek aan tijdig bezwaar, geen buitencontractuele aansprakelijkheid in hoofde van de overheid", noot onder Cass. 23 juni 2008, *RABG* 2009, 636.

²¹²⁸ Cass. 23 juni 2008, C.05.0012.F, *Arr.Cass.* 2008, 1624, nr. 389, *RABG* 2009, 636, noot C. HENDRICKX. Zie over dat arrest ook S. GUILIAMS, "Overheidsaansprakelijkheid voor ongrondwettige (fiscale) wetgeving: een parcours met vele hindernissen. Haalt de belastingplichtige de finish wel?", *TFR* 2009, 540-541.

²¹²⁹ Gent 2 juni 2009, *RABG* 2009, 1239, noot T. LAUWERS. Zie ook Brussel 2 oktober 2008, *RABG* 2009, 613, noot E. VRIJDEERS, waarin met name wordt geoordeeld "dat de door appellant geleden schade niet aan zijn eigen passiviteit te wijten is, nu hij geen enkele reden had om bezwaar in te dienen vermits de aanslagen werden ingekohierd overeenkomstig de op dat ogenblik vigerende wetgeving".

²¹³⁰ Zie met name M. DELANOTE, noot onder Luik 25 juni 2004, *AFT* 2005/3, 19; C. HENDRICKX, "Hof van Cassatie: bij gebrek aan tijdig bezwaar, geen buitencontractuele aansprakelijkheid in hoofde van de overheid", noot onder Cass. 23 juni 2008, C.05.0012.F, *RABG* 2009, 1253; E. VRIJDEERS, "Aansprakelijkheid van de Staat, schadebeperkingsplicht en verjaring", noot onder Brussel 2 oktober 2008, *RABG* 2009, 625.

toepassing van een op prejudiciële vraag ongrondwettig verklaarde wet dateerde van vóór de bekendmaking van het arrest van het Grondwettelijk Hof in het *Belgisch Staatsblad*, die toepassing geen fout uitmaakt (*supra* nr. 254). Bovendien moet in elk geval rekening worden gehouden met de verjaringstermijnen voor aansprakelijkheidsvorderingen (*supra* nr. 613).²¹³¹

Leclercq en De Roy ten slotte, zien in het arrest van 23 juni 2008 een bewijs dat de standpunten van het Hof van Cassatie en de Raad van State inzake het evenwicht tussen wettigheid en rechtszekerheid (*supra* nr. 568) minder ver uit elkaar liggen dan op het eerste gezicht lijkt. Is het niet paradoxaal, zo vragen zij zich met name af, “d’admettre que l’illégalité d’un acte administratif peut être invoquée sans limite de temps – et nonobstant l’expiration des délais de recours direct – et de permettre ainsi d’établir la faute de l’administration, tout en décidant que le défaut de recours dans ces mêmes délais provoque une rupture du lien de causalité ruinant les chances de succès de l’action” ? Waarop zij zelf het antwoord laten volgen: “Pareille approche ne semble pas fondamentalement différent de celle qui – dans certains des systèmes examinés, tant en Belgique qu’à l’étranger ou dans l’ordre communautaire – limite dans le temps la possibilité d’invoquer incidemment l’illégalité de certains actes”.²¹³²

Ook via de omweg van het aansprakelijkheidsrecht kan met andere woorden een grens worden gesteld aan de onbeperkte toepassing in de tijd van artikel 159 van de Grondwet.

§ 2. Termijnen, terugvordering en aansprakelijkheid: een toepassing

636. In deze paragraaf worden de uiteengezette beginselen (§ 1), bij wijze van proef op de som, toegepast op een willeurig gekozen fiscale zaak.

Een vereniging zonder winstoogmerk heeft als maatschappelijk doel de opvang van gehandicapten, psychiatrische patiënten en thuislozen in de meest ruime zin van het woord. Zij zorgt voor kleinschalige opvang in pleeggezinnen, doorstromingshuizen en huizen voor lang verblijf of voor zelfstandige bewoning met ondersteuning. Zij bezit zes woningen die uitsluitend worden aangewend ter verwezenlijking van haar maatschappelijk doel. Drie daarvan verkrijgen sedert 1993 vrijstelling van onroerende voorheffing op grond van de artikelen 12, § 1, en 253, 1°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (WIB 1992). Voor de drie andere woningen ontvangt de vereniging een aanslag in de onroerende voorheffing voor het aanslagjaar 1997. De vereniging dient daartegen bezwaarschriften in, waarbij zij vrijstelling van de onroerende voorheffing vraagt. Voor de daaropvolgende aanslagjaren laat zij evenwel na om telkens opnieuw een bezwaarschrift in te dienen. De belastingadministratie verzekert haar immers – verkeerdelijk zo blijkt achteraf – dat een bezwaarschrift voor één aanslagjaar volstaat. De bezwaarschriften worden afgewezen, waarna de vereniging een verzoekschrift op tegenspraak neerlegt bij de rechtbank van eerste aanleg.

²¹³¹ Bv. Brussel 2 oktober 2008, *RABG* 2009, 613, noot E. VRIJDEERS.

²¹³² J.-F. LECLERCQ en D. DE ROY, “L’exception d’illégalité et le contrôle incident de légalité des actes administratifs en droit belge par la lorgnette du droit comparé”, in *L’article 159 de la Constitution*, 446.

De rechtbank willigt de vordering gedeeltelijk in en beslist dat het kadastraal inkomen van twee woningen wordt vrijgesteld van de onroerende voorheffing voor het aanslagjaar 1997 omdat zij als “soortgelijke weldadigheidsinstellingen” in de zin van artikel 12, § 1, van het WIB 1992 moeten worden beschouwd. De derde woning dient voor crisisopvang en kan volgens de rechtbank niet als een “soortgelijke weldadigheidsinstelling” worden beschouwd omdat zij niet in een duurzaam verblijf voorziet, hetgeen een gemeenschappelijk kenmerk van de bedoelde weldadigheidsinstellingen zou zijn. De vzw stelt tegen dat vonnis hoger beroep in. Zij meent dat een duurzaam verblijf niet door de wet is vereist om als “soortgelijke weldadigheidsinstelling” voor de vrijstelling van onroerende voorheffing in aanmerking te komen.

Voor het Hof van Beroep rijst de vraag of de in artikel 12, § 1, van het WIB 1992 opgesomde bestemmingen al dan niet limitatief worden opgesomd. In de veronderstelling dat zulks het geval is, zouden de drie woningen, sedert de vervanging van de term “godshuizen” door “rusthuizen” in de voormelde bepaling, van de vrijstelling van onroerende voorheffing worden uitgesloten. Rusthuizen zijn immers enkel voor bejaarden, terwijl godshuizen ook andere hulpbehoevenden opvangen. Alvorens uitspraak te doen, stelt het Hof van Beroep aan het Grondwettelijk Hof de vraag of de voormelde bepalingen een discriminatie inhouden doordat zij rusthuizen vrijstellen van de onroerende voorheffing, terwijl zij instellingen die andere categorieën van personen dan bejaarden opvangen (gehandicapten, psychiatrische patiënten, thuislozen, vluchtelingen, armen) niet dezelfde vrijstelling zouden verlenen.

Het Grondwettelijk Hof heeft niet veel woorden nodig om op de vraag te antwoorden. In de interpretatie van de verwijzende rechter, volgens welke instellingen die andere hulpbehoevenden dan bejaarden opvangen niet voor de vrijstelling van de onroerende voorheffing in aanmerking zouden komen, is de maatregel gegrond op een criterium dat niet in verband staat met de doelstelling van de vrijstelling die erin bestaat de onbaatzuchtige opvang van hulpbehoevenden aan te moedigen door de onroerende goederen die daartoe worden aangewend, fiscaal te begunstigen. In die interpretatie is artikel 12, § 1, van het WIB 1992 strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Het Hof stelt echter vast dat die bepaling ook op een andere wijze kan worden geïnterpreteerd. Het kan immers niet ernstig worden betwist dat instellingen waar, zonder winstoogmerk, andere hulpbehoevende personen dan bejaarden worden opgevangen als soortgelijke weldadigheidsinstellingen in de zin van artikel 253 van het WIB 1992 kunnen worden beschouwd. Dat blijkt overigens uit de parlementaire voorbereiding van de voormelde bepaling²¹³³ en wordt bevestigd door de rechtspraak.²¹³⁴ In die interpretatie worden instellingen die, zonder winstoogmerk, andere categorieën van personen dan bejaarden opvangen, inzake vrijstelling van de onroerende voorheffing niet anders behandeld dan rusthuizen en dient de prejudiciële vraag ontkennend te worden beantwoord.²¹³⁵

²¹³³ *Parl.St.* Senaat 1995-96, nr. 1-20/3, 16.

²¹³⁴ Met name *Gent* 19 februari 2002, *Fisc.Act.* 2002, afl. 9, 2, *Fiscoloog* 2002, nr. 841, 10.

²¹³⁵ *GwH* 7 juni 2007, nr. 84/2007.

637. Het Grondwettelijk Hof heeft hiermee een zogenaamd “streepjesarrest” gevelde, hetgeen betekent dat de vaststelling van de ongrondwettigheid van de bepaling in de interpretatie van de verwijzende rechter (eerste streepje van het dispositief) wordt gevolgd door een grondwetsconforme interpretatie van dezelfde bepaling (tweede streepje van het dispositief). Daarmee staat vast dat de bepaling, zoals zij door de fiscale administratie in het verleden werd toegepast, ongrondwettig is.

Het Grondwettelijk Hof heeft zijn onderzoek bovendien niet beperkt (zoals het vaak wel doet) tot het aanslagjaar waarop het geschil voor de verwijzende rechter betrekking had. Daaruit volgt dat de bepaling, in de interpretatie van de verwijzende rechter, ongrondwettig moet worden geacht voor alle aanslagjaren waarin die bepaling van toepassing was.

638. Om die ongrondwettigheid ook voor de andere aanslagjaren ook te kunnen verzilveren, is er een toegang tot de rechter nodig. Die toegang loopt noodzakelijk via de bezwaarschriftprocedure, die binnen de drie maanden moet worden ingesteld (*supra* nr. 630). Gesteld dat de fiscale administratie haar interpretatie nog niet zou hebben aangepast na het besproken arrest van het Grondwettelijk Hof, is die procedure dus hoogstens nog mogelijk wat de laatste aanslag betreft.

Daarnaast is er nog de mogelijkheid tot ambtshalve ontheffing. Op grond van artikel 376, § 1, van het WIB 1992 verleent de directeur der belastingen (of de door hem gedelegeerde ambtenaar) ambtshalve ontheffing van de overbelastingen die voortvloeien uit materiële vergissingen, uit dubbele belasting, “alsmede van die welke zouden blijken uit afdoende bevonden nieuwe bescheiden of feiten waarvan het laattijdig voorleggen of inroepen door de belastingschuldige wordt verantwoord door gewettigde redenen”. De overbelastingen moeten aan de administratie worden meegedeeld binnen vijf jaar vanaf 1 januari van het jaar waarin de belasting is gevestigd en de aanslag mag niet reeds het voorwerp zijn geweest van een bezwaarschrift dat aanleiding heeft gegeven tot een definitieve beslissing over de grond van de zaak. Krachtens artikel 376, § 2, van het WIB 1992 wordt een nieuw rechtsmiddel of een wijziging van jurisprudentie niet als een “nieuw gegeven” beschouwd.

De vraag rijst dan uiteraard of een later arrest van het Grondwettelijk Hof als een nieuw gegeven moet worden beschouwd. Volgens het Grondwettelijk Hof zelf luidt het antwoord op die vraag bevestigend. Dat blijkt uit een ander streepjesarrest, van 8 november 2006, waarin het Hof heeft geoordeeld dat artikel 376, § 2, van het WIB 1992 strijdig is met de artikelen 10, 11 en 172, eerste lid, van de Grondwet, indien het in die zin wordt geïnterpreteerd dat het de directeur der belastingen of de door hem gedelegeerde ambtenaar verbiedt ambtshalve ontheffing te verlenen van een overbelasting die zou blijken uit een arrest van het Grondwettelijk Hof waarmee, in antwoord op een prejudiciële vraag, wordt geoordeeld dat een wetsbepaling niet bestaanbaar is met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. In dat geval worden de belastingschuldigen die een arrest van het Grondwettelijk Hof aanvoeren gediscrimineerd ten opzichte van de belastingschuldigen die een ander nieuw gegeven aanvoeren. De ongrondwettigheid verdwijnt echter, zo vervolgt het arrest, wanneer dezelfde bepaling in die zin wordt geïnterpreteerd dat zij

niet een dergelijk verbod inhoudt.²¹³⁶ Een arrest van het Grondwettelijk Hof mag met andere woorden niet als “een nieuw rechtsmiddel of een wijziging van jurisprudentie” worden beschouwd. Het is integendeel een “nieuw gegeven” (in de zin van het hoger vermelde artikel 376, § 2, van het WIB 1992), dat tot ambtshalve ontheffing aanleiding kan geven en dat is ook het geval wanneer de belastingschuldige reeds officieel kennis kreeg van dat arrest vóór het verstrijken van de gewone bezwaartermijn.²¹³⁷

639. Gelet op de motivering van het voormelde arrest van 8 november 2006,²¹³⁸ ligt het in de lijn van de verwachtingen dat alles wat door de belastingschuldige niet kon worden voorzien als een nieuw gegeven moet kunnen worden aangevoerd, ook als dat nieuw gegeven strikt genomen “een nieuw rechtsmiddel of een wijziging van jurisprudentie” blijkt te zijn. Die conclusie is des te meer gerechtvaardigd wanneer het Hof van Cassatie vasthoudt aan zijn strenge rechtspraak inzake aansprakelijkheidsvorderingen.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie moeten onverschuldigde belastingen binnen de voormelde korte termijnen worden teruggevorderd, dus niet binnen de gemeenrechtelijke verjaringstermijnen, noch binnen de bijzondere verjaringstermijnen die gelden (of golden) ten aanzien van de overheid. Een arrest van 12 november 2009 heeft dat nogmaals bevestigd (*supra* nr. 630). Een vordering wegens onverschuldigde betaling is derhalve uitgesloten voor de jaren waarvoor geen bezwaarschrift werd ingediend of waarvoor geen ambtshalve ontheffing meer kan worden gevraagd. Bovendien is, zoals gebleken, ook een aansprakelijkheidsvordering niet meer mogelijk, ook niet wanneer de onwettigheid pas later aan het licht is gekomen door een arrest van het Hof van Cassatie, aldus het arrest van 23 juni 2008 (*supra* nr. 635), en evenmin wanneer de onwettigheid pas later aan het licht is gekomen door een arrest van het Grondwettelijk Hof, want de toepassing van een nog niet ongrondwettig verklaarde wet maakt geen fout uit (*supra* nr. 254).

Die strenge rechtspraak heeft als gevolg dat de belastingschuldige steeds een bezwaarschrift moet indienen, wil hij zijn eventuele latere aansprakelijkheidsvordering veiligstellen. Dat valt moeilijk te rijmen met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, volgens welke een belastingplichtige die vertrouwen heeft in de geldigheid van de bepalingen die op hem van toepassing zijn, niet kan worden verweten dat hij zich daarbij neerlegt in plaats van de grondwettigheid ervan te betwisten.²¹³⁹ Bovendien zijn dergelijke “preventieve beroepen” uit proceseconomisch oogpunt niet wenselijk (*supra* nr. 574).

²¹³⁶ GwH 8 november 2006, nr. 160/2006, *TFR* 2008, 80, noot K. GHEYSEN.

²¹³⁷ GwH 8 maart 2005, nr. 54/2005, B.2.3, *TFR* 2005, 765, noot D. DE GROOT.

²¹³⁸ Zie daarover K. GHEYSEN, “Het Grondwettelijk Hof stelt grenzen aan de uitsluiting van ‘nieuwe rechtsmiddelen of wijziging van de jurisprudentie’ als grond voor de procedure van ambtshalve ontheffing”, noot onder GwH 8 november 2006, nr. 160/2006, *TFR* 2008, 85-88.

²¹³⁹ GwH 7 december 1999, nr. 131/99, B.5.5. Zie ook GwH 16 juli 2009, nr. 126/2009, B.7.4, tweede alinea: “Voor het overige kan de verzoekers niet worden verweten geen beroep te hebben ingesteld tot vernietiging van artikel 1, 3°, van het decreet van 17 juli 2008, op basis waarvan het bestreden decreet is aangenomen, aangezien zij, alleen op basis van de tekst van die bepaling, gedurende de periode tijdens welke een beroep tot vernietiging had kunnen worden ingediend tegen het voormelde decreet van 17 juli 2008, niet konden vermoeden dat die bepaling later effectief zou worden toegepast in het geval van de metro van Charleroi.”

640. Men zou wel nog kunnen opwerpen dat de bezwaartermijnen onevenredig kort zijn vergeleken met de gemeenrechtelijke verjaringstermijnen, maar zoals reeds vermeld biedt de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof op dat punt weinig perspectieven (*supra* nr. 612). Dat geldt zeker wanneer niet enkel rekening moet worden gehouden met de termijn van drie maanden maar ook met die van vijf jaar (inzake ambtshalve ontheffing, *supra* nr. 638).

Volgens de bewoordingen van de parlementaire voorbereiding is de procedure van de ambtshalve ontheffing ingericht “op voorwaarde dat een procedure worde ingesteld, zodanig dat de goede gang van de administratie en de stabiliteit de inkomsten van de Staat niet in het gedrang worden gebracht”. Aldus is gesteld dat “de stabiliteit van de begrotingsontvangsten eist [...] dat in dit geval een termijn vastgestelde worde”.²¹⁴⁰ Het is volgens het Grondwettelijk Hof niet onverantwoord dat de wetgever, rekening houdend met de voormelde doelstellingen, alsook in het licht van het beginsel van de rechtszekerheid, erin heeft voorzien dat een vooraf bepaalde termijn van drie jaar²¹⁴¹ wordt ingevoerd om de ontheffing te verkrijgen van een belasting die voortvloeit uit een vergissing van de administratie.²¹⁴²

641. Voor de onfortuinlijke vereniging valt dus lang niet alles terug te vorderen bij de fiscus. De situatie was anders geweest indien het Grondwettelijk Hof geen “streepjesarrest” had geveld, maar simpelweg een ongrondwettigheid had vastgesteld. Na een prejudicieel arrest staat immers een nieuwe termijn van 6 maanden open om een beroep tot vernietiging in te stellen tegen een bepaling waarvan het Grondwettelijk Hof de ongrondwettigheid heeft vastgesteld. Een dergelijk beroep tot vernietiging zou logischerwijze tot de vernietiging van de betrokken bepaling hebben geleid (desgevallend weliswaar met handhaving van de gevolgen van de vernietiging, *supra* vn. 1905).²¹⁴³

In dat geval zou het laten verstrijken van de nieuwe beroepstermijn de mogelijkheid om een schadevergoeding wegens foutief optreden van de wetgever kunnen verhinderen, aangezien het causaal verband moet worden geacht te zijn doorbroken (*supra* nr. 635).

642. Tot slot, wanneer de administratie de belastingplichtige op het verkeerde been heeft gezet (*supra* nr. 636), kan nog een allerlaatste redmiddel worden geput uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Uit een arrest van 20 mei 2010 blijkt meer bepaald dat het vertrouwensbeginsel in de weg kan staan aan de toepassing van een verjaringstermijn en dat “an individual acting in good faith is, in principle, entitled to rely on statements made by state or public officials who appear to have the requisite authority to do so”.²¹⁴⁴

²¹⁴⁰ *Parl.St.* Kamer 1948-49, nr. 323, 2 en 4.

²¹⁴¹ Inmiddels vijf jaar, zie artikel 190 van de programmawet van 22 december 2008.

²¹⁴² GwH 30 oktober 2008, nr. 141/2008, B.3.2.

²¹⁴³ Zie evenwel GwH 19 april 2006, nr. 52/2006, B.5.5, waarin het Grondwettelijk Hof in tweede instantie alsnog een conforme interpretatie aanneemt.

²¹⁴⁴ EHRM 20 mei 2010, *Lelas t. Kroatië*, § 74.

Afdeling 4 – Enkele besluiten

643. Het opzet van dit hoofdstuk was eerder bescheiden. Het was geenszins de bedoeling het ganse veld van de verjaring te bestrijken, maar slechts aan de hand van enkele toepassingen, op bepaalde domeinen, de matigende werking van die rechtsfiguur op het wettigheidsdenken te illustreren. De verjaring verwijst naar de relativiteit van het objectief recht,²¹⁴⁵ en dus ook, in de context van onwettig bestuursoptreden, naar de relativiteit van het wettigheidsbeginsel.

Verjaringsbepalingen, zo is gebleken, kunnen het herstel van de wettigheid in de weg staan. Zij beogen meer bepaald een evenwicht tot stand te brengen tussen het wettigheidsvereiste en het vereiste van rechtszekerheid.²¹⁴⁶ Onrechtstreeks staan zij aldus ook in de weg aan de toepassing van artikel 159 van de Grondwet.

644. Een soortgelijke problematiek doet zich voor inzake beroepstermijnen, die immers ook in het belang van de rechtszekerheid worden ingevoerd. Het verstrijken van een beroepstermijn maakt het voor de betrokkene in beginsel definitief onmogelijk om een situatie nog door het bestuur of door de rechter te laten toetsen.

Volgens het Grondwettelijk Hof, in navolging van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, kan het recht op toegang tot de rechter, dat een onderdeel is van het recht op een eerlijk proces, worden onderworpen aan ontvankelijkheidsvoorwaarden, met name wat betreft het instellen van een rechtsmiddel. Die voorwaarden mogen echter niet ertoe leiden dat het recht op zodanige wijze wordt beperkt dat de kern ervan wordt aangetast. Dat zou het geval zijn wanneer de beperkingen geen wettig doel nastreven of indien er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel. De regels betreffende de vormvoorschriften en termijnen om beroep in te stellen zijn gericht op een goede rechtsbedeling en het weren van de risico's van rechtsonzekerheid. Die regels mogen de rechtzoekenden echter niet verhinderen de beschikbare rechtsmiddelen te doen gelden²¹⁴⁷ en de rechtscolleges dienen erover te waken dat die regels niet op een buitensporig formalistische wijze worden toegepast.²¹⁴⁸

²¹⁴⁵ L. CORNELIS, "Panta rei, kai ouden menei. Over de verjaring van de rechts- en schuldvordering", in CBR (ed.), *De verjaring*. Vierde Antwerps Juristencongres, Antwerpen, Intersentia, 2007, 317.

²¹⁴⁶ Vgl. ook GwH 21 december 2005, nr. 199/2005, B.7.2: "De verjaring van de strafvordering steunt op overwegingen van algemeen belang"; Y. BOT, conclusie van 26 oktober 2010 in de zaak ThyssenKrupp Nirosta, C-352/09 P, punt 188: "De verjaring beoogt sociale vrede tot stand te brengen en is ingegeven door een gemeenschappelijk streven naar rechtszekerheid".

²¹⁴⁷ GwH 1 maart 2001, nr. 25/2001, B.5.3-B.5.4 en GwH 9 januari 2002, nr. 9/2002, B.5.2-B.5.3, telkens met verwijzing naar EHRM 19 december 1997, Brualle Gómez de la Torre t. Spanje, § 33 en EHRM, 28 oktober 1998, Pérez de Rada Cavanilles t. Spanje, § 45. Zie ook GwH 1 maart 2005, nr. 52/2005, B.7.3; GwH 13 december 2006, nr. 200/2006, B.5-B.6; GwH 24 oktober 2007, nr. 134/2007, B.5-B.6; EHRM 21 december 2010, Blondeau t. Frankrijk, § 47 (zie *infra* nr. 662). Ook een uiteenlopende interpretatie van de regels betreffende de termijnen kan een schending inhouden van artikel 6.1 van het EVRM: EHRM 13 november 2008, Pijevschi t. Portugal, § 42.

²¹⁴⁸ GwH 30 juni 2004, nr. 120/2004, B.6, met verwijzing naar EHRM 20 april 2004, Bulena t. Tsjechische Republiek, §§ 28, 30 en 35. Zie ook EHRM 15 december 2009, Zapadka t. Polen, § 61: "The Court further reiterates that admissibility conditions for appeals are necessary to ensure legal certainty and the proper administration of

Ook het Hof van Justitie erkent “dat in het belang van de rechtszekerheid, waarin zowel de contribuabele als de administratie bescherming vindt, redelijke beroepstermijnen worden vastgesteld die gelden op straffe van verval (...). Dergelijke termijnen maken de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten immers niet nagenoeg onmogelijk of buitengewoon moeilijk”.²¹⁴⁹ Onder dat voorbehoud zijn de lidstaten vrij om langere of minder lange termijnen te bepalen. Het Hof heeft inzake vervaltermijnen tevens geoordeeld dat het aan de lidstaten staat om voor de nationale regelingen die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, termijnen vast te stellen die met name in verhouding staan tot het belang dat de belanghebbenden bij de te nemen besluiten hebben, de complexiteit van de toe te passen procedures en wettelijke regeling, het aantal personen dat door het besluit kan worden geraakt en de overige in aanmerking te nemen publieke of particuliere belangen.²¹⁵⁰ Om de rechtszekerheid te kunnen waarborgen, moet een verjaringstermijn ook van tevoren zijn vastgesteld.²¹⁵¹ Voor het Hof van Justitie is het ten slotte van belang dat voorziene verjaringstermijnen niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke, louter op het nationale recht gebaseerde vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en dat zij de uitoefening van de door de Europese rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of buitengewoon moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).²¹⁵² De concrete toetsing van een nationale procesregel aan de aangehaalde voorwaarden valt in beginsel onder de bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties.²¹⁵³ Wat precies een redelijke en evenredige termijn is en wat niet, is sterk afhankelijk van de omstandigheden. Een termijn van zestig dagen voor het instellen van een vordering geeft op zichzelf geen aanleiding tot kritiek, op voorwaarde dat hij de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt.²¹⁵⁴

justice and litigants should normally expect those rules to be applied. However, a particularly strict interpretation of a procedural rule may deprive an applicant of the right of access to a court (...).” Zie ook *supra* nr. 143.

²¹⁴⁹ HvJ 16 juli 2009, Visciano, C-69/08, punt 43, met verwijzing naar HvJ 17 november 1998, Aprile, C-228/96, punt 19; HvJ, 6 oktober 2009, Asturcom, C-40/08, punt 41.

²¹⁵⁰ HvJ 8 juli 2010, Bulicke, C-246/09, punt 36.

²¹⁵¹ HvJ 16 juli 2009, Visciano, C-69/08, punt 46, met verwijzing naar HvJ 11 juli 2002, Marks & Spencer, C-62/00, punt 39.

²¹⁵² Bv. HvJ 16 juli 2009, Visciano, C-69/08, punt 39.

²¹⁵³ V. TRSTENJAK, conclusie van 4 september 2008 voor HvJ (Grote kamer) 24 maart 2009, Danske Slagterier, C-445/06, punt 91.

²¹⁵⁴ HvJ 6 oktober 2009, C-40/08, Asturcom, punt 43 en 46, met verwijzing naar HvJ 14 december 1995, Peterbroeck, C-312/93, punt 16. Zie ook HvJ 8 juli 2010, Bulicke, C-246/09, punt 42.

HOOFDSTUK XII – Besluiten, stellingen en aanbevelingen

645. Dit proefschrift kan (en zal ook) kriskras worden gelezen, zoals de roman *Rayuela* van Cortázar,²¹⁵⁵ maar de enkelingen die van het begin tot het einde de vorige 11 hoofdstukken hebben doorstaan, zullen door de hiernavolgende besluiten, stellingen en aanbevelingen niet of nauwelijks worden verrast.

Afdeling 1 – De rol van artikel 159 van de Grondwet

§ 1. Inbedding in de algemene rechtsbeginselen

646. Uitgangspunt van het onderzoek, uiteengezet in het eerste hoofdstuk, was de rol van artikel 159 van de Grondwet in het Belgische rechtssysteem. Dat rechtssysteem wordt gedragen door een aantal fundamentele rechtsbeginselen, waaronder het beginsel van de scheiding der machten, het beginsel van de rechtsstaat en het wettigheidsbeginsel. De inbedding van de exceptie van onwettigheid in die rechtsbeginselen kan niet beter en bondiger worden weergegeven dan door het volgende citaat uit de conclusie van (toenmalig) advocaat-generaal Leclercq voor een arrest van het Hof van Cassatie van 10 juni 1996:

“La raison d’être du contrôle de légalité est qu’il participe à l’Etat de droit qui implique, entre autres, le respect par le gouvernement et l’administration des règles qui déterminent leurs pouvoirs. La société, autant que l’individu, est intéressée à la stricte légalité des actes administratifs. C’est en tout cela que l’article 159 de la Constitution (...) se rattache directement au principe général du droit de la séparation des pouvoirs”.²¹⁵⁶

Gaandeweg is men, eerst in de rechtsleer en daarna ook in de rechtspraak, artikel 159 van de Grondwet zelf als een algemeen rechtsbeginsel gaan beschouwen of, meer precies, als “een bijzondere toepassing van het meer algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de rechter geen toepassing mag maken van een beslissing, met name een norm, waarbij een hogere bepaling wordt geschonden” (*supra* nr. 20). Dat inzicht heeft een groot verklarend vermogen (*infra* nr. 649). Het verklaart onder meer waarom (vele) andere landen, waaronder Frankrijk en Nederland die in het derde hoofdstuk aan bod zijn gekomen, geen soortgelijke grondwetsbepaling (nodig) blijken te hebben.

§ 2. Dogma en erfzonde

647. Eveneens in het derde hoofdstuk is gebleken waarom de Belgische Grondwet de hoven en rechtbanken in uitdrukkelijke bewoordingen opdraagt de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe te passen in zoverre zij met de wetten overeenstemmen. Die expliciete opdracht heeft alles te maken met het grote wantrouwen van de grondwetgever tegenover de uitvoerende macht, wantrouwen dat vooral werd gevoed door de weerzin

²¹⁵⁵ J. CORTÁZAR, *Rayuela: een hinkelspel*, Amsterdam, Meulenhoff, 1989 (in de vertaling van B. van der Pol).

²¹⁵⁶ J.-F. LECLERCQ, concl. voor Cass. 10 juni 1996, S.95.0114.F, *Pas.* 1996, I, 619, nr. 227, punt 6.

tegenover de “besluitenregering” van Willem I en in het bijzonder zijn zogenaamde Conflictenbesluit (*supra* nrs. 159-161 en 164).

De rechterlijke macht heeft, paradoxaal genoeg, jarenlang aan de haar toevertrouwde opdracht verzaakt, doordrongen als zij was van het Franse dogma van “la séparation des autorités administratives et judiciaires” (*supra* nrs. 153 en 156). Pas met het arrest *Flandria* van 5 november 1920 heeft het Hof van Cassatie zich op het (zeer geleidelijke) pad van het rechterlijk wettigheidstoezicht begeven (*supra* nr. 196), waarna het nog eens meer dan een halve eeuw wachten was op de volledige ontbolstering van dat wettigheidstoezicht (*supra* nr. 412).²¹⁵⁷ In de tussentijd werd de Raad van State opgericht, bedoeld om aan de gebrekkige rechtsbescherming te verhelpen (*supra* nr. 548), maar tegelijkertijd gedoemd om tot bevoegdheidsconflicten en andere problemen van overlappend wettigheidstoezicht aanleiding te geven (*supra* nr. 551).

648. Het heeft er alle schijn van dat de slinger vervolgens in de andere richting is doorgeslaan. Door de krachtige en ongenueanceerde wijze waarop de wettigheidscontrole, om historische redenen, uitdrukkelijk in artikel 159 van de Grondwet is bevestigd en, meer bepaald, op grond van de algemene en imperatieve formulering van die grondwetsbepaling, heeft die controle zich tot een eigen dogma ontwikkeld: het Belgische dogma van de ongelimiteerde wettigheidstoetsing, dat de oorspronkelijke doelstelling van rechtsbescherming tegen de administratieve overheid dreigt voorbij te schieten. Artikel 159 van de Grondwet kan in dat opzicht als “de erfzonde” van de rechtsbescherming tegen de overheid worden beschouwd.

Die erfzonde veruitwendigt zich vooral door de onbepaalde inroepbaarheid van de exceptie van onwettigheid, zoals die voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie. De ongelimiteerde toepassing van artikel 159 van de Grondwet is een gevolg van de algemene draagwijdte die het Hof van Cassatie aan die bepaling toekent. Zoals herhaaldelijk is gebleken, heeft die onbegrensde toepassing problematische gevolgen voor de individuele rechtshandelingen die rechten doen ontstaan. Bovendien houdt zij geen rekening met de wettigheidscontrole die de Raad van State uitoefent. Meer nog, zij gaat regelrecht tegen de rechtspraak van de Raad van State in (*supra* nr. 570).

Dat probleem, of liever de noodzaak om aan dat probleem te verhelpen, leidt tot de centrale stelling van dit proefschrift. Zij komt hierna als laatste aan bod (*infra* nrs. 659-683), met inbegrip van aanbevelingen om tot een evenwichtige oplossing te komen. Zoals zal blijken, valt daarbij nuttige lering te trekken uit de ervaringen die de besproken buurlanden op dat punt hebben opgebouwd (*supra* nrs. 165-196).

²¹⁵⁷ Zie ook D. LAGASSE, “L’absence de toute autorité de chose jugée d’un arrêt de rejet du Conseil d’Etat devant les cours et tribunaux ou de la suprématie du principe de la légalité administrative sur le principe de la sécurité juridique”, noot onder Cass. 9 januari 1997, *RCJB* 2000, 269: “il a, en effet, encore fallu attendre une soixantaine d’années pour que la Cour de cassation en tire toutes les conséquences et aille notamment jusqu’à reconnaître aux cours et tribunaux le pouvoir d’ordonner à l’administration de réparer en nature le préjudice dont elle est responsable”, met verwijzing naar het cassatiearrest van 26 juni 1980 (*supra* nr. 412).

Afdeling 2 – De grenzen van artikel 159 van de Grondwet

649. “Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat”, luidt de subtitel van het proefschrift. Was de sleutelrol van artikel 159 van de Grondwet in onze rechtsorde vrij snel duidelijk – controle van de rechter op het bestuur, ter vrijwaring van de rechtsstaat én ten behoeve van de rechtsbescherming van de burger (*supra* nr. 19) –, hetzelfde kan niet worden gezegd van de grenzen van die controle. Hoewel in de vooropgestelde rol een aantal inherente grenzen vervat liggen – de beperking tot een *wettigheidscontrole* is daar één van –, waren de contouren van die grenzen bij de aanvang van dit proefschrift een stuk minder duidelijk.

Het inzicht dat artikel 159 van de Grondwet niet meer is dan de (bijzondere) verwoording van een (meer algemeen) beginsel heeft in het onderzoek naar die contouren een belangrijke rol gespeeld. Aan de ene kant biedt dat inzicht een verklaring voor het loskomen van het rechterlijk wettigheidstoezicht, op verschillende punten, van de strikte bewoordingen van de grondwetsbepaling (§ 1). Aan de andere kant leidt die “relativering” van artikel 159 van de Grondwet tot een “herijking” ervan ten aanzien van andere grondwettelijke beginselen (§ 2 en § 3) en vormt zij op die manier de aanzet tot een meer coherente rechtsbescherming (§ 4).

§ 1. De bewoordingen van artikel 159 van de Grondwet als grens?

650. Uit de analyse van de verschillende tekstonderdelen van artikel 159 van de Grondwet blijkt dat die bepaling grotendeels een *pars pro toto* is (geworden). Elk tekstonderdeel omvat meer dan wat uitdrukkelijk is vermeld.

Met de “hoven en rechtbanken” zijn niet alleen de gewone hoven en rechtbanken (van de rechterlijke macht) bedoeld, maar alle jurisdictionele organen, met inbegrip dus van de administratieve rechtbanken en in zekere zin zelfs (zij het in beperkte mate) van de administratieve overheden (hoofdstuk IV).

Met de “algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen” zijn in de eerste plaats de (individuele) akten en (algemene) reglementen bedoeld van alle administratieve overheden, maar ook de bestuurshandelingen van organen van de wetgevende en de rechterlijke macht kunnen (en moeten) eronder worden begrepen (hoofdstuk V).

Met de “wetten” zijn niet alleen de formele wetten bedoeld, maar alle hogere rechtsnormen waaraan de betrokken akte of het betrokken reglement is onderworpen (hoofdstuk VI) en zelfs het begrip “niet toepassen” kan in bepaalde gevallen een ruime invulling krijgen (hoofdstuk VII).

Aldus beschouwd vertoont artikel 159 van de Grondwet verwantschap met een dichtregel: “Lees maar, er staat niet wat er staat”.²¹⁵⁸ Meer prozaïsch, maar niet minder verhelderend om dezelfde paradox te beschrijven is de volgende (slot)beschouwing van Déom: “Fascinant par la limpidité de sa formulation, l’article 159 témoigne aussi de l’inépuisable plasticité des vieux textes juridiques”.²¹⁵⁹

Kortom, de bewoordingen van artikel 159 van de Grondwet blijken de reikwijdte van de exceptie van onwettigheid in de praktijk allerminst te hebben begrensd.

651. Moet de tekst van artikel 159 van de Grondwet dan niet in overeenstemming worden gebracht met de werkelijke draagwijdte van die bepaling? Hoewel dat op zichzelf een nobele doelstelling zou zijn, kan aan de noodzaak ervan worden getwijfeld²¹⁶⁰ nu de bepaling in werkelijkheid neerkomt op de toepassing van een algemeen rechtsbeginsel (*supra* nr. 646).

Het mag bovendien een ijdele hoop worden genoemd om de talloze interpretaties en nuances, waarvan er een aantal in de voorbije hoofdstukken zijn besproken, in een even bevattelijke bepaling te kunnen gieten. In ieder geval moet worden weerstaan aan de tendens om steeds meer en langere teksten in de Grondwet op te nemen, die immers afbreuk kunnen doen aan de soepelheid en het gezag van de Grondwet.²¹⁶¹

De enige ernstige (doch fragmentaire en weinig bevredigende) poging tot actualisering werd bij de grondwetsherziening van 1993 ondernomen. Toen werd meer bepaald, zij het alleen in de Kamer van volksvertegenwoordigers, een artikel 107*bis* aangenomen (nu zou dat 159*bis* zijn), dat als volgt luidt:

“De hoven en rechtbanken passen de wetten, decreten, de in artikel [134] van de Grondwet bedoelde regelen, de besluiten en de verordeningen alleen toe in zoverre ze overeenstemmen met de internationaalrechtelijke normen en de normen van volkenrechtelijke instellingen die rechtstreekse uitwerking hebben”.²¹⁶²

Met dergelijke bepaling zou één tekstonderdeel van artikel 159 van de Grondwet (gedeeltelijk dan nog) zijn vervuldigd: behalve met de “wetten” zouden besluiten en verordeningen ook uitdrukkelijk met de inter- en supranationale normen moeten overeenstemmen. Tegelijkertijd zou ook de smeerkaasdoctrine (*supra* nr. 286) een grondwettelijke verankering hebben gekregen.

²¹⁵⁸ Versregel uit het gedicht *Awater* van Martinus Nijhoff die vaak wordt geciteerd om het wezen van poëzie te duiden.

²¹⁵⁹ D. DÉOM, “Le refus d’application”, in *L’article 159 de la Constitution*, 184.

²¹⁶⁰ Volgens sommigen is een herziening wel aangewezen, bv. M. NIHOUL, “Introduction”, in *L’article 159 de la Constitution*, 14 en F.-X. BARCENA, “Le champ d’application normatif du contrôle de légalité”, in *L’article 159 de la Constitution*, 144. De eerstgenoemde heeft ook een concreet voorstel geformuleerd, zie M. NIHOUL, “Légalité, sécurité, efficacité. Vers une révision de l’article 159 de la Constitution?“, in *L’article 159 de la Constitution*, 465. Zoals hoger reeds is opgemerkt (*supra* vn. 1091) is artikel 159 van de Grondwet op dit ogenblik niet voor herziening vatbaar.

²¹⁶¹ Zie ook K. RIMANQUE, “De grondwet: een scan, een diagnose en een prognose”, *RW* 2007-08, 1350.

²¹⁶² *Parl.St.* Kamer BZ 1991-92, nr. 626 en *Parl.St.* Senaat BZ 1991-92, nr. 100-17/2°. Zie ook *supra* vn. 897 en 906.

§ 2. Het beginsel van de scheiding der machten als grens

652. Een eerste grondwettelijk beginsel dat de toepassing van het rechterlijk wettigheidstoezicht begrenst, is het beginsel van de scheiding der machten. Dat beginsel betekent dat, enerzijds, de rechter niet “op de stoel van de overheid mag gaan zitten” en dat, anderzijds, de overheid zich niet in de uitoefening van de rechtsprekende functie mag mengen.²¹⁶³ In het Flandria-arrest van 5 november 1920 (*supra* nr. 196) komen beide deelaspecten van de scheiding der machten tot uitdrukking:

“Qu'en vertu de cette règle de partage des attributions il est interdit aux cours et tribunaux de faire des actes d'administration publique et de réformer ou d'annuler les actes des autorités administratives, comme il est interdit à l'administration de juger des contestations qui ont pour objet des droits civils”.²¹⁶⁴

a. *Het bestuur mag zich niet mengen in de rechtsbedeling*

653. Dat de term “hoven en rechtbanken” meer omvat dan de gewone hoven en rechtbanken en meer bepaald ook op de administratieve en tuchtrechtscolleges slaat, is in het vierde hoofdstuk uiteengezet. Die ruime lezing wordt (mede) verklaard door het bestaan van een algemeen rechtsbeginsel, waarvan artikel 159 van de Grondwet slechts een bijzondere toepassing vormt. Het wettigheidstoezicht blijft niettemin voorbehouden aan rechtsprekende instanties, hetgeen overigens ook uit de formulering van dat algemeen rechtsbeginsel blijkt (*supra* nr. 646).

Onder druk van het administratief beroep en van de Europese rechtspraak, rees evenwel de vraag of de administratieve overheid ook zelf de exceptie van onwettigheid mag (en moet) toepassen, op grond van artikel 159 van de Grondwet dan wel op grond het voormelde algemeen rechtsbeginsel. In dat verband klonk één van de conclusies van Déom aan het einde van een studiedag over het administratief beroep een vijftal jaar geleden als volgt:

“La portée de l'article 159 de la Constitution dans le chef de l'administration active – fût-elle envisagée comme instance de recours – reste une question très difficile”.²¹⁶⁵

Die conclusie geldt nog steeds. In hoofdstuk IV werd daarom een voorstel uitgewerkt dat een evenwicht beoogt tot stand te brengen tussen het beginsel van de scheiding der machten en meer proceseconomische overwegingen (*supra* nr. 253). Het voorstel kan in de hiernavolgende stelling (en tegelijk aanbeveling) worden samengevat.

Niet alleen wanneer de bestuurshandeling zo grof onrechtmatig is dat zij voor onbestaande mag worden gehouden, maar ook wanneer de bestuurshandeling door één van de hoogste rechtscolleges (incidenteel) onwettig is bevonden, mag (en moet) zij door de administratieve

²¹⁶³ A. ALEN, *Rechter en bestuur*, I, 129.

²¹⁶⁴ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, 193, concl. P. LECLERCQ.

²¹⁶⁵ D. DÉOM, “Conclusions”, in P. NIHOUL (ed.), *L'administration contestée. Les recours administratifs internes*, Brussel, Bruylant, 2006, 260.

overheid buiten toepassing worden gelaten. De logica en de coherentie van het rechtsbestel rechtvaardigen immers de stelling dat de administratieve overheid in dat geval de wettigheidsvraag als uitgeklaard beschouwt (naar analogie met de *acte éclairé*) en om die reden de bestuurshandeling terzijde schuift (naar analogie met de onbestaande bestuurshandeling). Voor toezichthoudende overheden (*supra* nr. 234) en, met nog meer reden, voor administratieve beroepsinstanties (*supra* nrs. 237-241), kan zelfs een algemene toepasbaarheid van de exceptie van onwettigheid worden verdedigd.

De voorgestelde oplossing moet evenwel in samenhang worden gezien met de oplossing voor het verderop besproken probleem van de onbeperkte inroepbaarheid van artikel 159 van de Grondwet in de tijd (*infra* nrs. 673-683).

Ook in Frankrijk en Nederland, zo blijkt uit hoofdstuk III, geldt als (logisch) uitgangspunt dat een door de rechter onwettig verklaard reglement niet langer mag worden toegepast, op straffe van aansprakelijkheid van de overheid, en dat een (nog) niet door de rechter onwettig verklaard reglement in beginsel niet eigenmachtig door de overheid buiten toepassing mag worden gelaten (*supra* nr. 193).

b. De wetgever mag zich niet mengen in de rechtsbedeling

654. De Europese rechtspraak die op het interne recht weegt, gaat niet alleen uit van het Hof van Justitie, maar ook van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dat is met name het geval inzake de toelaatbaarheid van wetgevende validaties van bestuurshandelingen. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in dat verband, in navolging van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, kwam uitgebreid aan bod in hoofdstuk VIII, meer bepaald naar aanleiding van de vraag wat de wetgever kan doen wanneer een bestuurshandeling (met toepassing van artikel 159 van de Grondwet) onwettig is bevonden of (naar de wetgever vermoedt) onwettig zal worden bevonden.

In dat hoofdstuk kwam aan het licht dat de rechtspraak bij de beoordeling van een wetgevende validatie in essentie twee parameters hanteert, de parameter rechtszekerheid en de parameter rechtsbescherming (*supra* nr. 479), en dat de rechterlijke beoordeling van een wetgevende validatie zich in wezen bevindt op de (smalle) grens tussen wettigheidscontrole en opportuniteitscontrole (*supra* nr. 481).

c. De rechter mag zich niet mengen in het beleid

655. Ondanks de talrijke interferenties tussen de verschillende machten (*supra* nr. 5), mogen de wetgevende macht en de uitvoerende macht zich derhalve niet mengen in de rechtsbedeling. Dat is en blijft één van de basisregels van de scheiding der machten. Maar het omgekeerde is ook waar: de rechterlijke macht mag zich niet mengen in de uitoefening van het beleid.

De rechter moet zich in beginsel beperken tot een wettigheidscontrole. Hij mag zich niet laten verleiden tot een toetsing van de opportuniteit. Dat geldt zowel voor de grondwettelijke rechter ten aanzien van wetgevende normen – een interessante kwestie die in dit proefschrift grotendeels (zie bv. *supra* nrs. 612 en 654) buiten beschouwing is gebleven²¹⁶⁶ – als voor de administratieve rechters en de gewone hoven en rechtbanken ten aanzien van administratieve akten.

Opnieuw kan worden verwezen naar de reeds aangehaalde conclusie van toenmalig advocaat-generaal Leclercq (*supra* nr. 646), waarin hij opmerkt (in 1996, maar de opmerking gaat vandaag nog steeds op) dat “il n’a jamais été admis jusqu’ici, par votre Cour, que le juge puisse apprécier l’opportunité de l’acte administratif” en dat “à la différence de l’autorité administrative, le juge n’a pas à décider ce que requiert le bien commun”. Dat laatst punt preciseert hij als volgt:

“Le juge n’a pas à se préoccuper de gestion politique, c’est-à-dire de l’opportunité de la mesure administrative, alors que l’organe administratif devra examiner tant l’opportunité que la légalité de la mesure. Le rôle du juge est d’interpréter la loi, de dire le droit. L’autorité administrative, en revanche, déduit de la loi ce qui lui est permis de faire compte tenu des exigences de l’intérêt général. Les rôles de l’un et de l’autre sont donc différents.”²¹⁶⁷

656. De argumenten tegen een opportuniteitstoetsing van bestuurshandelingen door de rechter zijn legio. In de eerste plaats staat artikel 159 van de Grondwet enkel een toetsing aan de “wetten” toe. In hoofdstuk VI is gebleken dat die term slaat op alle hogere rechtsnormen, maar wel enkel en alleen op rechtsnormen. Ook los van het tekstargument zijn er evenwel goede redenen om de beleidskeuzes aan de andere machten over te laten. Inzonderheid op technische terreinen is het bestuur in de meeste gevallen beter beslagen dan de rechter en heeft het met andere woorden een deskundigheid in huis die de rechter doorgaans niet heeft. De bijzondere deskundigheid van de rechter ligt precies op het juridische vlak, hetgeen op zichzelf reeds verantwoordt – onder het motto “schoenmaker blijf bij uw leest” – dat hij zich tot een wettigheidstoetsing beperkt. Een ongelimiteerd opportuniteitstoezicht zou de overheid bovendien immobiliseren, vermits zij voortdurend door de rechter op de vingers zou kunnen worden getikt.²¹⁶⁸

Daarbij komt dat de rechter niet, zoals het bestuur, politieke verantwoording dient af te leggen. Het is de keerzijde van zijn onafhankelijkheid: hij dient geen verantwoording af te leggen aan de andere machten, maar hij behoort zich bijgevolg ook te onthouden van inmenging in de beleidskeuzes waarvoor het afleggen van verantwoording in een democratische samenleving tot de essentiële basisbeginselen behoort (*supra* nr. 370). Die opvatting over de rechterlijke onafhankelijkheid komt reeds bij Montesquieu tot uiting:

²¹⁶⁶ Zie daarover o.a. M.-F. RIGAUX, “Le contrôle d’opportunité exercé par la Cour d’arbitrage et le pouvoir discrétionnaire du législateur”, in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Brussel, Bruylant, 2004, 591-609. Bv. GwH 23 juni 2010, nr. 74/2010, B.6.4: “Bij de uitoefening van zijn toetsing aan het beginsel van de gelijkheid en niet-discriminatie komt het het Hof niet toe een oordeel te vellen over de opportuniteit van de beleidskeuzes die de wetgever heeft gemaakt.”

²¹⁶⁷ J.-F. LECLERCQ, concl. voor Cass. 10 juni 1996, S.95.0114.F, *Pas.* 1996, I, 619, nr. 227, punt 11.

²¹⁶⁸ W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 52; S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2002, 162.

“De rechter dient de spreekbuis van het recht te zijn en niet de spreekbuis van de politiek, noch van de publieke opinie. Als niet verkozen dienaar van de publieke zaak dienen de gronden van zijn oordeelsvorming beperkt te blijven tot de wet, de algemene rechtsbeginselen en de mensenrechten. Politieke doelstellingen of algemene oriëntaties voor het overheidsbeleid vallen principieel buiten zijn bevoegdheid. Zij zijn voorbehouden aan de wetgevende en aan de uitvoerende macht.”²¹⁶⁹

657. De scheiding der machten moet worden gezien als een evenwicht van machten (*supra* nr. 5) en dat geldt ook voor de verhouding tussen rechter en bestuur. In een advies van 9 maart 1989 waarschuwde de afdeling wetgeving van de Raad van State voor een verstoring van dat evenwicht: “Destijds werd zware kritiek geuit op de bestuurder die tegelijk rechter was. Men zal ervoor moeten waken dat men nu niet komt tot de rechter die bestuurder wordt.”²¹⁷⁰

In wezen gaat om een beperking die de rechter zichzelf moet opleggen, want zoals herhaaldelijk is gebleken is het de rechter zelf die in grote mate de grens tussen wettigheid en opportuniteit bepaalt (*supra* nr. 366). Het is de rechter die bepaalt wat (kennelijk) onredelijk is, het is de rechter die bepaalt wat (kennelijk) onevenredig is en het is eveneens de rechter die bepaalt wat een “normaal zorgvuldige en voorzichtige overheid” is (*supra* nr. 582). Die toetsstenen zijn stuk voor stuk instrumenten die de rechter toelaten om, onder het mom van een wettigheidstoezicht, de opportuniteit van een beslissing af te tasten.²¹⁷¹ *Judicial restraint* is dus geboden, zo benadrukt Boes, en er is alle reden om de marginaliteit van het rechterlijk toezicht op dat punt niet los te laten.²¹⁷² Volkomen terecht houden het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof derhalve sterk de hand aan dat basisbeginsel (*supra* nr. 482), zoals overigens ook de hoogste rechtscolleges in de meest naburige rechtsstelsels (*supra* nr. 194).

658. In hoofdstuk IX werd het grensgebied tussen wettigheidscontrole en opportuniteitstoetsing opnieuw onderzocht vanuit de invalshoek van het recht op een rechter met “volle rechtsmacht”, dat zowel door artikel 6.1 van het EVRM als door een algemeen rechtsbeginsel wordt gewaarborgd.

Het probleem van de volle rechtsmacht heeft zich het scherpst gemanifesteerd bij de rechterlijke controle van administratieve sancties. Uit het voormelde hoofdstuk is gebleken dat het recht op een rechter met volle rechtsmacht weliswaar inhoudt dat de rechter de evenredigheid van de bestuurshandeling moet kunnen beoordelen (althans voor zover het bestuur niet over een gebonden bevoegdheid beschikt) en dat hij zelfs in bepaalde gevallen, meer bepaald wanneer het gaat om het toezicht op administratieve geldboeten die sterk strafrechtelijk gekleurd zijn, over een hervormingsbevoegdheid moet beschikken, maar er is geen enkele indicatie gevonden

²¹⁶⁹ Zoals verwoord door R. FOUÉ, “De actualiteit van Montesquieu’s staatkundig erfgoed”, in *Stoelendansen met de macht*, Verslag van de conferentie over de trias politica op 27 januari 2006, Publicatie van de Nederlands Tweede Kamer, Den Haag, 24.

²¹⁷⁰ RvS, afd. wetgeving, advies van 9 maart 1989 over een voorstel van wet inzake collectieve bescherming van milieubelangen, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 351/2, 44.

²¹⁷¹ S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2002, 160-161.

²¹⁷² M. BOES, “Rechter en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986, 9; M. BOES, “Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing”, *RW* 1986-87, 1258.

dat het vereiste van volle rechtsmacht met zich zou meebrengen dat de rechter ook de opportuniteit van de beslissing moet kunnen beoordelen.

Uit hetzelfde hoofdstuk is echter ook gebleken dat de rechter zich in bepaalde gevallen toch in zekere mate op het domein van de opportuniteit moet kunnen begeven, niet op grond van artikel 6.1 van het EVRM maar op grond van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Wanneer dezelfde inbreuk zowel tot een klassieke straf, opgelegd door de strafrechter, als tot een geldboete, opgelegd door de administratie, kan leiden, vereist het gelijkheidsbeginsel dat de betrokkene in beide gevallen over dezelfde “verweermiddelen” beschikt, waarmee het Grondwettelijk Hof bedoelt dat in beide gevallen dezelfde mogelijkheden tot individualisering van de straf mogelijk moeten zijn (verzachtende omstandigheden, uitstel van tenuitvoerlegging), tenzij die mogelijkheden niet te rijmen zijn met de administratieve procedure (opschorting van de straf, opslorplingsregel). Ook buiten die situatie, dus wanneer het niet gaat om dezelfde inbreuk, mag het strafrechtelijk beleid van de wetgever overigens niet dermate onsamenhangend zijn dat het leidt tot een kennelijk onredelijk verschil in behandeling tussen vergelijkbare inbreuken, waarvan de ene tot een strafsanctie *sensu stricto* leidt en de andere tot een (sterk strafrechtelijk gekleurde) administratieve sanctie, en kan een mogelijkheid tot individualisering van de straf noodzakelijk blijken (*supra* nr. 543).

Wanneer de rechter verzachtende omstandigheden in aanmerking mag nemen, dient hij rekening te houden, niet alleen met omstandigheden die eigen zijn aan de inbreuk, maar ook met omstandigheden die eigen zijn aan de persoon die de inbreuk heeft gepleegd. Het laat hem ook toe onder het wettelijk minimum te gaan. Zelfs indien de verzachtende omstandigheden in de wet nader zijn gespecificeerd, kan moeilijk worden volgehouden dat de rechter zich in dat geval niet op het vlak van de opportuniteit begeeft. De verantwoording voor die (beperkte) uitbreiding van het rechterlijk wettigheidstoezicht tot buiten zijn klassieke grenzen, kan echter worden gevonden in het sterk strafrechtelijk gekleurd karakter van de administratieve sancties waarvoor het in aanmerking nemen van verzachtende omstandigheden zich opdringt. De bevoegdheid van de gewone rechter schuift in dat geval een stuk op in de richting van die van de strafrechter (*supra* nr. 546).²¹⁷³

§ 3. Het rechtszekerheidsbeginsel als grens

659. In hoofdstuk X is gebleken dat sedert de oprichting van de Raad van State en de evolutie in de toepassing van artikel 159 van de Grondwet de rechtsbescherming weliswaar is

²¹⁷³ Vgl. P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 381, die – onder vigeur nog van de oude fiscale procedure – reeds van oordeel was dat “het hof [van beroep] zich niet [mag] inlaten met de uitoefening door de fiscus van discretionaire bevoegdheden, behalve op het stuk van de administratieve sancties, waarvoor het hof van beroep over een integrale opportuniteitscontrole beschikt. Het kan niet alleen de wettelijkheid beoordelen van de belastingverhogingen en fiscale boeten, maar ook hun gepastheid en bedrag.” En *ibid.*, 284: “Dergelijk beleidsoordeel is *normaliter* aan de rechter ontzegd, behalve op het terrein van de vervolging en bestraffing van asociaal gedrag: dan worden immers niet zozeer subjectieve rechten vastgesteld, maar de gegrondheid van een strafvervolging beoordeeld, waarin de feitelijke en juridische gegrondheid zijn begrepen, en meteen de schuld van de gestrafte of de opportuniteit of gepastheid van de straf. En precies op dit terrein moeten de fiscale administratieve sancties worden gesitueerd.”

verdubbeld, maar ook dat de rechtsonzekerheid is toegenomen, met name doordat bestuurshandelingen te eeuwigen dage door de gewone hoven en rechtbanken buiten toepassing kunnen worden gelaten, terwijl het precies in de bedoeling lag van de wetgever de rechtszekerheid te versterken (*supra* nr. 23).

In de arresten van 16 december 1965, 7 december 1975, 24 maart 1977, 21 april 1988 en 9 januari 1997 heeft het Hof van Cassatie achtereenvolgens beslist dat een geschil inzake de miskenning van een recht door een bestuurshandeling (krachtens de artikelen 144 en 145 van de Grondwet) tot de bevoegdheid van de gewone hoven en rechtbanken blijft behoren, ook wanneer tegen die bestuurshandeling een annulatieberoep bij de Raad van State kan worden ingesteld,²¹⁷⁴ ook wanneer dat annulatieberoep is verworpen of wanneer de termijn is verstreken,²¹⁷⁵ ook wanneer het verwerpingsarrest de grond van de zaak (en niet louter de ontvankelijkheid ervan) betreft,²¹⁷⁶ ook wanneer de bestuurshandeling niet meer kan worden ingetrokken (*supra* nr. 123)²¹⁷⁷ en ook, ten slotte, wanneer het verwerpingsarrest een individuele bestuurshandeling betreft.²¹⁷⁸

Ingevolge die (beknopt samengevatte) rechtspraak kan een onwettige bestuurshandeling dus zonder beperking in de tijd, met toepassing van artikel 159 van de Grondwet, buiten toepassing worden gelaten in een geschil dat tot de bevoegdheid van de gewone hoven en rechtbanken behoort, al zal de rechtzoekende, zoals in hoofdstuk XI is gebleken, bij het voor de rechter brengen van het geschil wel rekening moeten houden met mogelijke verval- en verjaringstermijnen.

Over één van de voormelde arresten werd in de rechtsleer opgemerkt dat het “fait incontestablement primer le souci de légalité sur le principe de la stabilité des situations juridiques et montre qu’il ne saurait guère y avoir de point d’équilibre ou de transaction entre les exigences contradictoires de ces deux principes”.²¹⁷⁹

De verdubbeling van de rechtsbescherming leidt op die manier paradoxaal genoeg tot een verminderde rechtsbescherming, meer bepaald doordat de rechten die individuele bestuurshandelingen doen ontstaan altijd precair blijven en nooit als verworven kunnen worden beschouwd.

De vraag dringt zich derhalve nogmaals op of die klemtoon op het wettigheidsbeginsel, door de ongelimiteerde toepassing van de exceptie van onwettigheid die het Hof van Cassatie toestaat, niet aan herziening toe is, rekening houdend met het rechtszekerheidsbeginsel en het

²¹⁷⁴ Cass. 16 december 1965, *Pas.* 1966, I, 513, concl. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

²¹⁷⁵ Cass. 7 november 1975, *Arr.Cass.* 1975-76, 316, *RCJB* 1977, 417, noot A. VANWELKENHUYZEN.

²¹⁷⁶ Cass. 24 maart 1977, *Arr.Cass.* 1977, 799.

²¹⁷⁷ Cass. 21 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, II, 1045, *Pas.* 1988, I, 983, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN, *RCJB* 1990, 435, noot P. QUERTAINMONT.

²¹⁷⁸ Cass. 9 januari 1997, C.96.0066.F, *Arr.Cass.* 1997, 43, nr. 20, *AJT* 1998-99, 125, noot J. THEUNIS, *RCJB* 2000, 257, noot D. LAGASSE.

²¹⁷⁹ P. QUERTAINMONT, “Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l’exception d’illégalité et le retrait des actes créateurs de droits)”, noot onder Cass. 21 april 1988, *RCJB* 1990, 438.

vertrouwensbeginsel die, zoals in hoofdstuk II is gebleken, de laatste decennia een steile opgang hebben gekend, die in wezen in het wettigheidsbeginsel zijn vervat en eruit voortvloeien (*supra* nrs. 107-108) en die inmiddels zelf als ongeschreven fundamentele beginselen worden beschouwd (*supra* nrs. 109 en 119).

660. De klassieke stelling, die de ongelimiteerde toepassing van artikel 159 van de Grondwet verdedigt, heeft voorsnog de meeste aanhangers en overigens niet van de minste: Alen,²¹⁸⁰ Van Orshoven,²¹⁸¹ Boes,²¹⁸² Lagasse,²¹⁸³ Leus en Martel,²¹⁸⁴ ...

In die opvatting kan met artikel 159 van de Grondwet voor de gewone hoven en rechtbanken een nieuwe kans worden gegeven aan een voor de Raad van State verloren proces,²¹⁸⁵ kans die door de rechtzoekende niet zelden in dank wordt aangenomen.²¹⁸⁶

Het alternatieve standpunt, dat meer oog heeft voor de rechtszekerheid, klinkt – weinig verrassend (*supra* nr. 569) – vooral vanuit de hoek van de Raad van State: Suetens,²¹⁸⁷ Martens,²¹⁸⁸ Andersen,²¹⁸⁹ Lewalle,²¹⁹⁰ Weymeersch,²¹⁹¹ ...

²¹⁸⁰ A. ALEN, *Handboek*, 698. Zie ook reeds A. ALEN, *Rechter en bestuur*, 11, al wordt dat proefschrift beëindigd met de volgende bedenking, 928: “Het zal erop aankomen het juiste evenwicht te vinden tussen de rechtmatigheid en de doelmatigheid in de administratieve functie. Dit moge vrij banaal klinken, maar toch gaat het om het eeuwige kernprobleem van het administratief recht: wanneer immers het dilemma slechts zal zijn, efficiëntie zonder legaliteit of legaliteit zonder efficiëntie, zijn de dagen van het wettigheidsbeginsel geteld. Bij het zoeken naar dat evenwicht dient men noodzakelijkerwijze verder te bouwen op de door de Belgische Grondwetgever van 1830 uitgewerkte wijze beginselen inzake de verhouding tussen rechter en bestuur. Dat hierbij een evolutie mogelijk is inzake de betekenis van sommige Grondwetsbepalingen, houdt verband met de eigen aard van een Grondwet, die onafscheidelijk verbonden is met de maatschappelijke samenhang die zij moet regelen.”

²¹⁸¹ P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling*, 222, 473 en 476.

²¹⁸² M. BOES, “De beslagrechter, administratieve beroepen en artikel 159 G.W.”, noot onder Beslagr. Dendermonde 8 oktober 2004, *TROS* 2005, 256-257.

²¹⁸³ D. LAGASSE, “L’absence de toute autorité de chose jugée d’un arrêt de rejet du Conseil d’Etat devant les cours et tribunaux ou de la suprématie du principe de la légalité administrative sur le principe de la sécurité juridique”, noot onder Cass. 9 januari 1997, *RCJB* 2000, 278, nadat hij eerst de andere stelling was bijgetreden, zie D. LAGASSE, “De l’antinomie entre les principes de la légalité et de la sécurité juridique”, noot onder Rb. Brussel 18 september 1987, *JT* 1988, 480-482.

²¹⁸⁴ K. LEUS en B. MARTEL, “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie”, in *De wettigheidstoets*, 43, die daaraan “niet zonder sarcasme” toevoegen dat de tegenstrijdige rechtspraak die uit de klassieke stelling kan voortvloeien, de beleidsmakers handig kan uitkomen (*Ibid.*, 44)!

²¹⁸⁵ P. VAN ORSHOVEN, “Om deze redenen, het bestuur”, *TRD&I* 1994, afl. 9, 889.

²¹⁸⁶ Bv. J. BOUCKAERT, “Omtrent de huislook van Aywaille”, *TRD&I* 1997, afl. 5, 1: “Voor de rechtsonderhorige die bescherming zoekt tegen onwettig overheidshandelen alvast goed nieuws”.

²¹⁸⁷ L.P. SUETENS, “Vigilantibus, non dormientibus, subveniunt jura”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986, 91-102 en in *Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare*, Brugge, die Keure, 1997, 435-448, die het opzettelijk niet uitoefenen van de mogelijkheid om een annulatieberoep in te stellen tegen een onrechtmatig geachte bestuurshandeling alsook de hypothese waarin wel een annulatieberoep werd ingesteld, dat evenwel tot een verwerpingsarrest heeft geleid, als gevallen van “rechtsverwerking” beschouwt. Over die rechtsfiguur, zie M. VAN DAMME, “De rechtsverwerking in het administratief recht”, in *Liber Amicorum E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 363-371.

²¹⁸⁸ P. MARTENS, “L’exception d’illégalité: entre l’injustice et le désordre”, noot onder RvS 2 september 1987, nr. 28.435, Erkende beroepsvereniging *Belgian Corporation of Flight Hostesses*, *JLMB* 1988, 1535-1545.

²¹⁸⁹ R. ANDERSEN, “La modulation dans le temps des effets des arrêts d’annulation du Conseil d’Etat”, in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 394-395

In tegenstelling tot de klassieke opvatting “waarin de oprichting van de Raad van State wezenlijk genegeerd wordt”, zo merkte Suetens reeds in 1986 op, houdt het nieuwe standpunt rekening “met de bij de organieke wet van 23 december 1946 op de Raad van State tot stand gekomen, nieuwe rechtstoestand”.²¹⁹²

Ook in andere middens groeit overigens de weerstand tegen de ongenueanceerde voorrang van het wettigheidsbeginsel. Lust en Lust bijvoorbeeld “achten de perpetualiteit van de illegaliteitsexceptie maatschappelijk schadelijker dan zij batig is”²¹⁹³ en Cambier en Cambier, hoewel zij een zekere divergentie en diversiteit op prijs stellen, pleiten voor een soort versterkt relatief gezag van gewijsde om te vermijden dat na een verwerpingsarrest men toch nog naar de gewone rechter trekt voor een tweede beoordeling.²¹⁹⁴

Op dat punt van het gezag van gewijsde van een verwerpingsarrest van de Raad van State zal hierna eerst worden ingegaan (a), omdat de erkenning of versteviging daarvan een eerste stap kan zijn om tot een meer coherente rechtsbescherming te komen. Daarna zal worden betoogd dat voor een optimale oplossing, nog een verdere stap moet worden gezet (b).

a. *Het gezag van gewijsde van een verwerpingsarrest van de Raad van State*

661. Het gevolg van de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de algemene draagwijdte van artikel 159 van de Grondwet is dat de gewone rechter en de Raad van State tot een tegengestelde uitspraak kunnen komen over de onwettigheid van eenzelfde bestuurshandeling.²¹⁹⁵ Een verwerpingsarrest van de Raad van State heeft slechts een relatief gezag van gewijsde. Luidens artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek strekt het gezag van het rechterlijk gewijsde zich niet verder uit dan tot hetgeen het voorwerp van de beslissing heeft uitgemaakt en, zo oordeelt het Hof van Cassatie, de vordering voor de gewone hoven en rechtbanken heeft niet hetzelfde voorwerp als die voor de Raad van State (*supra* nr. 556 en *infra*

²¹⁹⁰ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 1279.

²¹⁹¹ W. WEYMEERSCH, “Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van de Raad van State”, in *De wettigheidstoets*, 354-357.

²¹⁹² L.P. SUETENS, “Vigilantibus, non dormientibus, subveniunt jura”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986, 100 en in *Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare*, Brugge, die Keure, 1997, 446.

²¹⁹³ A. LUST en S. LUST, “De administratieve verankering van het milieumisdrijf”, in A. DE NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieu straf- en milieu strafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Gent, Larcier, 2005, 567. Zie ook reeds A. LUST, “Nog over de indirecte legaliteitstoets van de herstellvordering en het Gentse arrest van 31 mei 1996”, *RW* 1997-98, 766-770.

²¹⁹⁴ B. CAMBIER en L. CAMBIER, “Compétences concurrentes ou complémentaires des juridictions au contentieux administratif”, in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Brussel, Larcier, 2004, 47-66 : “La reconnaissance d’une telle autorité relative de chose jugée permettrait, dans un souci de rationalisation, d’éviter la multiplication de procédures mettant en cause les mêmes parties, par rapport à des arguments de droit déjà soulevés devant le juge administratif” (57-58).

²¹⁹⁵ Voor een voorbeeld, zie M. MAHIEU, “Heurs et malheurs du règlement de déontologie de l’ordre nationale des architectes”, *JT* 1974, 185-186. Zie ook O. DE LEYE, “De afbakening van de bevoegdheid van de Raad van State en van de arbeidsgerechten”, *RW* 1975-76, 1637-1654 en 1706-1723 en M.T. CUVELLIEZ, “La Cour de cassation et le Conseil d’Etat raisonnent-ils différemment”, *JT* 1984, 453-457.

nr. 668).²¹⁹⁶ De gewone hoven en rechtbanken zouden dus ook niet kunnen volstaan met een loutere verwijzing naar een verwerpingsarrest van de Raad van State, om in dezelfde zin te beslissen.²¹⁹⁷

Het standpunt van het Hof van Cassatie leidt op die manier echter tot een weinig coherent rechtssysteem, terwijl dat Hof zichzelf nochtans een taak ziet weggelegd als hoeder van de wettigheid én van de rechtszekerheid (*supra* nr. 126).

662. Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens mengt zich (voorlopig nog onrechtstreeks) in het debat. In een arrest van 8 november 2007 werd er reeds op gewezen, zij het in een andere context, dat het strijdig zou zijn met het rechtszekerheidsbeginsel “si une affaire était examinée simultanément par deux instances judiciaires”²¹⁹⁸ en in een arrest van 23 maart 2010 zet het Hof in nog duidelijker bewoordingen uiteen dat “the existence of multiple parallel and interrelated proceedings raising substantially the same legal issue cannot be considered to be in compliance with the rule of law”, inzonderheid vanwege het risico op tegenstrijdige uitspraken.²¹⁹⁹

Nog recenter, en in een meer relevante context, erkent hetzelfde Hof dat uiteenlopende rechtspraak weliswaar inherent is aan een duaal rechtssysteem, maar dat in een mechanisme moet zijn voorzien om de coherentie en eenheid van rechtspraak te verzekeren.²²⁰⁰ Met name een Tribunal des Conflits (zie ook *supra* nr. 158 en vn. 1238) kan in dat verband een beslissende rol vervullen:

“58. En effet, l’intervention du tribunal des conflits a permis d’arbitrer la divergence de position entre les juridictions administratives ordinaires et les juridictions administratives militaires quant à leurs champs de compétence respectifs, et a mis fin en principe à l’intervention des juridictions administratives ordinaires dans un domaine de compétence dévolu aux juridictions administratives militaires.

59. Partant, le fait, fût-il regrettable, qu’à la date de saisine par les requérants des juridictions internes, deux interprétations différentes aient été données à un même texte juridique, par deux instances juridictionnelles distinctes et autonomes, ne saurait à lui seul suffire à porter atteinte au principe de sécurité juridique, dès lors que le droit interne paraît avoir été en mesure de résorber la source de ces incohérences.”²²⁰¹

²¹⁹⁶ Cass. 9 januari 1997, C.96.0066.F, *Arr.Cass.* 1997, 43, nr. 20, *AJT* 1998-99, 125, noot J. THEUNIS, *RCJB* 2000, 257, noot D. LAGASSE. Zie ook W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. voor Cass. 16 december 1965, *Pas.* 1966, I, 513.

²¹⁹⁷ B. LOMBAERT, F. TULKENS en A. VAN DER HAEGEN, “Cohérence et incohérences de la théorie de l’objet véritable et direct du recours”, in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Brussel, la Charte, 2007, 41.

²¹⁹⁸ EHRM, *Soffer t. Tsjechië*, 8 november 2007, § 47. Vgl. B. LOMBAERT, F. TULKENS en A. VAN DER HAEGEN, “Cohérence et incohérences de la théorie de l’objet véritable et direct du recours”, in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Brussel, la Charte, 2007, 43: “La justice doit avant tout dire le droit, parler si possible d’une seul voix, décider et réparer efficacement”.

²¹⁹⁹ EHRM 23 maart 2010, *Mullai e.a. t. Albanië*, § 86. Zie ook *supra* nr. 12 en vn. 44.

²²⁰⁰ EHRM 27 mei 2010, *Nejdet Sahin en Parihan Sahin t. Turkije*, §§ 55-56. Zie ook EHRM 24 maart 2009, *Vrioni e.a. t. Albanië*, § 58; EHRM 1 juli 2010, *Vusic t. Kroatië*, § 44.

²²⁰¹ EHRM 27 mei 2010, *Nejdet Sahin en Parihan Sahin t. Turkije*, §§ 58-59.

In een arrest van 21 december 2010, ten slotte, is het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van oordeel dat de beroepstermijn van twee maanden voor het indienen van een beroep tot vernietiging van een ruilverkavelingsbesluit geen onevenredige beperking van het recht op toegang tot de rechter (*supra* nr. 644) inhoudt: “La Cour observe que la solution adoptée par le Conseil d'Etat n'a pas privé les requérants de la possibilité d'ester en justice pour obtenir l'annulation de l'arrêté ordonnant le remembrement, mais qu'elle limite simplement cette action dans le temps”. Het Hof merkt in de eerste plaats op dat die beperking een wettig doel nastreeft, “à savoir la préservation des droits des autres propriétaires concernés par le remembrement et la sécurité juridique”. Het wijst er vervolgens op “que la saisine du juge des référés ouvre une possibilité réelle pour les personnes concernées par un remembrement de demander l'annulation, ou la suspension, du texte avant que les opérations de remembrement ne soient achevées” en dat de beperking van het recht op toegang tot de rechter bovendien een beperkte draagwijdte heeft “dans la mesure où elle ne concerne que la légalité de l'arrêté ordonnant le remembrement et non les décisions de réattribution des parcelles prises par les commissions d'aménagement foncier qui, elles, peuvent être contestées devant les juridictions administratives même après la clôture des opérations”. Het Hof besluit met de vaststelling dat de verzoekers tevens de mogelijkheid behouden “d'invoquer l'illégalité de l'arrêté préfectoral ordonnant le remembrement à l'appui d'un recours indemnitaire si cette illégalité est source de préjudice pour eux” (zie *infra* nr. 682).²²⁰²

663. Vanuit praktisch oogpunt kan men zich afvragen wat nog het nut is van een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State. De vernietiging van een bestuurshandeling, doorgaans lange tijd na de totstandkoming van de overheidsakte, biedt in vele gevallen immers niet het beoogde rechtsherstel, waarvoor de verzoeker vervolgens nog een vordering tot schadevergoeding bij de gewone rechter moet instellen. Waarom zich dan niet onmiddellijk tot de gewone rechter wenden, die in één beweging de bestuurshandeling onwettig verklaart en een schadevergoeding kan toekennen?²²⁰³ De bestuurshandeling wordt weliswaar slechts buiten toepassing gelaten en dus niet vernietigd, maar voor individuele bestuurshandelingen maakt dat weinig of geen verschil (*supra* nr. 384).

664. Een mogelijke oplossing kan gelegen zijn in de invoeging, in de gecoördineerde wetten op de Raad van State, van een analoge bepaling als in de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof, waarvan artikel 9, § 2, bepaalt dat de door dat Hof gewezen arresten waarbij beroepen tot

²²⁰² EHRM 21 december 2010, Blondeau t. Frankrijk, §§ 50-57.

²²⁰³ A. ALEN, “Scheiding” of “samenwerking” der machten?, Brussel, Academiae Analecta, 1990, 45-46; B. LOMBAERT, F. TULKENS en A. VAN DER HAEGEN, “Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours”, in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Brussel, la Charte, 2007, 42, die bij wijze van illustratie verwijzen naar een arrest waarin het Hof van beroep te Brussel oordeelde dat de verzoeker “est en droit d'obtenir cette réparation en équivalent, bien qu'il n'ait pas sollicité du Conseil d'Etat l'annulation des décisions litigieuses. Il n'est, en effet, nullement requis, pour mettre en cause la responsabilité civile d'une autorité administrative devant les tribunaux de l'Ordre judiciaire, que l'illégalité de sa décision soit préalablement prononcé par lui. Le droit subjectif de nature civil d'obtenir réparation est un recours autonome à l'occasion duquel les tribunaux de l'Ordre judiciaire sont autorisés à constater l'illégalité de décisions administratives, même s'ils ne peuvent en prononcer l'annulation”, Brussel 5 oktober 2006, *JLMB* 2006, 1594 en *JT* 2006, 767.

vernietiging worden verworpen, bindend zijn voor de rechtscolleges wat de door die arresten beslechte rechtspunten betreft.

In het laatste jaarverslag van het Hof van Cassatie pleit ook het openbaar ministerie bij dat rechtscollege voor “een eventuele erkenning van gezag van een arrest van verwerping van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State”:

“Het dualistisch stelsel dat het de bij een geschil betrokken partijen in België mogelijk maakt om twee rechters van verschillende rechtsprekende ordes de wettelijkheid van een door hen betwiste bestuursrechtelijke handeling te laten beoordelen, vertoont lacunes die de rechtsleer reeds onderstreepte. Hierbij moet de aandacht in het bijzonder gaan naar het gebrek aan erkenning vanwege de rechter van de rechterlijke orde van het gezag van een arrest waarbij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een beroep tot nietigverklaring tegen een bestuursrechtelijke handeling verwerpt: doordat hij zich niet gebonden acht door een dergelijk arrest, kan de rechter, bij wie een vordering aanhangig is gemaakt die de legaliteit van diezelfde bestuursrechtelijke handeling opnieuw ter discussie stelt, beslissen dat deze onwettig is wegens een gebrek dat de Raad van State precies heeft uitgesloten.

Deze toestand waarin het debat over de legaliteit van een bestuursrechtelijke handeling opnieuw wordt geopend voor de rechter van de rechterlijke orde, terwijl het voor de Raad van State afgesloten was, kan om twee redenen worden betreurd. Enerzijds, verhoogt het het risico op uiteenlopende beoordelingen, tussen de Raad van State en de rechter van de rechterlijke orde, over de legaliteit van eenzelfde bestuursrechtelijke handeling, wat bij de rechtzoekende enkel verbijstering opwekt. Anderzijds, getuigt het niet van een harmonieuze koppeling tussen de opeenvolgende interventies van de Raad van State en de rechter van de rechterlijke orde in het licht van hun respectievelijke bevoegdheden, wat het nastreven van het proceseconomisch ideaal in de weg staat, terwijl dat toch al onze aandacht moet krijgen gelet op de verzadiging van de rechtbanken.

Onlangs stelde een auteur voor dat de wetgever de mogelijkheid en de haalbaarheid zou overwegen om, door gepaste beschikkingen, een zeker gezag te verlenen aan de door de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uitgesproken arrest van verwerping.²²⁰⁴ Die benaderingswijze zal zeker niet probleemloos zijn en vergt grondig voorafgaand denkwerk om met name de gevallen te identificeren waarin een arrest van verwerping gezag krijgt t.a.v. de rechter van de rechterlijke orde, om de omvang van dat gezag duidelijk te omschrijven en desgevallend de modaliteiten te bepalen voor een aangepaste openbaarmaking van het arrest. Dit gezegd zijnde, kan een dergelijk initiatief, zo het vaste vorm krijgt, een oplossing bieden voor een van de moeilijkheden van het typisch Belgische jurisdictionele dualisme, zonder overigens de verdiensten van dit stelsel – dat toch een duidelijke vorm van jurisdictionele bescherming aan de burger biedt – te ontkrachten.”²²⁰⁵

665. Een merkwaardige vaststelling is wel dat de erkenning van het gezag van een verwerpingsarrest van de Raad van State gedurende lange tijd haast als een vanzelfsprekendheid werd beschouwd. Vóór de ontwikkeling van de hoger vermelde jurisprudentie van het Hof van Cassatie (*supra* nr. 659), werd vrij algemeen de stelling verdedigd dat de gewone rechter de wettigheidstoetsing door de Raad van State niet moet overdoen, uiteraard niet wanneer die wettigheidstoetsing tot de vernietiging heeft geleid, maar evenmin wanneer dat laatste niet het geval was. In een conclusie voor een arrest van het Hof van

²²⁰⁴ Met verwijzing naar D. DE ROY, “L’exception d’illégalité instituée par l’article 159 de la Constitution: de la vision d’apocalypse à la juste mesure”, noot onder Cass. 16 juni 2006, C.05.0287.F, *RCJB* 2009, 35.

²²⁰⁵ *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2009*, 176-177.

Cassatie van 16 december 1965 zette toenmalig eerste advocaat-generaal Ganshof van der Meersch zijn standpunt als volgt uiteen:

“Le législateur a attribué au Conseil d’Etat le pouvoir d’annuler l’acte et, pour ce faire, de constater l’existence des éléments sur lesquels il se fonde et auxquels il attache la sanction de nullité. Cette même constatation appartient-elle encore au pouvoir judiciaire? Je ne le pense pas. Cela irait directement à l’encontre du but poursuivi par le législateur et mènerait à une situation anarchique que le droit a pour objet d’éviter.”²²⁰⁶

Een andere eerste advocaat-generaal, Mahaux, komt in zijn mercuriale van 1971 tot een soortgelijk besluit:

“Het arrest dat een beroep afwijzend beschikt, is bindend voor de hoven en rechtbanken wanneer het beroep ingesteld werd tegen een individuele administratieve rechtshandeling, in deze zin dat de door de Raad van State gedane constatering als vaststaande dienen te worden beschouwd.

Waar de wet van 23 december 1946 aan de Raad van State de macht verleent tot nietigverklaring van bepaalde handelingen in de gevallen, voorzien in haar artikel 9, heeft zij *ipso facto* aan dat rechtscollege de macht verleend te constateren dat vervuld zijn of niet de feitelijke voorwaarden waaruit de in dit artikel omschreven rechtstoestanden kunnen worden afgeleid. Deze constatering heeft gezag van gewijsde tussen de partijen, zelfs wanneer zij zich tot de gerechten der rechterlijke macht wenden.”²²⁰⁷

Zowel Ganshof van der Meersch als Mahaux hebben het enkel over uitspraken ten aanzien van individuele bestuurshandelingen. Wanneer het annulatieberoep tegen een reglementaire handeling werd ingesteld, is een verwerpingsarrest “in genen dele bindend voor de hoven en rechtbanken”.²²⁰⁸ Dat is begrijpelijk: de overheid die verordenend optreedt, kan steeds haar beleid wijzigen en doet dus in beginsel geen verworven rechten ontstaan,²²⁰⁹ zoals dat doorgaans wel het geval is bij individuele bestuurshandelingen. Dat blijkt ook uit een arrest van de Raad van State van dezelfde periode:

“Overwegende dat algemene voorschriften die naar de vorm categorieën en niet in hun individualiteit bepaalde personen verplichten of berechtigen, daardoor in principe voor onbepert herhaalde toepassing vatbaar zijn en zich slechts volledig realiseren door de in de loop van de tijd steeds opnieuw herhaalde toepassingen, waardoor dan ook telkens opnieuw nieuwe rechtsverhoudingen tussen dezelfde of andere rechtssubjecten worden gevestigd; dat de noodzaak de stabiliteit van individuele rechtsverhoudingen te vrijwaren wel kan worden ingeroepen ten aanzien van reeds gemaakte toepassingen, maar niet ten aanzien van toepassingen die nog moeten gebeuren; dat bijgevolg ten aanzien van toekomstige toepassingen van het algemeen voorschrift niets de handhaving van de volledige wettigheid in de weg staat, te meer dat ten aanzien van de toekomst de rechtszekerheid eist dat wie zijn

²²⁰⁶ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. voor Cass. 16 december 1965, *Pas.* 1966, 525.

²²⁰⁷ P. MAHAUX, “Het rechterlijk gewijsde en het Gerechtelijk Wetboek”, rede uitgesproken op de plechtige zitting van 1 september 1971, *Arr.Cass.* 1971, 56-57.

²²⁰⁸ P. MAHAUX, “Het rechterlijk gewijsde en het Gerechtelijk Wetboek”, rede uitgesproken op de plechtige zitting van 1 september 1971, *Arr.Cass.* 1971, 57. Zie ook W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. voor Cass. 16 december 1965, *Pas.* 1966, 526.

²²⁰⁹ Al kan het vertrouwensbeginsel in bepaalde gevallen wel aan een wijziging van de regelgeving (met onmiddellijke ingang) in de weg staan (*supra* nr. 121).

handelen naar het recht wil schikken, zeker moet kunnen zijn dat iedere norm zijn te voorziene volle uitwerking zal hebben, wat insluit dat de voorrang van de hogere normen op de lagere effectief zou zijn en dus ook toekomstige individuele beschikkingen in eenklank zouden zijn met de hele normenhiërarchie waarvan ze het laatste element vormen”.²²¹⁰

666. De opvatting dat de gewone hoven en rechtbanken het gezag van een verwerpingsarrest moeten erkennen, werd reeds in de periode vlak na de oprichting van de Raad van State verdedigd. Met name Cyr Cambier was in 1949 van oordeel dat “[p]ermettre au Conseil d’Etat de connaître d’un problème de légalité déjà résolu, entre les mêmes parties, par le pouvoir judiciaire ou au pouvoir judiciaire d’ignorer la décision qu’entre ces mêmes parties le Conseil d’Etat aura prononcée en admettant la légalité de cet acte, c’est faire rebondir des controverses, susciter des contradictions de jugements et, par là, l’insécurité et le désordre”.²²¹¹

Jaren later, wanneer de rechtspraak van het Hof van Cassatie in volle ontwikkeling is (in de andere richting, *supra* nr. 659), schrijft Martens (toenmalig staatsraad en later rechter en voorzitter van het Grondwettelijk Hof), in dezelfde gedachtegang, dat de termijn van zestig dagen om bij de Raad van State een annulatieberoep in te stellen tegen een individuele bestuurshandeling “ne peut être dissociée de sa *ratio legis* et doit s’imposer au juge judiciaire autant qu’au juge administratif”.²²¹²

667. Het lijkt er dus sterk op, gelet op hetgeen in de vorige randnummers is uiteengezet, dat de gewone hoven en rechtbanken zich ook zonder wetgevende tussenkomst (*supra* nr. 664), in navolging overigens van het Franse Hof van Cassatie en van de Nederlandse Hoge Raad (*supra* nrs. 173 en 181), in belangrijke mate gebonden kunnen achten door de vaststellingen inzake de wettigheid van een bestuurshandeling door de bestuursrechter.

Daarbij komt dat ook het gezag *erga omnes* van een vernietigingsarrest niet met zoveel woorden in de gecoördineerde wetten op de Raad van State staat.²²¹³ Het wordt desondanks beschouwd als een algemeen rechtsbeginsel,²²¹⁴ dat overigens de toepassing van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek uitsluit.²²¹⁵ Vandaar is het maar een kleine (rechterlijke) stap om ook de verwerpingsarresten van de Raad van State (althans wat de beslechte rechtspunten betreft) onder dat algemeen rechtsbeginsel te laten ressorteren.

²²¹⁰ RvS 8 juli 1969, nr. 13.669, vzw Verbond van het Vlaams Overheidspersoneel.

²²¹¹ C. CAMBIER, *La section d’administration du Conseil d’Etat*, Brussel, Larcier, 1949, 104-105.

²²¹² P. MARTENS, “L’exception d’illégalité: entre l’injustice et le désordre”, noot onder RvS 2 september 1987, nr. 28.435, Erkende beroepsvereniging *Belgian Corporation of Flight Hostesses*, JLMB 1988, 1537.

²²¹³ Zoals wel in de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof, artikel 9, § 1: “De door het Grondwettelijk Hof gewezen vernietigingsarresten hebben een absoluut gezag van gewijsde vanaf hun bekendmaking in het Belgisch Staatsblad”.

²²¹⁴ Cass. 6 februari 2009, C.08.0296.N, *Arr.Cass.* 2009, 407, nr. 99; Cass. 21 december 2001, C.99.0528.F, *Arr.Cass.* 2001, 2273, nr. 719; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 1129.

²²¹⁵ Cass. 21 juni 2004, S.03.0139.N, *Arr.Cass.* 2004, 1149, nr. 343. Zoals ook het gezag van gewijsde in strafzaken niet onder toepassing van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek valt, maar als een algemeen strafrechtelijk beginsel wordt beschouwd dat is vastgelegd in verschillende bepalingen van dat strafrecht, bv. Cass. 8 april 1998, P.97.1692.F, *Arr.Cass.* 1998, 423, nr. 195.

668. Wat kan het Hof van Cassatie ervan weerhouden dat jurisprudentiële pad in te slaan? De zienswijze van het Hof van Cassatie volgens welke een verwerpingsarrest van de Raad van State de hoven en rechtbanken niet kan binden, steunt op twee overwegingen, uiteengezet in het beginselarrest van 9 januari 1997 (het laatste arrest in de hoger vermelde reeks van arresten, *supra* nr. 659).

In de eerste plaats refereert het Hof aan de algemene draagwijdte van artikel 159 van de Grondwet, waaraan het beroep tot nietigverklaring, voorzien bij artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, geen afbreuk zou (kunnen) doen.²²¹⁶ Hoger werd er echter reeds meermaals op gewezen dat de wetgever wel degelijk de draagwijdte van de exceptie van onwettigheid kan (en moet) temperen teneinde een evenwicht te bewerkstelligen tussen het wettigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, die beide als fundamentele beginselen in acht moeten worden genomen (*supra* nrs. 147, 217, 576 en 627).

In de tweede plaats beroept het Hof van Cassatie zich op het gezag van gewijsde. Het Hof erkent aan de ene kant het gezag van gewijsde dat verbonden is aan de beslissingen van administratieve rechtscolleges. Meer zelfs, het beschouwt dat gezag van gewijsde als “een algemeen rechtsbeginsel van administratief recht”,²²¹⁷ “dat niet onder de toepassing van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek valt”.²²¹⁸ Maar, zo meent het Hof van Cassatie, het gezag van het rechterlijk gewijsde strekt zich niet verder uit dan hetgeen het voorwerp van de beslissing heeft uitgemaakt en het voorwerp van een annulatieberoep bij de Raad van State en van een vordering bij de burgerlijke rechter kan nu eenmaal niet hetzelfde zijn:

“Overwegende dat, anderzijds, luidens artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek, het gezag van het rechterlijk gewijsde zich niet verder uitstrekt dan tot hetgeen het voorwerp van de beslissing heeft uitgemaakt;

(...)

Overwegende dat, aangezien de vordering voor de rechtbank en vervolgens voor het hof van beroep niet hetzelfde voorwerp heeft als die voor de Raad van State, het middel ten onrechte de schending aanvoert van de artikelen 2, 23, 24 en 25 van het Gerechtelijk Wetboek (...), die het opnieuw instellen van de vordering verbieden”.²²¹⁹

Ook dat argument is kwetsbaar. Het is ofwel het ene, ofwel het andere. Ofwel (eerste hypothese) geldt een algemeen rechtsbeginsel, maar dan kan uit de tekst van artikel 23 van het Gerechtelijk

²²¹⁶ Cass. 9 januari 1997, C.96.0066.F, *Arr.Cass.* 1997, 43, nr. 20, *AJT* 1998-99, 125, noot J. THEUNIS, *RCJB* 2000, 257, noot D. LAGASSE.

²²¹⁷ Cass. 6 februari 2009, C.08.0296.N. Het ging *in casu* weliswaar om een nietigverklaring door de Raad van State, waarvan het Hof haast niet anders kan, wegens de terugwerkende kracht ervan, dan het gezag van gewijsde *erga omnes* erkennen.

²²¹⁸ Cass. 21 juni 2004, S.03.0139.N, *Arr.Cass.* 2004, 1149, nr. 343: “Overwegende dat het gezag van gewijsde dat verbonden is aan de beslissingen van de administratieve rechtscolleges een algemeen rechtsbeginsel van administratief recht is, dat niet onder de toepassing van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek valt”.

²²¹⁹ Cass. 9 januari 1997, C.96.0066.F, *Arr.Cass.* 1997, 43, nr. 20, *AJT* 1998-99, 125, noot J. THEUNIS, *RCJB* 2000, 257, noot D. LAGASSE.

Wetboek geen argument worden geput. Ofwel (tweede hypothese) geldt artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek, maar dan moet met alle gevolgen daarvan rekening worden gehouden.

669. Meer bepaald moet, in die tweede hypothese, niet alleen rekening worden gehouden met het negatieve effect van het gezag van gewijsde, maar ook met het positieve effect ervan.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake het gezag van gewijsde, bevestigd in een arrest van 4 december 2008, luidt als volgt:

“Uit de omstandigheid dat het voorwerp en de oorzaak van een definitief beslechte rechtsvordering niet dezelfde zijn als die van een latere rechtsvordering tussen dezelfde partijen, volgt niet noodzakelijkerwijs dat die overeenstemming ontbreekt voor elke aanspraak of betwisting die een partij in het ene of het andere geding aanvoert, noch, bijgevolg, dat de rechter een aanspraak kan aannemen waarvan de grondslag onverenigbaar is met wat vroeger is beslist.

Het gezag van het rechterlijk gewijsde is beperkt tot wat de rechter over een geschilpunt heeft beslist, en tot wat, om reden van het geschil dat voor hem is gebracht en waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren, de noodzakelijke grondslag, al weze het impliciet, van zijn beslissing uitmaakt.”²²²⁰

Uit die uitspraak kan worden afgeleid dat het “positieve effect” van het gezag van gewijsde niet dezelfde drievoudige identiteit vereist als het “negatieve effect” van het gezag van gewijsde. Het negatieve effect van het gezag van gewijsde verhindert dat een vordering waarover reeds uitspraak is gedaan opnieuw wordt ingesteld (artikel 25 van het Gerechtelijk Wetboek), meer bepaald wanneer de gevorderde zaak dezelfde is, de vordering op dezelfde oorzaak berust en zij tussen dezelfde partijen bestaat (artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek).²²²¹

Het positief effect van het gezag van gewijsde, dat een vermoeden van juistheid van de rechterlijke beslissing inhoudt (*supra* nr. 473),²²²² heeft derhalve een ruimere draagwijdte. Met name kan eruit worden afgeleid dat de (incidentele) vaststelling van een onwettigheid door de gewone rechter hetzelfde gevolg heeft voor de (latere) vaststelling van aansprakelijkheid van de overheid als een vernietigingsarrest van de Raad van State (zie ook *supra* nr. 581).

670. Meer waarschijnlijk is echter dat het Hof van Cassatie uitgaat van de eerste hypothese volgens welke een algemeen rechtsbeginsel van gezag van gewijsde geldt, dat de toepassing van artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek uitsluit (*supra* nr. 668).

Er is inderdaad reeds meermaals opgemerkt dat artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek op geschillen met een subjectief karakter is afgestemd en dus ook niet zonder meer op het

²²²⁰ Cass. 4 december 2008, C.07.0412.F, *Arr.Cass.* 2008, 2913, nr. 698. Zie bv. reeds in dezelfde zin Cass. 20 februari 1975, *Arr.Cass.* 1975, 696.

²²²¹ Zie J-F. VAN DROOGHENBROECK en F. BALOT, “L’effet positif de la chose jugée”, *JT* 2009, 297-300.

²²²² Dat ook met artikel 1350, 3°, van het Burgerlijk Wetboek in verband kan worden gebracht.

vernietigingscontentieux kan worden toegepast.²²²³ Maar dan is het logische gevolg ook dat de argumenten die uit artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek worden geput hun doel missen en dat geldt dan met name ook voor het argument dat de vordering voor de gewone rechter niet hetzelfde voorwerp heeft als de vordering voor de Raad van State.

Het opleggen van dezelfde drievoudige identiteit zou voor de Raad van State overigens weinig zin hebben, omdat een beroep tot nietigverklaring enkel binnen een termijn van zestig dagen kan worden ingesteld en de kans redelijk klein is dat binnen die termijn dezelfde verzoeker dezelfde bestuurshandeling met dezelfde grieven bestrijdt.²²²⁴

671. De betekenis van het (algemeen rechtsbeginsel van) gezag van gewijsde moet, wat een verwerpingsarrest van de Raad van State betreft, derhalve niet worden gezocht in de voormelde drievoudige identiteit, maar wel in het beslechte geschilpunt. Zoals hoger opgemerkt geldt dat (relatief) gezag van gewijsde van een verwerpingsarrest van de Raad van State ook ten aanzien van de exceptie van onwettigheid: een verzoeker voor de Raad van State kan niet dezelfde onwettigheid inroepen die hij reeds eerder voor de Raad van State heeft ingeroepen en die door de Raad van State werd verworpen (*supra* nr. 559). Het gezag van gewijsde van een verwerpingsarrest heeft aldus beschouwd dezelfde draagwijdte als het positief effect van het gezag van gewijsde van een uitspraak van de gewone rechter (*supra* nr. 669).

De slotsom luidt dan ook dat het weinig uitmaakt of de (hoger vermelde) eerste of tweede hypothese wordt gevolgd (*supra* nr. 663). In beide gevallen moeten de gewone hoven en rechtbanken zich ervan onthouden, wil het gezag van gewijsde van een verwerpingsarrest van de Raad van State enige betekenis hebben, de daarin beslechte geschilpunten (ten aanzien van dezelfde partijen)²²²⁵ opnieuw te onderzoeken.²²²⁶

672. Trouwens, en tevens ten slotte, ook het standpunt van het Hof van Cassatie zelf (en dus niet alleen van zijn openbaar ministerie, *supra* nr. 665) is ooit anders geweest. In een arrest van

²²²³ F. DEBAEDTS, "Beschouwingen over het gezag van gewijsde van de arresten door het Arbitragehof gewezen op annulatieberoep", in *Publiek recht, ruim bekeken. Opstellen aangeboden aan Prof. J. Gijssels*, Antwerpen, Maklu, 1994, 163-164 en 171-172. Zie ook P. LEWALLE, "L'autorité de la chose jugée des arrêts prononcés par le Conseil d'Etat au contentieux de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire", in *Het interdisciplinair geschil*, Diegem, Kluwer, 1996, 247-253; R. WITMEUR, "L'autorité de la chose jugée administrativement", in *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 772-775.

²²²⁴ Zie R. WITMEUR, "L'autorité de la chose jugée administrativement", in *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 776-777.

²²²⁵ Zie reeds Cyr Cambier, *supra* nr. 666. Zie ook R. WITMEUR, "L'autorité de la chose jugée administrativement", in *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 786-791.

²²²⁶ Volgens Lust sluit een versterkt gezag van gewijsde beter aan bij het objectief karakter dat het annulatieberoep kenmerkt: de annulatierechter spreekt zich immers niet uit over de rechtsverhouding tussen de partijen maar enkel over de handeling als zodanig, zodat ook de vaststelling dat deze handeling niet is aangetast door de onderzochte onwettigheden, *erga omnes* moet gelden en niet beperkt kan blijven tot de partijen in het geding, S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2002, 387. Volgens Witmeur is immers het doel van artikel 159 van de Grondwet bereikt: "Si le Conseil d'Etat, dans le cadre de sa mission de contrôle objectif de légalité d'un acte, a eu l'occasion de considérer qu'une irrégularité particulière n'est pas fondée en droit, le but poursuivi par l'article 159 de la Constitution a été rencontré", R. WITMEUR, "L'autorité de la chose jugée administrativement", in *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 781. Zie in die zin ook het hierna geciteerde arrest (*infra* nr. 672).

12 maart 1942, dus vóór de oprichting van de Raad van State (maar wel reeds met die oprichting in het vizier), oordeelde dat Hof nog:

“dat (...) het gezag van het gewijsde, en, bijgevolg, het vermoeden van overeenstemming met de wet zoowel behooren aan de beslissingen van eigenlijke rechtspraak van het bestuur, als aan die van de rechtbanken, en zich én aan den rechter én aan de partijen oplegt; dat de rechtvaardiging ervan namelijk hierin ligt dat alle eigenlijke rechtsmacht, ware ze zelfs van bestuurlijke orde, tot de naleving van artikel [159] der Grondwet gehouden is; dat daaruit volgt dat het toetsingrecht, voorzien bij artikel [159] der Grondwet, als reeds door de beslissing zelf van de administratieve rechtsmacht uitgeput voorkwam”.²²²⁷

“Cette leçon serait-elle oubliée?”, vraagt Lewalle zich met gespeelde verwondering af.²²²⁸

b. De erkenning van de onaantastbaarheid van een definitieve bestuurshandeling

673. De erkenning van het gezag van gewijsde van een verwerpingsarrest van de Raad van State zou een belangrijke verwezenlijking betekenen in het tot stand brengen van een betere balans tussen de vereisten van wettigheid en rechtszekerheid, maar die erkenning is niet voldoende. In vele gevallen zal er immers geen beroep tot nietigverklaring worden ingesteld tegen een onwettige rechtsverlenende individuele bestuurshandeling, om de eenvoudige reden dat niemand (behalve de overheid) door die bestuurshandeling wordt benadeeld.²²²⁹ Om ook in die gevallen rechtszekerheid te bieden (en met name te vermijden dat de overheid vele jaren later de bestuurshandeling buiten toepassing wenst te doen laten), is nog een verdere stap noodzakelijk.

Het publiekrecht is op dit punt “à la recherche d’un équilibre” tussen twee gelijktijdige maar tegenstrijdige postulaten, zo schreef Lewalle in 1997: “l’élimination de l’illégalité” aan de ene kant en “la stabilisation des situations illégales” aan de andere kant.²²³⁰ Hoewel er sedertdien enkele gunstige evoluties zijn op te tekenen (*infra* nrs. 676-677), is een evenwicht nog niet gevonden.

Om een stabiel evenwicht te kunnen bereiken, moet aan twee kanten water bij de wijn kunnen worden gedaan. Als uitgangspunt is daarom van belang dat het wettigheidsbeginsel geen absolute wettigheid en het rechtszekerheidsbeginsel geen absolute rechtszekerheid vereist. Uitgaan van absolute beginselen zou immers leiden tot de paradox dat bij elke afzwakking het wettigheidsbeginsel zelf onwettig en het rechtszekerheidsbeginsel zelf onzeker wordt. Daarbij komt nog dat rechtsbeginselen uit hun aard zelf relatief zijn, aangezien zij ontstaan uit en derhalve evolueren met de maatschappelijke opvattingen.

²²²⁷ Cass. 12 maart 1942, *Arr.Verbr.* 1942, 23, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT, *RJDA* 1946, 22, noot P. DE VISSCHER, *RA* 1942, 331, noot R. OCKRENT, *TBP* 1946, 74, noot F.E. DE VISSCHERE.

²²²⁸ Het is een retorische vraag waarmee hij overigens zijn vuistdikke standaardwerk afsluit, P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 1280.

²²²⁹ Bv. de toekenning van een pensioen, zie Cass. 21 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, II, 1045, *Pas.* 1988, I, 983, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN, *RCJB* 1990, 435, noot P. QUERTAINMONT.

²²³⁰ P. LEWALLE, “Légalité, sécurité, stabilité en droit administratif. Un équilibre introuvable ?”, in *Liber Amicorum Y. Hannequart et R. Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, 239.

674. Er is nog een andere schijnbare paradox die een stabiele oplossing in de weg staat. In zijn conclusies heeft huidig procureur-generaal bij het Hof van Cassatie Leclercq meermaals eraan herinnerd dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met name het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel omvatten,²²³¹ maar dat het geven van voorrang aan de beginselen van behoorlijk bestuur door er een al te ruime draagwijdte aan te geven, gelijkstaat met de negatie van het wettigheidsbeginsel. Anders dan de beginselen van behoorlijk bestuur, zo luidt zijn betoog, is het wettigheidsbeginsel rechtstreeks gegrond op een grondwettekst, namelijk artikel 159 van de Grondwet. Dus is het uitgesloten dat de rechter een algemeen rechtsbeginsel laat voorgaan boven een ander dat berust op een schriftelijke tekst van een hogere rang.²²³² “Ongetwijfeld kan een dergelijke opvatting, ook al is ze in rechte juist, onaangename gevolgen hebben vanuit het oogpunt van de billijkheid”, zo voegt hij eraan toe maar hij verzacht vervolgens die onaangename gevolgen met verwijzing naar de woorden van Ergéc volgens welke:

“En tout état de cause, l’administré qui se heurte au principe de légalité peut toujours essayer de le contourner en se fondant sur le droit commun de la responsabilité civile (car) en règle, toute illégalité commise par l’administration constitue une faute au sens de l’article 1382 du Code civil”.²²³³

Nog los van dat laatste punt (zie daarover *supra* nrs. 581-587), kan de voormelde redenering als twee opeenvolgende syllogismen worden ontleed (waarbij de conclusie van het eerste syllogisme tevens de maior vormt van het tweede):

Maior 1: de beginselen van behoorlijk bestuur zijn ondergeschikt aan de grondwetsbepalingen;
Minor 1: het wettigheidsbeginsel is neergelegd in een grondwetsbepaling;
Concl. 1: de beginselen van behoorlijk bestuur zijn ondergeschikt aan het wettigheidsbeginsel.

Maior 2: de beginselen van behoorlijk bestuur zijn ondergeschikt aan het wettigheidsbeginsel;
Minor 2: het rechtszekerheidsbeginsel is een beginsel van behoorlijk bestuur;
Concl. 2: het rechtszekerheidsbeginsel is ondergeschikt aan het wettigheidsbeginsel.

Het is niet de bedoeling die redenering te weerleggen. Integendeel, zij blijft nog steeds overeind. Alleen kan zij niet (langer) in alle omstandigheden worden ingezet. In het tweede hoofdstuk is immers gebleken dat minor 2 niet altijd opgaat. Het rechtszekerheidsbeginsel is niet alleen een beginsel van behoorlijk bestuur, maar (hoe langer hoe meer) ook een beginsel van behoorlijke regelgeving, dat tot de fundamentele rechtsbeginselen moet worden gerekend. Het tweede syllogisme kan vanuit die vaststelling als volgt worden herschreven:

Maior: de beginselen van behoorlijke regelgeving zijn nevensgeschikt aan het wettigheidsbeginsel;

²²³¹ Bv. J.-F. LECLERCQ, concl. voor Cass. 14 maart 1994, S.93.0097.F, *Pas.* 1994, nr. 119, randnr. 6.

²²³² J.-F. LECLERCQ, concl. voor Cass. 6 november 2000, F.99.0108.F, *Arr.Cass.* 2000, 1717, nr. 598.

²²³³ *Ibid.*, met verwijzing naar R. ERGEC, “Le principe de légalité à l’épreuve des principes de bonne administration”, noot onder Cass. 4 september 1995, *RCJB* 1998, 25.

Minor: het rechtszekerheidsbeginsel is een beginsel van behoorlijke regelgeving;
Concl.: het rechtszekerheidsbeginsel is nevensgeschikt aan het wettigheidsbeginsel.

Die omschakeling in de redenering betekent niet dat het uiteindelijke gevolg van de conclusie, namelijk dat de rechter het rechtszekerheidsbeginsel niet mag laten voorgaan op het wettigheidsbeginsel, zou komen te vervallen. Ook die conclusie blijft overeind, maar wel om een andere reden. Het komt de rechter immers niet toe de wet aan de Grondwet te toetsen. Het komt enkel het Grondwettelijk Hof toe na te gaan of de wetgever – of liever: een wetgever²²³⁴ – een redelijke – of liever: geen kennelijk onredelijke – afweging heeft gemaakt tussen, aan de ene kant, het wettigheidsbeginsel en, aan de andere kant, het rechtszekerheidsbeginsel.²²³⁵

675. Vanuit rechtstheoretisch oogpunt kan de voormelde omschakeling in de redenering worden beschouwd als de omslag naar een nieuw paradigma. Met paradigma wordt een denkkader bedoeld, een constellatie van overtuigingen, waarden en technieken die de leden van een bepaalde wetenschappelijke gemeenschap als maatgevend beschouwen en die in één onontwarbaar geheel wordt overgeleverd en doorgegeven.²²³⁶ Een paradigma heeft een groot probleem-oplossend (“puzzel-oplossend”) vermogen en wordt gekenmerkt door “energieke en toegewijde pogingen om de natuur te dwingen zich te laten inkapselen in de begripsdozen die door de beroepsopleiding worden verschaft”.²²³⁷

Een paradigma legt de algemene lijnen van de puzzel vast. Een heersend paradigma stoot evenwel op zijn grenzen wanneer de voortdurende pogingen om een abnormaal verschijnsel (anomalie) te normaliseren geen succes kennen. Dan is de tijd rijp voor een alternatief of nieuw paradigma.

De anomalie is in het voorliggende geval de onbepaalde toepassing in de tijd van artikel 159 van de Grondwet, die niet langer in de bestaande rechtstaattheorie is in te passen en die het pad effent voor de omslag naar een alternatief of nieuw paradigma, waarin de eeuwigdurende onderwerping aan het wettigheidsbeginsel wordt ingeruild voor een evenwicht tussen het wettigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

De werking van artikel 159 van de Grondwet wordt in ons rechtssysteem reeds op verschillende vlakken begrensd, bijvoorbeeld door het instellen van verjaringsbepalingen, zoals uiteengezet in hoofdstuk XI, en door de mogelijkheid om de gevolgen van een vernietiging te handhaven (*supra* nr. 561). Het vertrouwensbeginsel werkt in zekere zin ook zoals de verjaring. De verjaring van, bijvoorbeeld, de invordering van een belasting, heeft geen invloed op het bestaan van de

²²³⁴ Met andere woorden ook de decreetgever en de ordonnantiegever (*supra* nr. 216) in de aangelegenheden waarvoor zij bevoegd zijn en desgevallend gebruikmakend van de impliciete bevoegdheden (*supra* nr. 457).

²²³⁵ Abstractie gemaakt van de mogelijkheid voor de gewone rechter om zelf een wet te toetsen aan die beginselen in zoverre die ook uit internationaalrechtelijke bepalingen (met directe werking) kunnen worden afgeleid (*supra* nr. 286).

²²³⁶ Zie L.J. WINTGENS, “Rationeel recht. Een rechtsfilosofisch en rechtstheoretisch essay over wetgevingstheorie”, *TPR* 1992, 704.

²²³⁷ Th. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962, zoals verwoord door A. VAN DE PUTTE, *Logica en wetenschapsleer*, Leuven, Acco, 1982, 137.

gevestigde aanslag, laat staan op de wettigheid daarvan, alleen kan de belasting niet meer worden ingevorderd.²²³⁸ Op dezelfde manier maakt het vertrouwensbeginsel een wettige belasting niet onwettig, maar verhindert zij enkel dat die belasting kan worden ingevorderd.

676. Het heeft er alle schijn van, zoals vooral uit het tweede hoofdstuk kan worden afgeleid, dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het Hof van Justitie, het Grondwettelijk Hof en de Raad van State de omslag reeds hebben gemaakt, maar dat het Hof van Cassatie aarzelt.

In het tweede hoofdstuk kwam een aantal arresten aan bod waarin het Hof van Cassatie terdege rekening houdt met de rechtszekerheid (*supra* nr. 132) en ook de later besproken arresten van 10 september 1981 en 3 december 1985 (*supra* nr. 571) en van 23 juni 2008 en 12 november 2009 (*supra* nr. 639) geven blijk van dezelfde bekommernis. Sommige arresten laten zelfs een (kleine) opening voor de *contra legem* werking van het rechtszekerheidsbeginsel. Uit een arrest van 2 april 2009 blijkt met name dat de toepassing van de algemene beginselen van het recht op rechtszekerheid en van de eerbiediging van het gewettigd vertrouwen “in de regel” een afwijking van de wet niet kan verantwoorden.²²³⁹

Zoals zijn procureur-generaal (*supra* nr. 674) heeft ook het Hof van Cassatie daarnaast gewezen op de mogelijkheid van een aansprakelijkheidsvordering om het leed van een late vaststelling van onwettigheid te verzachten (*supra* nrs. 132 en 626), al is dat in de rechtsleer – niet geheel onterecht²²⁴⁰ – een “*détour compliqué*” genoemd, voor een oplossing die ook kan worden bereikt “*via une motivation plus simple et tout aussi sinon plus respectueuse des principes*”.²²⁴¹

Geen enkel van de voormelde arresten had evenwel rechtstreeks betrekking op artikel 159 van de Grondwet. Dat is wel het geval in een arrest van 1 maart 2010, waarin misschien wel de weg wordt bereid voor een meer coherente rechtspraak die, ook wat de toepassing van de exceptie van onwettigheid betreft, (opnieuw) rekening gaat houden met het rechtszekerheidsbeginsel.

677. In het arrest van 1 maart 2010 wordt weliswaar bevestigd dat het recht op rechtszekerheid door de burger niet kan worden ingeroepen indien dat beginsel leidt tot een beleid dat tegen de wettelijke bepalingen ingaat (*supra* nr. 129, zonder vermelding zelfs dat dit “in de regel” het geval is, *supra* nr. 676), maar vervolgens wordt daarin gezegd dat wanneer het bestuur de onwettigheid opwerpt van een besluit waarop de rechtzoekende steunt tot staving van de door hem ingeroepen rechtszekerheid, de rechter moet nagaan in welke mate dit besluit redelijke verwachtingen heeft gecreëerd. Hij moet de wettigheid van het betrokken besluit in zijn beoordeling betrekken en hij mag niet oordelen “zonder enig onderzoek naar de wettigheid van

²²³⁸ V. DAUGINET en B. AMEYE, “Rechtszekerheid, vertrouwensbeginsel en goede trouw. Europeesrechtelijke doorwerking in de Belgische rechtsorde”, *AFT* 2009, 26.

²²³⁹ Cass. 2 april 2009, C.08.0343.F. Zie ook het hoger reeds vermelde Cass. 18 december 2009, F.08.0056.F (*supra* nr. 130).

²²⁴⁰ Want het pad is bezaaid met valkuilen, *supra* nrs. 579-609.

²²⁴¹ D. LAGASSE, “De l’antinomie entre les principes de la légalité et de la sécurité juridique”, noot onder Rb. Brussel 18 september 1987, *JT* 1988, 480.

de toegekende regularisatie, dat de exceptie van onwettigheid van de regularisatievergunning moet wijken voor de rechtszekerheid die in de hiërarchie van de normen op gelijke voet staat als de wettigheid van de norm”.²²⁴²

Die laatste overweging zou nog kunnen worden gelezen als een loutere verwijzing naar de mening van de appelrechters in de voorliggende zaak, maar het standpunt van de advocaat-generaal is niet mis te verstaan. Zij is in de eerste plaats van oordeel dat de rechtszekerheid, als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, “in de regel” niet *contra legem* kan gelden, waarna zij vervolgt:

“Toch heeft het legaliteitsbeginsel niet zonder meer voorrang op het rechtszekerheidsbeginsel. Ook het legaliteitsbeginsel heeft een relatieve waarde en moet worden afgewogen tegen de toepassing van andere beginselen. Het gegeven dat het Grondwettelijk verankerd is toont het grote belang van dit beginsel aan maar doet geen afbreuk aan het relatief karakter ervan.

(...)

Het relatief karakter van het legaliteitsbeginsel impliceert evenwel dat een afweging dient te gebeuren ten aanzien van andere beginselen waarvan de toepassing zich opdringt.

Wanneer de overheid de onwettigheid van een besluit opwerpt en de begunstigde van dit besluit de rechtszekerheid aanvoert om de toepassing van dit besluit af te dwingen, is het de taak van de rechter om na te gaan of het besluit al dan niet onwettig is en in bevestigend geval na te gaan in welke mate de rechtszekerheid enige invloed kan uitoefenen zodat aan het besluit toch nog enig gevolg kan gehecht worden.

Hierbij is het [van] belang na te gaan of de overheid bij het uitvoeren van het besluit al dan niet zelf een fout heeft begaan, dan wel bij de begunstigde gerechtvaardigde verwachtingen heeft verwekt. En dat hebben de appelrechters niet gedaan. Zonder de wettigheid van de aangevoerde regularisatievergunning te onderzoeken, noch enige afweging te maken schuiven zij het legaliteitsbeginsel terzijde en maken zij dit ondergeschikt aan het rechtszekerheidsbeginsel.

Het eerste onderdeel is bijgevolg gegrond.”²²⁴³

De *error in iudicando* van de appelrechters ligt met andere woorden niet in het laten voorgaan van het rechtszekerheidsbeginsel op het wettigheidsbeginsel, maar in het zonder (overtuigende) motivering laten voorgaan van het rechtszekerheidsbeginsel op het wettigheidsbeginsel. Indien dit standpunt zich doorzet, ligt de weg breed open voor een meer evenwichtige toepassing van de exceptie van onwettigheid.²²⁴⁴

678. In de loop van het onderzoek, waarvan dit proefschrift de neerslag vormt, is (steeds sterker) de overtuiging gegroeid dat een even eenvoudige als beginselvaste oplossing voor de

²²⁴² Cass. 1 maart 2010, C.09.0390.N, *TMR* 2010, 486, noot P. LEFRANC.

²²⁴³ R. MORTIER, concl. voor Cass. 1 maart 2010, C.09.0390.N, met verwijzing overigens naar de arresten van 10 september 1981 en 3 december 1985 (*supra* nr. 676).

²²⁴⁴ *Contra* P. LEFRANC, “De exceptie van onwettigheid van de regularisatievergunning dringt zich ook aan de beslagrechter op”, noot onder Cass. 1 maart 2010, *TMR* 2010, 487-489, die van oordeel is dat het openbaar ministerie ten onrechte van het “relatief karakter van het legaliteitsbeginsel gewaagt”.

besproken tegenstelling tussen wettigheid en rechtszekerheid kan worden gevonden in de theorie van de formele rechtskracht. In die (in de Nederlandse rechtspraak ontwikkelde) theorie ligt naar mijn overtuiging de sleutel voor een meer evenwichtige toepassing van de exceptie van onwettigheid.

In een arrest van 8 juli 1969 heeft de (Belgische) Raad van State als volgt geoordeeld over de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring:

“Overwegende dat een individuele beschikking normalerwijze uit zichzelf volledig de door die beschikking direct nagestreefde rechtsgevolgen realiseert en daardoor ook de beoogde, concrete, individuele rechtsverhoudingen vestigt waarop de betrokkenen als op vaste gegevens in hun rechtssituatie en dus in hun levenssituatie moeten kunnen rekenen; dat het dan ook in algemene regel onverenigbaar wordt geacht met die evenvermelde behoefte aan rechtszekerheid dat die rechtsverhoudingen zouden kunnen worden aangetast zonder beperking in de tijd, al weze het zelfs dat die aantasting moet strekken tot het herstel van de wettigheid; dat om die reden de *formele onaantastbaarheid* van de individuele beschikkingen die volgt uit het verloop van de termijn van 60 dagen binnen welke een annulatieberoep bij de Raad van State moet worden ingesteld, geacht wordt ook de onaantastbaarheid van de materiële rechtskracht van die beschikkingen tot gevolg te hebben – althans in het kader van dat annulatieberoep voor de Raad van State –, wat betekent dat de voorrang die wordt gegeven aan de eisen van de rechtszekerheid, de weg verspert aan de rechtmatigheidsstoetsing van een individuele beschikking zelfs bij wijze van exceptie, van het ogenblik dat die exceptie van onrechtmatigheid wordt aangevoerd nadat de individuele beslissing door het verloop van de beroepstermijn *formeel onaantastbaar* geworden is”.²²⁴⁵

In de (door mij) gecursiveerde bewoordingen klinkt een echo van wat in Nederland de “formele rechtskracht” wordt genoemd (*supra* nr. 181).²²⁴⁶

De essentie van de formele rechtskracht is dat de gewone rechter, zonder dat hij zich onbevoegd verklaart,²²⁴⁷ in werkelijkheid terugtreedt (door de vordering desgevallend onontvankelijk te verklaren), niet alleen wanneer de bestuursrechter zich reeds over de wettigheid van een bestuurshandeling heeft uitgesproken (hetgeen door het gezag van gewijsde kan worden opgevangen, *supra* nrs. 661-672), maar ook wanneer de bestuursrechter zich over de wettigheid van de bestuurshandeling had kunnen uitspreken maar die handeling hem niet (tijdig) werd voorgelegd.

²²⁴⁵ RvS 8 juli 1969, nr. 13.669, vzw Verbond van het Vlaams Overheidspersoneel.

²²⁴⁶ Begrip dat op zijn beurt verwantschap vertoont met het Franse (*autorité of force de*) “*chose décidée*”, zie daarover C. BEDORET, “L’*autorité de chose décidée* en droit de la sécurité sociale ou quand la montagne accouche d’une souris...”, *TSR* 2010, 109: “Concept de droit administratif, dont les développements majeurs proviennent d’outre-Quévrain, l’*autorité de chose décidée* tend à exprimer la force de ce qui est décidé par une administration, par référence à l’*autorité de chose jugée* qui désigne la force de ce qui est jugé par une juridiction”. *Ibid.*, 127: “Une fois qu’une décision n’est plus passible de recours, elle passe en quelque sorte en force de chose décidée, par référence aux décisions judiciaires passées en force de chose jugée, et acquiert une *autorité de chose décidée* qui est décuplée”.

²²⁴⁷ Waardoor het bezwaar van ongrondwettigheid van die rechtspraak, in het licht van artikel 112 van de Nederlandse Grondwet (vergelijkbaar met artikel 144 van de Belgische Grondwet, *supra* nrs. 177-178 en *infra* nr. 681) wordt weggenomen.

Na het verstrijken van de beroepstermijn, zou de exceptie van onwettigheid niet meer mogen worden toegepast ten aanzien van rechtsverlenende individuele bestuurshandelingen, op voorwaarde althans dat de partij die om die toepassing verzoekt de betrokken bestuurshandeling “zonder enige twijfel” had kunnen aanvechten (*supra* nr. 574).²²⁴⁸ Op die manier zou een meer evenwichtige oplossing tot stand kunnen komen die vanuit het oogpunt van een coherente rechtsbescherming en vanuit proceseconomisch oogpunt wenselijk zou zijn.

De Van Gog/Nederweert-argumenten die de Nederlandse jurisprudentie voor die doelmatige oplossing aanhaalt, kunnen evengoed door de Belgische rechter worden aangewend. Ter herinnering: het terugtreden van de burgerlijke rechter vermijdt (1) dat de partijen opnieuw moeten strijden over een punt dat reeds door een andere rechter is beslist, (2) dat de burgerlijke rechter tot een ander oordeel zou komen dan zijn administratieve ambtsgenoot en (3) dat de burgerlijke rechter zich moet inlaten met vragen die typisch tot het terrein van de administratieve rechter behoren (*supra* nr. 182).²²⁴⁹

Dezelfde argumenten (op zijn minst de eerste twee) zijn reeds terug te vinden bij Vanwelkenhuyzen, in zijn noot onder een cassatiearrest van 7 november 1975 (en overigens ook in het laatste jaarverslag van het Hof van Cassatie, *supra* nr. 664):

“Après tout, le principe général de droit sur lequel est fondé l’autorité de la chose jugée en matière administrative, prescrit seulement que le même procès ne soit pas indéfiniment recommencé et que la même situation juridique ne puisse faire l’objet de décisions contradictoires.”²²⁵⁰

§ 4. Naar een meer coherente rechtsbescherming

679. De laatste vraag is waar dat nieuwe evenwicht moet worden gevonden. De wetgever heeft de beroepstermijn bij de Raad van State met opzet kort gehouden om aan de verzuchting van rechtszekerheid tegemoet te komen, zowel in hoofde van het bestuur, dat niet gedurende onbepaalde tijd mag worden geïmmobiliseerd,²²⁵¹ als in hoofde van de bestemming van de akte, die evenmin gedurende onbepaalde tijd in het ongewisse wenst te worden gelaten wat zijn rechtspositie betreft. De beroepstermijn houdt, volgens de Raad van State zelf, een compromis in “entre les impératifs de légalité et de sécurité juridique”.²²⁵²

²²⁴⁸ Zie ook reeds P. VERMEULEN, “De inroeping van de onrechtmatigheid van administratieve beschikking als grondslag van een vordering tot nietigverklaring van een latere beschikking”, *TBP* 1957, 92: “het is nogal vanzelfsprekend dat waar geen aktierecht bestaan heeft, de afwezigheid van het recht om een onrechtmatigheid bij wijze van exceptie in te roepen moeilijk kan afgeleid worden uit een verval van het recht op de actie tot nietigverklaring, vermits van een verval geen sprake kan zijn”.

²²⁴⁹ De eerste twee argumenten gelden weliswaar slechts in de hypothese waarin de bestuursrechter zich reeds over de wettigheid van de bestuurshandeling heeft uitgesproken.

²²⁵⁰ A. VANWELKENHUYZEN, “L’autorité de chose jugée des arrêts du Conseil d’Etat en matière de responsabilité de la puissance publique”, noot onder Cass. 7 november 1975, *RCJB* 1977, 442.

²²⁵¹ Zie bv. RvS 4 november 1980, nr. 20.686, Eeckman en Valcke: de voorschriften inzake de beroepstermijn zijn van openbare orde “omdat efficiënt bestuur een openbaar belang is, en efficiënt bestuur onbestaanbaar is met de mogelijkheid om zonder beperking in de tijd de gelding van bestuurshandelingen te betwisten”.

²²⁵² RvS 21 september 2005, nr. 149.216, Detry.

De wetgever heeft zijn oorspronkelijke bekommernis op dat punt opnieuw tot uitdrukking gebracht ter gelegenheid van de wijziging, bij wet van 15 september 2006,²²⁵³ van artikel 19, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Dat tweede lid bepaalt dat de termijn zestig dagen om een annulatieberoep in te stellen slechts een aanvang neemt op voorwaarde dat de betekening door de administratieve overheid van de akte of van de beslissing met individuele strekking het bestaan van dat beroep (alsmede de in acht te nemen vormvoorschriften en termijnen) vermeldt. De consequente toepassing van die bepaling door de Raad van State, namelijk ook wanneer vaststond dat de verzoeker voldoende kennis had van de beroepsmogelijkheid,²²⁵⁴ noopte de wetgever tot een aanvulling van het voormelde tweede lid. Teneinde “de rechtszekerheid, die vereist dat elke individuele akte op een bepaald ogenblik definitief wordt, te verzoenen met de terechte eis van de rechtsbescherming” tegenover een “individuele, griefhoudende akte”²²⁵⁵ werd de volgende zin toegevoegd:

“Indien aan die verplichting niet wordt voldaan dan nemen de verjaringstermijnen een aanvang vier maanden nadat de betrokkene in kennis werd gesteld van de akte of van de beslissing met individuele strekking.”²²⁵⁶

680. In de rechtsleer werd eveneens, indien men de beroepstermijn van zestig dagen om een annulatieberoep bij de Raad van State in te stellen te kort zou vinden om als uitgangspunt te nemen voor de toepassing in de tijd van artikel 159 van de Grondwet – immers “le souci de légalité est alors sacrifié à celui de la stabilité des situations”²²⁵⁷ –, een termijn van vier maanden gesuggereerd, in navolging van de Franse Conseil d’Etat die (op jurisprudentiële wijze) de intrekking van onwettige bestuurshandelingen gedurende vier maanden toestaat.²²⁵⁸

681. Eveneens naar het Franse (en tevens Europese) voorbeeld,²²⁵⁹ kan worden toegestaan dat, na het verstrijken van de beroepstermijn, de exceptie van onwettigheid ten aanzien van een (niet-pecuniaire)²²⁶⁰ individuele rechtshandeling nog wordt aangevoerd ter ondersteuning van een vordering tot vergoeding van de schade die zij heeft veroorzaakt (*supra* nrs. 173 en 662), tenzij die in werkelijkheid strekt tot intrekking van een definitief geworden handeling en, indien zij werd toegewezen, tot gevolg zou hebben dat de rechtsgevolgen van die handeling teniet worden

²²⁵³ Wet van 15 september 2006 tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, *BS* 6 oktober 2006.

²²⁵⁴ Zie RvS 19 juli 2004, nr. 134.024, Lecocq, *RABG* 2005, 448, noot F. VANDENDRIESSCHE, *RW* 2005-06, 146, noot R. HOUBEN.

²²⁵⁵ *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2479/001, 33. Er wordt nog aan toegevoegd dat de termijn van vier maanden niet onbekend is in de administratieve procedure voor de Raad van State, met name in artikel 14, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (*supra* nr. 327).

²²⁵⁶ Zie daarover GwH 23 juni 2010, nr. 71/2010, B.3.1-B.5.

²²⁵⁷ D. LAGASSE, “De l’antinomie entre les principes de la légalité et de la sécurité juridique”, noot onder Rb. Brussel 18 september 1987, *JT* 1988, 481.

²²⁵⁸ B. CAMBIER en D. RENDERS, “La théorie du retrait d’acte à la croisée des chemins”, in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 121-122, met verwijzing naar het arrest *Ternon* van 26 oktober 2001 van de Franse Raad van State. Zie over dat arrest ook M. NIHOUL, “À propos du fondement de la théorie du retrait des actes administratifs et du délai de retrait”, noot onder RvS 19 mei 2009, nr. 193.418, Goslar, *CDPK* 2009, 290: “L’arrêt découple en effet le retrait et le délai de recours contentieux”.

²²⁵⁹ Op hetzelfde punt is ook in Nederland enige discussie waar te nemen in de rechtsleer (*supra* nr. 185).

²²⁶⁰ Zie (wat Frankrijk betreft), R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Parijs, Montchrestien, 2006, 448: “sauf pour les mesures à objet purement pécuniaire”. Zie (wat het Europese recht betreft) *supra* vn. 1961.

gedaan (*supra* nr. 574). De Raad van State verwerpt overigens het annulatieberoep (wegens gebrek aan belang) wanneer dat louter ertoe strekt een vordering tot schadevergoeding voor de gewone rechter te vergemakkelijken (*supra* nr. 601).

De “*détour compliqué*” van de aansprakelijkheidsvordering (*supra* nr. 676) zou met andere woorden nog steeds worden toegestaan, maar nu in de andere richting: niet langer als ventiel voor de druk van het wettigheidsbeginsel (de ongelimiteerde toepassing van artikel 159 van de Grondwet) maar voortaan als ventiel voor de druk van het rechtszekerheidsbeginsel (de krappe beroepstermijn bij de Raad van State), al kan ook die uitweg weer (gedeeltelijk) worden afgesloten doordat het oorzakelijk verband tussen fout en schade door het niet (tijdig) gebruikmaken van een beschikbare beroepsmogelijkheid door de rechter doorbroken kan worden geacht (*supra* nr. 635).

Het toestaan van de aansprakelijkheidsvordering heeft niet alleen als (praktisch) voordeel dat de langere beroepstermijn voor dergelijke vorderingen speelt (*supra* nr. 611), terwijl toch op een bepaald ogenblik de rechtszekerheid volkomen prevaleert op de wettigheid; het is ook op grondwettelijk vlak meer verdedigbaar, omdat geen afbreuk wordt gedaan aan artikel 144 van de Grondwet. Door te bepalen dat geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren, verleent die grondwetsbepaling immers aan eenieder een waarborg waarop geen (willekeurige) uitzonderingen zijn toegestaan.²²⁶¹

682. De bestuurshandelingen met algemene draagwijdte (reglementen dus) vallen buiten de voorgestelde regeling (*supra* nr. 665),²²⁶² zodat de wettigheid ervan nog steeds te allen tijde incidenteel voor de rechter kan worden betwist. Ten behoeve van de rechtszekerheid kan evenwel worden voorgesteld een nieuwe beroepstermijn bij de Raad van State open te stellen wanneer het Hof van Cassatie (of zelfs om het even welke rechter) een bestuurshandeling onwettig heeft verklaard,²²⁶³ naar het voorbeeld van de mogelijkheid om een wetgevende norm nietig te laten verklaren nadat het Grondwettelijk Hof in een prejudicieel arrest die norm ongrondwettig heeft verklaard. Op die manier ontstaat niet alleen de mogelijkheid om de aangetaste norm uit het rechtssysteem te laten verdwijnen,²²⁶⁴ maar krijgt de Raad van State ook de mogelijkheid om eventueel bepaalde gevolgen van de vernietigde norm te handhaven, een techniek waar zeker het Grondwettelijk Hof royaal gebruik van maakt ten behoeve van de rechtszekerheid (*supra* nr. 561).

²²⁶¹ Zie bv. GwH 18 maart 1997, nr. 14/97, B.3; GwH 30 oktober 2001, nr. 133/2001, B.4.2; GwH 26 november 2009, nr. 188/2009, B.4.

²²⁶² Hoewel sommige argumenten (*supra* nr. 678) ook kunnen gelden ten aanzien van reglementen (*supra* nr. 186).

²²⁶³ In dezelfde zin M. NIHOUL, “L’*autorité de la chose jugée de la déclaration d’illégalité incidente*”, in *L’article 159 de la Constitution*, 299.

²²⁶⁴ Het Spaanse recht gaat nog een stap verder. Het kent slechts een relatief gezag van gewijsde toe aan rechterlijke uitspraken die een onwettig reglement buiten toepassing laten, maar het verplicht de rechter zelf om de zaak vervolgens aanhangig te maken bij de administratieve rechter (*cuestión de ilegalidad*), die het reglement vervolgens definitief en *erga omnes* kan vernietigen, zie M. FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Parijs, Presses universitaires de France, 2006, 283.

683. Wanneer, ten slotte, moet worden aangenomen dat de gewone hoven en rechtbanken, in bepaalde omstandigheden (met name in spoedeisende gevallen, inzonderheid in strafzaken), de uitspraak van de administratieve rechter niet kunnen afwachten, dan mag worden toegestaan dat zij bij wijze van uitzondering zelf de wettigheid van de in het geding zijnde bestuurshandeling beoordelen.

In die gevallen moet men echter rekening houden met de hypothese dat de strafrechter een beklagde veroordeelt, terwijl de Raad van State achteraf bijvoorbeeld de in de milieuvergunningvoorwaarde als strafwaardig omschreven gedraging onwettig bevindt of het middel verwerpt dat is gesteund op de onwettigheid die door de strafrechter werd weerhouden om een regularisatievergunning buiten toepassing te laten en vervolgens de beklagde te veroordelen wegens niet-naleven van de vergunningsplicht (*supra* nr. 199).²²⁶⁵ Voor die hypothese moet in de mogelijkheid worden voorzien, zoals reeds het geval is na een vernietiging van een wetgevende norm door het Grondwettelijk Hof,²²⁶⁶ dat de (definitieve) strafrechtelijke veroordeling kan worden ingetrokken.

Tevens mag bij wijze van uitzondering worden toegestaan dat de strafrechter alsnog een onwettige bestuurshandeling die niet (tijdig) bij de Raad van State was aangevochten buiten toepassing laat in de hypothese dat daardoor de strafvervolgning zou komen te vervallen. Ook in andere rechtsstelsels, meer bepaald in Frankrijk en in Nederland, lijkt de strafrechter immers een grotere armslag te krijgen bij de toepassing van de exceptie van onwettigheid (*supra* nrs. 168, 182 en 193).

²²⁶⁵ Hetgeen volgens sommige auteurs verantwoordt (of zelfs ertoe noopt) dat de strafrechter het oordeel van de bestuursrechter afwacht. Zie A. LUST en S. LUST, "De administratieve verankering van het milieumisdrijf", in A. DE NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieustraf- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Gent, Larcier, 2005, 540 en 548, die zich afvragen of de rechtsstaat verdraagt "dat de strafrechter vandaag straft terwijl morgen de Raad van State wellicht de aangevochten voorwaarde of het aangevochten reglement *ex tunc* zal vernietigen, met als gevolg dat op onomkeerbare wijze onwettig werd gestraft" en of "in bepaalde omstandigheden de strafrechter zijn beslissing zelfs niet moet uitstellen tot na afloop van de administratieve procedures". Indien het interne recht hem daartoe niet dwingt, dan minstens in bepaalde gevallen het verdragsrecht. Witmeur van zijn kant maakt de parallel met de regel volgens welke "le criminel tient le civil en état". Het Hof van Cassatie heeft op dat punt verduidelijkt "dat de regel van openbare orde, vastgelegd in artikel 4 van de wet van 17 april 1878 krachtens welke de burgerlijke rechtsvordering die niet terzelfder tijd en voor dezelfde rechters als de strafvordering wordt vervolgd, geschorst is zolang niet definitief beslist is over de strafvordering, hierdoor verantwoord is dat het strafvonnis, ten overstaan van de afzonderlijk ingestelde burgerlijke rechtsvordering, gezag van gewijsde heeft aangaande de punten die aan de strafvordering en aan de burgerlijke rechtsvordering gemeen zijn" (Cass. 23 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 710). Welnu, een vernietigingsarrest van de Raad van State heeft voor de gewone rechter eveneens gezag van gewijsde ten aanzien van de punten die aan beide procedures gemeen zijn. Witmeur erkent wel dat de opschorting slechts gedurende een "redelijke termijn" kan plaatsvinden. "Ce faisant, le juge ne refuse pas d'accomplir la mission qui est la sienne mais exige, au contraire, de pouvoir l'exercer dans les meilleures conditions afin de garantir la cohérence de l'administration de la justice et de sauvegarder les droits des parties en cause", R. WITMEUR, "Existe-t-il pour le juge judiciaire une obligation ou un devoir de surséance à statuer s'il doit contrôler un acte administratif qui est déféré à la censure du Conseil d'Etat", *P&B* 1997, 61-63.

²²⁶⁶ Zie artikel 10 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof (*supra* vn. 1552).

Afdeling 3 – Samenvatting in twaalf stellingen

684. Hetgeen voorafgaat is een relaas van de (talrijke) interpretaties in de rechtspraak en de (nog talrijker) opinies in de rechtsleer omtrent de exceptie van onwettigheid, waarvan de (veel te) talrijke voetnoten het resultaat zijn. Maar dit proefschrift is meer dan dat. Het bevat tevens een vertoog, met eigen standpunten, waarvan de belangrijkste in de volgende twaalf stelregels kunnen worden samengevat (die niet noodzakelijk met de twaalf hoofdstukken samenvallen):

1) Artikel 159 van de Grondwet is niet meer dan de uitdrukking van een algemeen rechtsbeginsel. Doordat de rechtspraak dat uitgangspunt op een bepaald moment uit het oog is verloren, heeft zich het dogma van het ongelimiteerde wettigheidstoezicht kunnen ontwikkelen, waardoor artikel 159 van de Grondwet als de erfzonde van de rechtsbescherming tegen de overheid kan worden beschouwd.

2) Het (in de tijd) ongelimiteerde wettigheidstoezicht, dat door het Hof van Cassatie wordt vooropgesteld, is een anomalie in de rechtsbescherming tegen de overheid, niet alleen in het licht van de rechtspraak van de andere hoogste rechtscolleges (Grondwettelijk Hof, Raad van State, Hof van Justitie, Europees Hof voor de Rechten van de Mens), maar hoe langer hoe meer ook in het licht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie zelf.

3) Artikel 159 van de Grondwet is weliswaar de uitdrukking van het (toezicht op het) wettigheidsbeginsel, maar uit dat beginsel en uit de doelstelling van rechtsbescherming die eraan ten grondslag ligt, vloeien andere fundamentele rechtsbeginselen voort, waarmee op gelijke voet rekening moet worden gehouden. Een nieuw paradigma vereist daarom een nieuw evenwicht tussen het wettigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

4) Het wettigheidstoezicht beoogt de burger de waarborg te bieden dat het bestuur de wetten naleeft. In een rechtsstaat, gebaseerd op het beginsel van de scheiding der machten, kan dat toezicht enkel door een rechter worden uitgeoefend. Slechts onder strikte voorwaarden kan worden toegestaan dat het bestuur zelf een bestuurshandeling buiten toepassing laat. Niets belet evenwel dat het bestuur een (zelf begane) onwettigheid voor de rechter aanvoert.

5) De doelstelling van rechtsbescherming die aan artikel 159 van de Grondwet ten grondslag ligt, gebiedt dat geen enkele bestuurshandeling aan het wettigheidstoezicht ontsnapt. Ook de zogenaamde regeringsdaden en de bestuurshandelingen van (organen van) de wetgevende en de rechterlijke macht kunnen derhalve incidenteel buiten toepassing worden gelaten, zij het dat het rechterlijk toezicht in bepaalde gevallen slechts marginaal zal (kunnen) zijn.

6) Artikel 159 van de Grondwet biedt de rechtzoekende geen autonoom vorderingsrecht. Het is en blijft niet meer dan een instrument dat bij wege van incident kan worden opgeworpen in het kader van een geschil dat op grond van een andere bepaling aanhangig is gemaakt. De exceptie van onwettigheid mag dan geen rechtsmiddel zijn, zij is evenmin een louter procesrechtelijke exceptie: de toepassing ervan beïnvloedt doorgaans de grond van het geschil.

7) Door het instrumentele of accessoire karakter van artikel 159 van de Grondwet, is de toepassing ervan afhankelijk van (het bestaan van) hogere rechtsnormen. De exceptie van onwettigheid moet ambtshalve plaatsvinden en in elke stand van het geding kunnen worden opgeworpen wanneer die hogere rechtsnormen de openbare orde raken. Ook het Hof van Cassatie zou in dat geval tot de ambtshalve wettigheidstoetsing moeten overgaan.

8) Het wettigheidstoezicht slaat op de naleving door het bestuur van alle hogere rechtsnormen, met inbegrip van de verdragsbepalingen. Aangezien de toetsing van een bestuurshandeling door de gewone hoven en rechtbanken in wezen neerkomt op een incidenteel objectief geschil in het kader van een principieel subjectief geschil, is het niet zinvol om in dat incidenteel geschil vast te houden aan het vereiste dat de betrokken verdragsbepaling directe werking heeft.

9) De wettigheidscontrole mag niet uitmonden in een opportuniteitscontrole. Rechterlijke beslissingen die een beleidsafweging inhouden, zijn in een systeem van scheiding der machten niet op hun plaats. Ook het vereiste van volle rechtsmacht, vervat in artikel 6.1 van het EVRM, doet aan dat beginsel geen afbreuk. Slechts in het geval van sterk strafrechtelijk gekleurde administratieve sancties is op dat punt een uitzondering toegestaan.

10) Het wettigheidstoezicht is niet absoluut. De taak waarmee artikel 159 van de Grondwet de rechter belast, kan (en moet) door de wetgever worden afgewogen tegen andere grondbeginselen, meer bepaald het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Met name de oprichting van de Raad van State, de verjaringsbepalingen en de wetgevende validaties beperken de toepasbaarheid (in de tijd) van de exceptie van onwettigheid.

11) De wettelijke beperkingen op het wettigheidstoezicht staan onder toezicht van het Grondwettelijk Hof (en van het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens). Wanneer de wetgever niet is opgetreden, dient de rechter zelf het rechtszekerheidsbeginsel af te wegen tegen het wettigheidsbeginsel. Die rechterlijke beperkingen staan onder het toezicht van het Hof van Cassatie en van de Raad van State.

12) De gewone rechter dient in beginsel de exceptie van onwettigheid af te wijzen, niet alleen wanneer de bestuursrechter zich reeds over de wettigheid van een individuele bestuurshandeling heeft uitgesproken, maar ook wanneer de bestuursrechter zich over de wettigheid van de bestuurshandeling had kunnen uitspreken maar die handeling hem niet (tijdig) werd voorgelegd. De toekenning van een schadevergoeding moet in de regel mogelijk blijven, zij het dat de gewone rechter daarbij gebonden is door de eventueel reeds door de Raad van State beslechte geschilpunten.

685. Tot slot moet nog een laatste obstakel uit de weg worden geruimd: wat met het adagium “*Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*”, dat tegen de laatste (en tevens centrale) stelling zou kunnen worden opgeworpen?²²⁶⁷

In de eerste plaats kan daartegen worden ingebracht dat niet alle adagia of rechtsspreuken algemene rechtsbeginselen zijn, verre daarvan.²²⁶⁸ Maar zelfs als dat het geval zou zijn, is er geen reden om aan te nemen dat daarop geen uitzonderingen kunnen bestaan.²²⁶⁹ Ten bewijze daarvan kan worden verwezen naar de andere rechtsorden die reeds meermaals aan bod zijn gekomen: op Europees vlak en ook in Frankrijk en Nederland lijkt dat adagium geen absolute werking te hebben.²²⁷⁰ Bovendien kan het adagium met een ander, niet minder welluidend adagium worden ontkracht (of op zijn minst worden gerelativeerd):

“*Vigilantibus non dormientibus subveniunt jura*”.²²⁷¹

²²⁶⁷ Wat als hoofdeis slechts binnen een bepaalde (verjarings)termijn mag worden ingesteld, mag als exceptie altijd worden ingeroepen, C. DE KONINCK, *Latijnse Rechtsspreuken*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 151.

²²⁶⁸ Zie bv. de opsomming bij P. VAN ORSHOVEN, “Algemene rechtsbeginselen in alle rechtstakken. Over de grondwettelijke waarde van publiek- en privaatrechtelijke beginselen”, in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, 23-24. De schending van een rechtspreuk kan overigens enkel tot cassatie leiden indien zij in een wets- of verordeningsbepaling is vastgelegd en die bepaling in het cassatiemiddel als geschonden wordt aangewezen, Cass. 2 december 2002, C.98.0460.N, *Arr.Cass.* 2002, 2631, nr. 646, *CDPK* 2003, 332, noot P. POPELIER.

²²⁶⁹ Hetgeen reeds blijkt uit een cassatiearrest van een eeuw geleden, Cass. 16 juni 1910, *Pas.* 1916, I, 347.

²²⁷⁰ Ook niet in het Belgisch privaatrecht overigens, aldus F. GLANSDORFF, “Le caractère imprescriptible des exceptions”, noot onder Cass. 22 oktober 1987, *RCJB* 1991, 286, die erop wijst dat, indien het adagium “commande de protéger le défendeur contre l’astuce de celui qui l’attaque (c’est l’objectif de la maxime *Quae temporalia*), elle ne commande plus de le protéger lorsqu’il savait d’emblée à quoi s’en tenir et qu’il est resté inactif, soit que sa passivité fut calculée, soit qu’au moins sa défense tardive et inattendue ait été objectivement inconciliable avec son comportement antérieur”.

²²⁷¹ Het recht helpt de waakzamen, niet zij die slapen, C. DE KONINCK, *Latijnse Rechtsspreuken*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 198.

BIBLIOGRAFIE

Boeken

- ALEN, A., *Proceshandelingen van en tegen gemeenten*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 265 p.
- ALEN, A., *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidskontrolle*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 2 delen, 928 p.
- ALEN, A., *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiek recht*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 511 p.
- ALEN, A., *"Scheiding" of "samenwerking" der machten?*, Brussel, Academiae Analecta, 1990, 73 p.
- ALEN, A., *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 889 p.
- ALEN, A., *Jurisprudentie van het Belgisch Staatsrecht. Het Belgisch Staatsrecht in 200 arresten*, Leuven, Acco, 2000, 798 p.
- ALEN, A. en MUYLLE, K., *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, 2 delen, Mechelen, Kluwer, 2003-04, 815 p.
- ALEN, A. en MUYLLE, K., *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Syllabusuitgave, 2 delen, Kluwer, Mechelen, 2008, 419 p.
- ALLEMEERSCH, B., BOES, M. en VAN ORSHOVEN, P., *Beginnelsen van gerechtelijk recht*, Leuven, Acco, 2008, 422 p.
- BAERT, J. en DEBERSAQUES, G., *Raad van State. Afdeling administratie. 2. Ontvankelijkheid*, Brugge, die Keure, 1996, 522 p.
- BECCARIA, C., *Over misdaden en straffen*, Antwerpen, Standaard wetenschappelijke uitgeverij, 1971 (ingeleid, van aantekeningen voorzien en vertaald door J.M. Michiels), 528 p.
- BERX, C., *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 649 p.
- BILLIET, C., *Bestuurlijke sanctionering van milieurecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 995 p.
- BOES, M., *Preventieve rechtsbescherming bij de bestuurlijke besluitvorming*, 2 delen, Leuven, 1975, 368 p.
- BOES, M., *Administratieve sancties en art. 6 E.V.R.M. in België*, Preadvis voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 36 p.
- BOES, M., *Bestuursrecht*, Acco, Leuven, 2009, 203 p.
- BOSSUYT, M. en J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 1086 p.
- BRAAS, A., *Précis de procédure civile*, Brussel, Bruylant, 1944, 2 delen, 870 p.
- CAMBIER, C., *La section d'administration du Conseil d'Etat*, Brussel, Larcier, 1949, 184 p.
- CAMBIER, C., *Principes du Contentieux Administratif, tome I*, Brussel, Larcier, 1961, 393 p.
- CAMBIER, C., *Droit administratif*, Brussel, Larcier, 1968, 621 p.
- CEREXHE, E., *Principes généraux et fondements du droit*, Presses Universitaires de Namur, 1977, 547 p.
- CHAPUS, R., *Droit du contentieux administratif*, Parijs, Montchrestien, 2006, 1489 p.

- COREMANS, H. en VAN DAMME, M., *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2001, 200 p.
- COUTURIER, J.J., PEETERS, B. en PLETS, N., *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2010, 1252 p.
- DEBAEDTS, F., *Machtsafwending*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1956, 104 p.
- DE KONINCK, C., *Latijnse Rechtsspreuken*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 248 p.
- DU JARDIN, J., *Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettelijkheid door het Hof van Cassatie*, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 2000, Brussel, Drukkerij van het Belgisch Staatsblad, 2000, 63 p.
- DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling. Bijdrage tot het grondslagenonderzoek van het strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 237 p.
- DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1989, 2 delen, 913 p.
- DUPUIS, G., GUEDON, M.-J. en CHRETIEN, P., *Droit administratif*, Parijs, Dalloz, 2009, 719 p.
- FAURE, M. en VANHEULE, J., *Milieustrafrecht*, in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2006, 497 p.
- FLAMME, M., *Droit administratif*, tôme I, Brussel, Bruylant, 1989, 655 p.
- FRIER, P.-L. en PETIT, J., *Précis de droit administratif*, Parijs, Montchrestien, 2008, 552 p.
- FROMONT, M., *Droit administratif des Etats européens*, Parijs, Presses universitaires de France, 2006, 362 p.
- GOHIN, O., *Contentieux administratif*, LexisNexis, Parijs, 2005, 436 p.
- GROSSOT, X., *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006, 480 p.
- HUYBRECHTS, L., *Fiscaal strafrecht*, in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2002, 317 p.
- HUYTTENS, E., *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, Brussel, Société typographique belge, 1844-1845, 5 delen.
- JANS, H., DE LANGE, R., PRECHAL, S. en WIDDERSHOVEN, R.J.G.M., *Europeanisation of Public Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, 418 p.
- KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. I. La loi pénale*, Brussel, Larcier, 2007, 510 p.
- LAENENS, J., BROECKX, K., SCHEERS, D. en THIRIAR, P., *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 813 p.
- LAGASSE, D., *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif: essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Brussel, Bruylant, 1986, 558 p.
- LANCKSWEERDT, E., *Het administratief kort geding*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 234 p.
- LENAERTS, K., en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2008, 591 p.
- LEROY, M., *Les règlements et leurs juges*, Brussel, Bruylant, 1987, 192 p.
- LEROY, M., *Contentieux administratif*, Brussel, Bruylant, 2008, 1127 p.
- LESAFFER, R., *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Universitaire Pers Leuven, 2004, 484 p.
- LEWALLE, P., m.m.v. DONNAY, L., *Contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2008, 3^{de} uitgave, 1378 p.

- LUST, S., *Rechtssherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 516 p.
- MARTYN, G., *Geschiedenis van de politiek en van het publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2008, 352 p.
- MAST, A., *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Gent, Story-Scientia, 1981, 591 p.
- MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M., en VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 18^{de} uitgave, 1277 p.
- MATHIEU, B., *Les validations législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Parijs, Economica, 1987, 329 p.
- MEERSSCHAUT, F., *De strafrechtelijke bevoegdheid van gemeenschappen en gewesten*, Brugge, die Keure, 1999, 81 p.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, in de heruitgave die is ingeleid en geannoteerd door J. Ehrard, Parijs, Editions sociales, 1969, 333 p.
- MONTESQUIEU, *Over de geest van de wetten*, in de vertaling van J. Holierhoek, Amsterdam, Uitgeverij Boom, 2006, 888 p.
- NIHOUL, M., *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Brugge, la Charte, 2001, 792 p.
- ODENT, R., *Contentieux administratif*, Parijs, Dalloz, 2007, deel 1, 1051 p.
- OPDEBEEK, I., *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, 482 p.
- OPDEBEEK, I. en COOLSAET, A., *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 1999, 378 p.
- PACTEAU, B., *Traité de contentieux administratif*, Parijs, Presses universitaires de France, 2008, 646 p.
- POPELIER, P., *Toepassing van de wet in de tijd*, in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 215 p.
- POPELIER, P., *De wet juridisch bekeken*, Brugge, die Keure, 2004, 424 p.
- PUT, J., *Administratieve sancties in het sociale zekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 1998, 605 p.
- RENDERS, D., *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Brussel, Bruylant, 2003, 492 p.
- RENDERS D., BOMBOIS, T., GORS, B., THIEBAUT, C. en VANSNICK, L., *Droit administratif. Tome III: Le contrôle de l'administration*, Brussel, Larcier, 2010, 528 p.
- RIMANQUE, K., *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 143 p.
- RIMANQUE, K., *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 444 p.
- SEPULCHRE, V., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Brussel, Larcier, 2005, 531 p.
- SIRJACOBS, I. en VANDEN BOSCH, H., *De administratieve rechtscollèges in België sinds 1795*, 2 delen, Brussel, Algemeen Rijksarchief en Rijksarchief in de Provinciën, Studia 114, 2006, 1196 p.
- STONE, G.R., SEIDMAN, L.M., SUNSTEIN, C.R. en TUSHNET, M.V., *Constitutional Law*, Third Edition, Aspen Law & Business, 1996, 1814 p.
- Taelman, P., *Het gezag van het rechterlijk gewijsde. Een begrippenstudie*, Diegem, Kluwer, 2001, 465 p.
- THONISSEN, J., *La Constitution belge annotée offrant sous chaque article l'état de la doctrine, de la jurisprudence et de la législation*, Brussel, Bruylant, 1879, 427 p.

- TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, 591 p.
- TRUCHET, D., *Droit administratif*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008, 460 p.
- TULKENS, F. en VAN DE KERCHOVE, M., *Introduction au droit pénal*, Brussel, Kluwer, 2005, 792 p.
- VAN ANGEREN, J.A.M., *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer, Kluwer, 2008, 189 p.
- VAN DAMME, M. en DE KEGEL, F., *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Brugge, die Keure, 1994, 134 p.
- VAN DAMME, M., *Overzicht van het Grondwettelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2008, 467 p.
- VANDE LANOTTE, J. en G. GOEDERTIER, G., *Overzicht publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 1530 p.
- VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2006, 1314 p.
- VAN DE PUTTE, A., *Logica en wetenschapsleer*, Leuven, Acco, 1982, 159 p.
- VANDERKERKEN, C., *Fiscale strafvervolgning en rechtsbescherming*, Brussel, Bruylant, 2006, 539 p.
- VAN DE VELDE, E., *'Afspraken' met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 589 p.
- VAN GERVEN, W., *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 89 p.
- VAN GERVEN, W., *Beginnselen van Belgisch privaatrecht: I. Algemeen deel*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 519 p.
- VAN GERVEN, W., m.m.v. COVEMAEKER, S., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 719 p.
- VAN MAANEN, G.E. en DE LANGE, R. *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer, Kluwer, 2005, 205 p.
- VAN ORSHOVEN, P., *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe belastingen*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 588 p.
- VAN ORSHOVEN, P., *Ontwikkelingen in de beslechting van bestuursrechtelijke geschillen in België*, Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, Tjeenk Willink 1990, 45 p.
- VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 935 p.
- VAN WIJK, H.D., KONIJNENBELT, W. en VAN MALE, R., *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag, Elsevier, 2005, 876 p.
- VELAERS, J., *De Grondwet en de Raad van State*, Antwerpen, Maklu, 1999, 1034 p.
- VELU, J., *Droit public, tome I, Le statut des gouvernants*, Brussel, Bruylant, 1986, 884 p.
- VERDUSSEN, M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Brussel, Bruylant, 1995, 845 p.
- VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 1193 p.
- WIGNY, P., *Droit Constitutionnel*, Brussel, Bruylant, 1952, 2 delen, 459 p.
- WIRTGEN, A., *Raad van State, I. afdeling administratie, 3. Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder*, Brugge, die Keure, 2004, 538 p.

Artikels, bijdragen, noten en conclusies

ACKERMAN, B., "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review* 2000, 633-729.

ADAM, S., "Le contrôle incident de légalité à l'épreuve du droit de l'Union européenne entre mutations et transfiguration", in M. NIHOUL (ed.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Brussel, la Charte, 2010, 353-426.

ADRIAANSE, P.C., BARKHUYSEN, T. en VAN EMMERIK, M.L., "Het EU-recht en bestuurlijke punitieve sancties", in *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties, Preadviezen*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2006, 18-50.

AFSCHRIFT, Th., "Les principes généraux de bonne administration et de sécurité juridique", in *L'évolution des principes généraux du droit fiscal*, Brussel, Larcier, 2009, 107-137.

ALEN, A., noot onder RvS 15 maart 1974, nr. 16.303, Masip, *RW* 1974-75, 356-367.

ALEN, A., "Het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en zijn instellingen", *TBP* 1989, 139-144.

ALEN, A. en SEUTIN, B., "De fiscale bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten", *TBP* 1989, 271-287.

ALEN, A., "Administratieve geldboeten: hun internationaal – en internrechtelijke kwalificatie", in *Liber Amicorum G. Baeteman*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 369-421.

ALEN, A., "Naar een betere rechtsbescherming inzake administratieve geldboeten na de koerswijziging van het Hof van Cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999", *RW* 1999-00, 630-638.

ALEN, A., "De trias politica in grondwettelijk perspectief", in A. ALEN en L.J. WINTGENS (eds.), *De Trias Politica ruimer bekeken*, Gent, Larcier, 2000, 25-49.

ALEN, A. en MEERSSCHAUT, F., "De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 18, Brugge, die Keure, 2003, 5-40.

ALEN, A., "Twintig jaar grondwettigheidstoezicht op wetgevende normen. Krachtlijnen van de rechtspraak van het Arbitragehof van 1985 tot en met 2004", *TBP* 2005, 213-226.

ALEN, A. en CLEMENT, J., "De hiërarchie der rechtsnormen", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2006, 5-26.

ALEN, A., MAES, E. en VERRIJDT, W., "De belangrijkste evoluties in de rechtspraak van het Arbitragehof sedert de bijzondere wet van 9 maart 2003", in *Recht in beweging – 14^{de} VRG-Alumnidag 2007*, Antwerpen, Maklu, 2007, 111-129.

ALEN, A., "De Grondwet, hoogste rechtsnorm?", in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 105-113.

ALEN, A., "Les relations entre la Cour de justice des Communautés européennes et les Cours constitutionnelles des Etats membres", in *Liber Amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 665-713.

ALEN, A., "De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. Over de Cassatiearresten van 1 juni 2006 en 28 september 2006", in *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Brugge, die Keure, 2007, 1-14.

ALEN, A., "La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur. Réflexions sur les arrêts de la Cour de Cassation du 1^{er} juin 2006 et du 28 septembre 2006", *JT* 2008, 97-101.

ALEN, A. en THEUNIS, J., "Praktische vragen over de artikel 159 van de Grondwet", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 5-31.

ALEN, A., "De scheiding der machten – Enkele inleidende kanttekeningen", in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 1-12.

ALEN, A., "De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens schending van de Grondwet", in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 851-866.

ALLEWIJN, D. en TEN BERGE, J.B.J.M., "1. Het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming", in *Bestuursprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 3-13.

AMELYNCK, C., "Le régime disciplinaire", *APT* 2005, 289-295.

ANDERSEN, R., "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit disciplinaire dans la fonction publique belge", *RTDH* 1995, 229-244.

ANDERSEN, R., "L'urgence et la section de Législation du Conseil d'Etat", *TBP* 2000, 7-11.

ANDERSEN, R. en NIHOUL, P., "Les principes généraux applicables aux recours administratifs internes", in P. NIHOUL (ed.), *L'administration contestée. Les recours administratifs internes*, Brussel, Bruylant, 2006, 31-37.

ANDERSEN, R., "La Cour d'appel de Bruxelles, Cour du contentieux économique", in *Liber Amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 715-733.

ANDERSEN, R., "La modulation dans le temps des effets des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat", in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 381-395.

ANKAERT, E. en PUT, J., "Het EVRM en bestuurlijke punitieve sancties", in *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties, Preadviezen*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2006, 5-50.

ANTHONISSEN, K., COOPMAN, B. en FRANCIS, E., "Naar een proportionele beteugeling van financiële en fiscale fraude: denkpistes voor een 'betere inning'", *AFT* 2004, 3-17.

BAECK, J., "Buitencontractuele aansprakelijkheidsvorderingen tegen de overheid", *NjW* 2006, 870-881.

BANNEUX, N., "La Cour d'arbitrage: juge de l'attribution des litiges?", *Rev.dr.ULg* 2006, 369-394.

BARAV, A., "Tâtonnement préjudiciel. La notion de juridiction en droit communautaire", in *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Brussel, Bruylant, 2007, 79-140.

BARCENA, F.-X., "Le champ d'application normatif du contrôle de légalité", in M. NIHOUL (ed.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Brussel, la Charte, 2010, 103-144.

BARENTS, R., "De voorrang van het unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme", *SEW* 2009, 44-53.

BAX, C.J., "Hoofdstuk 6: Rechtspraak", in A.K. KOEKKOEK (ed.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2000, 517-555.

BEDORET, C., "L'autorité de chose décidée en droit de la sécurité sociale ou quand la montagne accouche d'une souris...", *TSR* 2010, 109-176.

BEERNAERT, S., "Status quaestionis van het civiele kort geding", in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Gerechtigd privaatrecht*, Themis-Cahier 1, Brugge, die Keure, 2000, 61-75.

- BEHRENDT, C., "Excursion à l'orée de la chasse gardée du juge constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des arrêtés-lois de temps de guerre, des arrêtés lois de pouvoirs extraordinaires et des décrets du Congrès national", *Rev.dr.Ulg* 2007, 529-550.
- BOCKEN, H., "Herstel in natura en gerechtelijk bevel of verbod. (Nog) enkele bedenkingen bij het cassatie-arrest van 26 juni 1980", in *Liber Amicorum J. Ronse*, Gent, Story-Scientia, 1986, 493-511.
- BOCKEN, H., "Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig?) slot", *NjW* 2009, 2-12.
- BOES, M., "Beschouwingen over de gevolgen van nietigverklaringsarresten van de Raad van State", in *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 1-23.
- BOES, M., "Rechter en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing", in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986, 1-10.
- BOES, M., "Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing", *RW* 1986-87, 1250-1259.
- BOES, M., "Administratieve sancties", in *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, 197-226.
- BOES, M., "Het noordrandarrest: een pyrrhusoverwinning voor de overheid?", *Bb&b* 2004, 137-144.
- BOES, M., "De administratieve overheid: een ondefinieerbaar begrip", in *Ad amicissimum amici scripsimus. Vriendenboek Raf Verstegen*, Brugge, die Keure, 2004, 27-30.
- BOES, M., "Termijnen in het bestuursrecht", in M. BOES (ed.), *Administratief Recht*, Themis-Cahier 26, Brugge, die Keure, 2004, 79-101.
- BOES, M., "De beslagrechter, administratieve beroepen en artikel 159 G.W.", noot onder Besl. Dendermonde 8 oktober 2004, *TROS* 2005, 253-258.
- BOES, M., "Intrekking van fiscale beslissingen", *TFR* 2005, 391-400.
- BOES, M., "Rechtszekerheid versus legaliteit", in *Liber Amicorum Frans Vanistendael*, Herentals, Knops Publishing, 2007, 45-50.
- BOES, M., "Het herstel in de vorige staat is een straf", *Not.Fisc.M.* 2008, 198-202.
- BOES, M., "Evaluatie van de evolutie van de bestuursrechtspraak: het dualisme op zijn retour", *TBP* 2009, 259-277.
- BOK, A.J., "8. Rechtsvergelijkende notities", in *Bestuursprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 135-178.
- BOMBOIS, T., "Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique... Vol au dessus d'un nid de vipères?", *CDPK* 2005, 24-49.
- BOMBOIS, T. en DEOM, D., "La définition de la sanction administrative", in R. ANDERSEN, D. DEOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 25-142.
- BOMBOIS, T., JOASSART, P. en PIRET, F., "Constitution et conventions collectives", in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 159-174.
- BOMBOIS, T., "Ordre de remise en état des lieux, champ pénal et délai raisonnable", noot onder EHRM 27 november 2007, Hamer t. België, *JLMB* 2008, 735-752.
- BOMBOIS, T., "L'administration, 'juge' de la légalité communautaire - Réflexions autour des arrêts *Fratelli Costanzo* et *Abna* de la Cour de justice de Luxembourg", *JT* 2009, 169-174.
- BON, P., "La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009", *RFDA* 2009, 1107-1124.

- BOONE, I. en VAN HAEGENBORGH, G., "Hoofdstuk III - Administratieve sancties", in *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2004*, 185-255.
- BOONE, I., "Het 'verlies van een kans' bij onzeker causaal verband", *RW* 2004-05, 92-97.
- BORRET, J., "Het beginsel 'patere legem' ten aanzien van een onwettig reglement", *TBP* 1969, 189-190.
- BORRET, J., "Enkele vragen aangaande de inroepbaarheid van de onrechtmatigheid van een individuele administratieve handeling als annulatiemiddel tegen een latere administratieve handeling", *TBP* 1977, 265-273.
- BOSSUYT, A., "Algemene rechtsbeginselen", in *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003*, 112-162.
- BOT, Y., conclusie van 6 mei 2008 voor HvJ (Grote kamer) 25 november 2008, Heemskerk en Schaap, C-455/06.
- BOT, Y., conclusie van 2 april 2009 voor HvJ 3 september 2009, Papierfabrik August Koehler AG e.a., C-322/07 P e.a.
- BOT, Y., conclusie van 23 april 2009 voor HvJ 17 september 2009, Commissie/Koninklijke Friesland Foods NV, C-519/07 P.
- BOT, Y., conclusie van 26 januari 2010 voor HvJ (Grote kamer) 8 september 2010, Winner Wetten, C-409/06.
- BOT, Y., conclusie van 26 oktober 2010 in de zaak ThyssenKrupp Nirosta, C-352/09 P.
- BOUCKAERT, J. en GERNAEY, T., "De rol van de burgemeester bij het nemen van dwangmaatregelen met het oog op de bescherming van het leefmilieu", *TGem.* 2008, 85-118.
- BOUCQUEY, P. en DE BROUX, P.-O., "Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation", in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, die Keure, 2007, 209-313.
- BOUHON, F., "Le juge constitutionnel et la fiscalité négociée: le maintien des effets d'une norme annulée, applicable une seule fois", noot onder GwH 13 maart 2008, nr. 54/2008, *Rev.dr.ULg* 2008, 543-579.
- BOULLART, S., "De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht", *CDPK* 2007 (Feesteditie 10 jaar CDPK), 245-273.
- BRESSELEERS, G., concl. voor Cass. 10 juni 2005, D.02.0029.N, *Arr.Cass.* 2005, 1291-1294, nr. 334.
- BREWAEYS, E., "Toepassing van artikel 159 van de Grondwet in het socialezekerheidsrecht", in *Liber amicorum M. Stroobant*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 63-69.
- BREWAEYS, E., "De stuiting van de verjaring van schuldvorderingen tegen de overheid", *RW* 2008-09, 562-568.
- BRÖRING, H.E., "Hoofdstuk 1. Inleiding", in L.J.A. DAMEN e.a., *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2006, 21-79.
- BROUWER, P.W., "Beginselen van legaliteit", *RMThemis* 2003, 64-77.
- BRUYNINCKX, T., "Enkele bemerkingen betreffende het fiscaal gelijkheidsbeginsel in staatssteunzaken naar aanleiding van het arrest Koninklijke Friesland Foods", *TFR* 2008, 3-11.
- CAMBIER, B. en CAMBIER, L., "Compétences concurrentes ou complémentaires des juridictions au contentieux administratif", in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Brussel, Larcier, 2004, 47-66.
- CAMBIER, B. en RENDERS, D., "La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins", in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 109-125.
- CARETTE, A., "De sancties wegens het ten onrechte niet inwinnen van het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State over een ontwerp van reglementair besluit en de gevolgen van het onwettig verklaren van het besluit

van 17 juli 1984 houdende het vergunningplichtig maken van sommige gebruikswijzigingen”, noot onder Antwerpen 18 oktober 1999, *RW* 2000-01, 1089-1093.

CARETTE, A., “Over het begrip ‘exploitant’ in het Milieuvergunningsdecreet en de kwestie of de burgemeester kan of moet optreden bij exploitatie zonder vergunning”, noot onder Cass. 31 mei 2001, C.98.0198.N, *RW* 2003-04, 657-660.

CLAES, E., “Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel en de rechtspraak van het Arbitragehof. Erosie van de legaliteit?”, *TBP* 2006, 451-469.

CLAES, E., “La légalité criminelle au regard des droits de l’homme et du respect de la dignité humaine”, in Y. CARTUYVELS, H.DUMONT, F. OST e.a. (eds.), *Les droits de l’homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, 211-234.

CLAEYS, I., “Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden, ...”, in B. TILLEMEN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 1-42.

CLAEYS, I., “Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid: zijn wetsschending en fout nog één?”, in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, XXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2007, 193-231.

CLAEYS, I. en ROSIERS, M., “Enkele min of meer specifieke verjaringstermijnen: grenzeloos arbitrair?”, in CBR (ed.), *De verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 141-193.

CLOOTS, E., “De *Fratelli Costanzo* rechtspraak van het Hof van Justitie en de scheiding der machten in de EU-lidstaten”, in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 33-74.

COOPMAN, B., “Rechtsmacht over fiscale boetes reikt volgens Grondwettelijk Hof zo ver als Regentsbesluit!”, noot onder GwH 15 mei 2008, nr. 79/2008, *TFR* 2008, 1032-1033.

COREMANS, H., “De administratieve sanctie. Naar een omlijning van het begrip”, *RW* 1964-65, 753-764.

CORNELIS, L., “Panta rei, kai ouden menei. Over de verjaring van de rechts- en schuldvordering”, in CBR (ed.), *De verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 317-343.

CROMHEECKE, M. en VANDE LANOTTE, J., “Een overzicht van administratieve rechtsolleges”, *TBP* 1995, 547-556.

CROMHEECKE, M. en DHONT, F., “Artikel 7. Geen straf zonder wet”, in J. VANDE LANOTTE, en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 653-703.

CRUZ VILLALÓN, P., conclusie van 10 juni 2010 voor HvJ (Grote kamer) 5 oktober 2010, Elchinov, C-173/09.

CUVELLIEZ, M.T., “La Cour de cassation et le Conseil d’Etat raisonnent-ils différemment”, *JT* 1984, 453-457.

DALCQ, R.O., “La place de l’arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1963 dans la jurisprudence relative à la responsabilité de la puissance publique”, in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, deel III, Brussel, Bruylant, 1972, 25-41.

DAMEN, L.J.A., “Hoofdstuk 9. Rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter”, in L.J.A. DAMEN e.a., *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2006, 303-329.

DAUGINET, V. en AMEYE, B., “Rechtszekerheid, vertrouwensbeginsel en goede trouw. Europeesrechtelijke doorwerking in de Belgische rechtsorde”, *AFT* 2009, nr. 5, p. 3-38.

DEBAEDTS, F., “Beschouwingen over het gezag van gewijsde van de arresten door het Arbitragehof gewezen op annulatieberoep”, in *Publiek recht, ruim bekeken. Opstellen aangeboden aan Prof. J. Gijssels*, Antwerpen, Maklu, 1994, 157-180.

- DEBERSAQUES, G., "De rechtsmacht van de Raad van State inzake de onteigening van algemene nutte", *TBP* 2000, 12-19.
- DE GEYTER, L., "Een mensenrechtelijke benadering van het fenomeen van de bestuurlijke sancties. Een analyse van de rechtspraak van het Arbitragehof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens", in *Tegenspraak-cahiers* 24, Brugge, die Keure, 2005, 107-115.
- DE GRAAF, V., "Tussen droom en daad: toetsing aan internationaal recht door de Nederlandse rechter", in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 315-334.
- DE GRAVE, D.J.M., "Ambtshalve toetsing door de Europese rechter: een ander perspectief", *SEW* 2009, 12-20.
- DEGRAVE, E., "La légalité pénale et la Cour d'arbitrage", *JT* 2006, 477-489.
- DE GROOT, D., "Over de invoering en het belang van het grondwettelijke legaliteitsbeginsel in fiscale aangelegenheden", *TFR* 2009, 339-344.
- DE KEZEL, E., "Het risico op aansprakelijkheid van de overheid voor fouten van de wetgever", *RW* 2009-2010, 130-148.
- DE LEYE, O., "De afbakening van de bevoegdheid van de Raad van State en van de arbeidsgerechten", *RW* 1975-76, 1637-1654 en 1706-1723.
- DELPEREE, F., "Au nom de la loi", *JT* 1975, 489-496.
- DELPEREE, F., "Autour d'un sanctuaire", in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 167-180.
- DELVA, J., "Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscolleges", *TPR* 1967, 383-501.
- DELVAX, D., "La loi du 25 mai 1999 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'État et le contrôle des actes administratifs des assemblées législatives", *CDPK* 2000, 425-443.
- DE MEULENAER, S., "Het arrest Hamer: een kloppend van de hamer voor het Vlaamse stedenbouwbeleid?", *TBO* 2008, 177-180.
- DE NAUW, A., "Nieuwe wendingen inzake het lex certa beginsel", in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE e.a. (red.), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, Deel B, 757-773.
- DEOM, D., "Conclusions", in P. NIHOUL (ed.), *L'administration contestée. Les recours administratifs internes*, Brussel, Bruylant, 2006, 255-262.
- DEOM, D., "Le pouvoir discrétionnaire: vieillard chancelant ou force vive du droit administratif", in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 199-218.
- DEOM, D., "Le refus d'application", in M. NIHOUL (ed.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Brussel, la Charte, 2010, 147-184.
- DERIDDER, J., "Art. 14bis RvSt-Wet", in *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, losbl., bijwerking 2007, 10 p.
- DE ROY, D., "Le controle de légalité des actes administratifs par le juge de cassation", noot onder Cass. 9 september 2002, *JLMB* 2003, 1179-1185.
- DE ROY, D., "La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des autorités administratives: revirement ou affinement", noot onder Cass. 25 oktober 2004, *JLMB* 2004, 642-650.
- DE ROY, D., "La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration: unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute", in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Brussel, la Charte, 2007, 67-108.

DE ROY, D., "L'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution: de la vision d'apocalypse à la juste mesure", noot onder Cass. 16 juni 2006, *RCJB* 2009, 21-62.

DESMECHT, C., "L'article 159 de la Constitution: un article qui vous veut du bien", noot onder Arbh. Brussel, 20 januari 2005, *TBBR* 2006, 287-294.

DE SMET, B., LATHOUWERS, J. en RIMANQUE, K., "Artikel 6. Recht op een eerlijk proces", in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar*, vol. I, Antwerpen, Intersentia, 2004, 371-518.

DE SOMERE, P., "L'exécution des décisions du juge administratif – Rapport belge", *APT* 2005, 1-22.

DE STAERCKE, J. en GHYSELS, J., "Artikel 159 van de Grondwet als directe vordering", in I. COOREMAN (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 83-152.

DE SWAEF M., concl. voor Cass. 24 februari 2004, P.03.1143.N, *Arr.Cass.* 2004, 290-311, nr. 96.

DE SWAEF, M., concl. voor Cass. 15 juni 2004, P.04.0237.N, *Arr.Cass.* 2004, 1054-1076, nr. 323, *TROS* 2004, 236-252.

DE SWAEF, M., concl. voor Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N, *Arr.Cass.* 2008, 2506-2520, nr. 608.

DE SWAEF, M. en TRAEEST, M., "Tussen Hamer en aambeeld: de gevolgen van het arrest-Hamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op de herstelmaatregel in stedenbouw", *RW* 2008-09, 1331-1332.

DE TEMMERMAN, B., "De herstelmaatregelen en de herstellvordering in het milieu- en stedenbouwrecht", in A. DE NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieu Straf- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Gent, Larcier, 2005, 306-509.

DE VISSCHER, P. "De la portée des dispositions constitutionnelles concernant les jugements à l'égard des décisions contentieuses administratives", noot onder Cass. 9 oktober 1959, *RCJB* 1960, 179-190.

DE VISSCHERE, F.E., "Gaaf de burgerlijke rechtspraak naar een ruimere interpretatie van artikel 107 van de Grondwet?", *TBP* 1960, 319-325.

DE WOLF, P., "Het ambtshalve aanvoeren van rechtsmiddelen door de Raad van State uitspraak doende over annulatieberoepen tegen administratieve rechtshandelingen", *TBP* 1986, 15-27.

D'HOOGHE, D., "De aard van de herstelmaatregelen inzake stedenbouw en de intresten op het bedrag van de meerwaarde", noot onder Cass. 25 februari 1992, *RW* 1991-92, 1464-1466.

D'HOOGHE, D., "Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid", *RW* 1993-94, 1091-1103.

D'HOOGHE, D. en SCHELLEKENS, L., "De interferentie tussen kortgedingprocedures voor de Raad van State en gerechtelijke procedures voor andere rechtsmachten", in G. DEBERSAQUES, M. VAN DAMME, S. DE CLERCQ en G. LAENEN (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 221-253.

DHONDT, J., "Artikel 107 van de Grondwet en de onaantastbaarheid van [een] onregelmatige administratieve rechtshandeling", *TBP* 1990, 563-564.

DIRIX, E., "Rechterlijk overgangsrecht", *RW* 2008-09, 1754-1760.

DOOMS, V., "De (beperkte) bevoegdheid van de rechterlijke macht bij toetsing van de wettigheid van een koninklijk besluit", noot onder Cass. 15 december 2003, *RABG* 2004, 847-851.

DU JARDIN, J., "Voltallige zittingen voor een eenduidige interpretatie van het recht", in het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2000-2001*, 271-393, *RW* 2001-02, 649-676.

DUMON, F., "Ontwerpen voor hervormingen en jurisdictionele functie", rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1977, *Arr.Cass.* 1977, 3-128.

DUMON, F., "Over de rechtsstaat", rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 3 september 1979, *RW* 1979-80, 274-298 en 338-368.

DUMON, F., concl. voor Cass. 19 december 1980, *Arr.Cass.* 1980, 450-458, nr. 241, *RW* 1981-82, 1062-1071.

DUMONT, M., "Le droit à la protection juridique", noot onder GwH 26 april 1994, nr. 33/94, *RTDH* 1995, 493-522.

DUPRE DE BOULOIS, X., "Exception d'inconventionnalité des règlements administratifs: la Cour de cassation persiste et signe", *RFDA* 2008, 499-503.

DURVIAUX, A.L., "La notion d'autorité administrative en débats", noot onder RvS 6 november 2007, nr. 176.478, nv Algemene Aannemingen Van Laere, *CDPK* 2009, 854-858.

ERGEC, R., "Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux: actes de gouvernement ou réserve du pouvoir discrétionnaire?", *RDIDC* 1986, 72-134.

ERGEC, R., "L'incidence du droit du Conseil de l'Europe sur le développement du droit administratif", *APT* 1993, 1-11.

ERGEC, R., "Le principe de légalité à l'épreuve des principes de bonne administration", noot onder Cass. 4 september 1995, *RCJB* 1998, 13-25.

ERNIQUIN, Th., "Le principe de protection de la confiance légitime, facteur de pondération de l'application du principe de légalité", in I. COOREMAN (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 303-324.

EVERAERT, S., "Regeringsdaden naar Frans en Belgisch recht", *TBP* 2002, 618-629..

EYSKENS, T., "Over het tweeslachtige karakter van een verkavelingsvergunning: tegelijk van verordenende en van individuele aard", noot onder RvS 23 februari 2006, nr. 155.477, gemeente Sint-Gillis-Waas, *TROS* 2007, 247-253.

FAVOREU, L., "Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas valeur constitutionnelle", *RFDA* 1987, 301-304.

FERNANDEZ SEGADO, F., "Le contrôle de 'communautarité' de l'ordre juridique interne réalisé par le juge national et ses conséquences sur le système constitutionnel", in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Brussel, Bruylant, 2007, 1231-1262.

FETERIS, M., "Kroniek belastingen en mensenrechten", *NJCM-Bulletin* 2007, 1131-1152.

FLAMME, M., "Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'Administration", *JT* 1972, 417-423 en 439-443.

FOQUÉ, R., "Evenwicht van machten en rechtsstatelijke vernieuwing", in A. ALEN en L.J. WINTGENS (eds.), *De Trias Politica ruimer bekeken*, Gent, Larcier, 2000, 1-23.

FOQUÉ, R., "De actualiteit van Montesquieu's staatkundig erfgoed", in *Stoelendansen met de macht*, Verslag van de conferentie over de trias politica op 27 januari 2006, Publicatie van de Nederlandse Tweede Kamer, Den Haag, 9-28.

FRANÇOIS, L., "La fiabilité du droit, dite *sécurité juridique*", in *La sécurité juridique*, Editions du jeune barreau de Liège, 1993, 7-20.

FRANÇOIS, L., "Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles", *JT* 2005, 261-266.

FRANSEN, V., VANHEULE, J. en VERBRUGGEN, F., "Wie heeft het gedaan en wat daarmee gedaan? Sprokkelen in rechtspraak over strafbaarheid en bestaffing", in *Recente ontwikkelingen in het strafrecht*, Gent, Larcier, 2008, 1-56.

- FROMONT, M., "Le principe de sécurité juridique", *AJDA* 1996, numéro spécial annuel, 178-184.
- FROMONT, M., "Evolution comparée du recours en annulation en France et en Belgique", in B. BLERO (ed.), *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 15-30.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., concl. voor Cass. 17 mei 1963, *JT* 1963, 588-591.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., concl. voor Cass. 16 december 1965, *Pas.* 1966, 513-527.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., concl. voor Cass. 27 mei 1971, *Pas.* 1971, I, 886-920.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., concl. voor Cass. 3 maart 1972, *RW* 1971-72, 1634-1646.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., concl. voor Cass. 3 mei 1974, *RW* 1974-75, 79-99.
- GARABEDIAN, D., "Le pouvoir d'appréciation du juge à l'égard des amendes administratives fiscales et de la cotisation spéciale sur «commissions secrètes»", in *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 491-511.
- GÉRARD, Ph., "Liebe auf Distanz. Het BVerfG en het Verdrag van Lissabon", *TBP* 2010, 3-26.
- GERARDS, J.H., "Het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht", in R.J.N. SCHLÖSSELS e.a., *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, 45-66.
- GHEYSEN, K., "Het Grondwettelijk Hof stelt grenzen aan de uitsluiting van 'nieuwe rechtsmiddelen of wijziging van de jurisprudentie' als grond voor de procedure van ambtshalve ontheffing", noot onder GwH 8 november 2006, nr. 160/2006, *TFR* 2008, 85-88.
- GHYSELS, J. en PALMANS, R., "Schadeloosstelling en rechtsherstel bij onwettige onteigening", in R. PALMANS en S. VERBIST (eds.), *De onteigeningsvergoeding. Het juridisch regime*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 109-136.
- GIJSSELS, J., "De scheiding der machten", *TBP* 1989, 567-578.
- GLANSDORFF, F., "Le caractère imprescriptible des exceptions", noot onder Cass. 22 oktober 1987, *RCJB* 1991, 267-287.
- GOOSSENS, G., "Redelijkheid, evenredigheid en proportionaliteit – Het standpunt van het Hof van Cassatie inzake de rechterlijke toetsing van fiscale geldboetes", noot onder Cass. 16 februari 2007, *TFR* 2007, 937-942.
- GUILIAMS, S., "Overheidsaansprakelijkheid voor ongrondwettige (fiscale) wetgeving: een parcours met vele hindernissen. Haalt de belastingplichtige de finish wel?", *TFR* 2009, 531-547.
- HANOTIAU, M., "La sécurité juridique et la section d'administration du Conseil d'Etat", in *La sécurité juridique*, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1993, 215-226.
- HAUTIER, D., "Le contrôle de la légalité d'une loi ou d'un règlement par le juge correctionnel", noot onder Corr. Charleroi 27 novembre 2006 en Corr. Charleroi 11 juin 2007, *Dr.pén.entr.* 2009, 74-75.
- HAYOIT DE TERMICOURT, R., concl. voor Cass. 12 maart 1942, *Arr.Verbr.* 1942, 23-26.
- HENDRICKX, C., "Hof van Cassatie: bij gebrek aan tijdig bezwaar, geen buitencontractuele aansprakelijkheid in hoofde van de overheid", noot onder Cass. 23 juni 2008, *RABG* 2009, 636-639.
- HENKES, A., concl. voor Cass. 26 oktober 2001, F.00.0034.F, *Arr.Cass.* 2001, 1793-1795, nr. 577.
- HENKES, A., concl. voor Cass. 16 november 2006, F.05.0072.F, *Pas.* 2006, 2393-2396, nr. 570
- HENNEN, T. en PETIT, N., "Les autorités de régulation de concurrence", *TBH* 2007, 527-546.

HOUYET, Y., "Le rétablissement de la légalité communautaire par le retrait d'actes administratifs nationaux", *JDE* 2008, 257-264.

HOUYET, Y., "Le régime juridique belge du retrait des actes administratifs face aux exigences du droit de l'Union européenne", *APT* 2009, 154-175.

HOUYET, Y., "L'application d'office du droit de l'Union européenne par les juges nationaux", *JDE* 2010, 69-76.

HUBERLANT, C., "Les actes de gouvernement. L'état de la question en droit belge", *Ann.dr.* 1954, 45-69.

HUBERLANT, C., "Le contrôle des actes administratifs par les Cours et Tribunaux en Belgique", in *Rapports belges au IX^e Congrès internationale de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1975, 459-487.

ISENBAERT, M., "*Tempus fugit*. de werking in de tijd van een arrest van het Hof van Justitie inzake directe belastingen", *TFR* 2009, 243-260.

JACOBS, A., "Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage", in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE e.a. (red.), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, Deel B, 821-845.

JACOBS, G., conclusie van 28 oktober 2004 voor HvJ (Grote kamer) 31 mei 2005, Syfait, C-53/03.

JACOBS, G. en VAN DEN BERGH, C., "Hoogdringendheid niet langer de regel bij oteigeningen, of hoe een uitzondering terug een uitzondering werd", noot onder RvS 12 oktober 2009, nr. 196.803, Brans e.a., *RABG* 2010, 358-361.

JADOT, B., "Les pouvoirs du juge judiciaire à l'égard de l'administration: le pouvoir d'injonction et la réparation en nature", in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 441-456.

JAMART, J.-S., "Observations sur l'argumentation: la primauté du droit international", *RBDC* 1999, 109-136.

JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. voor Cass. 21 april 1988, *Pas.* 1988, I, 984-991, nr. 504.

JAUMOTTE, J., "Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative", in *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 593-697.

JOASSART, P., "La « Charte de l'assuré social » devant la Cour constitutionnelle belge: des conséquences équipollentes à un effet de stanstill atténué?", in M. VERDUSSEN (ed.), *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, Brussel, Bruylant, 2009, 489-494.

KIRKPATRICK, J., "La non retroactivité de la loi en matière d'impôts sur les revenus et la sécurité juridique depuis l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 109/2004", in *Liber Amicorum J. Malherbe*, Brussel, Bruylant, 2006, 653-669.

KIRKPATRICK, J., "Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d'égalité. A propos de la réparation des dommages causés aux usagers faibles par des accidents impliquant un tram ou un train", *JT* 2009, 257-262.

KOKOTT, J., conclusie van 26 juni 2008 voor HvJ (Grote kamer) 22 december 2008, Régie Networks, C-333/07.

KOKOTT, J., conclusie van 17 september 2009 voor HvJ (Grote kamer) 29 juni 2010, Commissie/Alrosa, C-441/07 P.

KOKOTT, J., conclusie van 29 april 2010 voor HvJ (Grote kamer) 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals e.a./Commissie, C-550/07 P.

KOKOTT, J., conclusie van 6 mei 2010 voor HvJ 8 juli 2010, Afton Chemical, C-343/09.

KOKOTT, J., conclusie van 15 juli 2010 voor HvJ 28 oktober 2010, SGS Belgium e.a., C-367/09.

KOKOTT, J., conclusie van 30 september 2010 in de zaak vzw Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop e.a., C-236/09.

KOVAL, S., "Après le temps de l'apparence: considérations sur la confiance légitime du citoyen et la responsabilité de l'administration dans la jurisprudence de la Cour de cassation", noot onder Cass. 22 mei 2006, *CDPK* 2008, 461-468.

KOVAR, R., "L'emprise du droit communautaire sur le régime du retrait des actes administratifs nationaux", in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Brussel, Bruylant, 2007, 767-788.

KOVAR, R., "L'incidence du droit communautaire sur l'intangibilité des décisions nationales définitives", in *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, Brussel, Bruylant, 2008, 203-243.

KRENC, F., "La protection contre la répression administrative au regard de la Convention européenne des droits de l'homme", in H. DUMONT, P. JADOUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, de Keure, 2007, 111-150.

KRENC, F., "La notion du 'tribunal' au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", in *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Brussel, Bruylant, 2009, 305-332.

KRINGS, E., "Enkele beschouwingen betreffende rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht", rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1989, *RW* 1989-90, 169-186.

LAGASSE, D., "De l'antinomie entre les principes de la légalité et de la sécurité juridique", noot onder Rb. Brussel 18 september 1987, *JT* 1988, 480-482.

LAGASSE, D., "Le principe de la séparation des pouvoirs en droit de la sécurité sociale", noot onder Cass. 10 juni 1996, *RCJB* 1997, 461-475.

LAGASSE, D., "L'absence de toute autorité de chose jugée d'un arrêt de rejet du Conseil d'Etat devant les cours et tribunaux ou de la suprématie du principe de la légalité administrative sur le principe de la sécurité juridique", noot onder Cass. 9 januari 1997, *RCJB* 2000, 265-289.

LAGASSE, D., "L'étendue temporelle et matérielle du contrôle de légalité des permis de lotir par le Conseil d'Etat", noot onder RvS 27 januari 1999, nr. 78.370, Fortemps en RvS 11 maart 1999, nr. 79.235, gemeente Terhulpen, *Rev.not.b.* 2000, 459-465.

LAGASSE, D., "Le contrôle sans limite de temps ni de moyens de la légalité d'un permis de lotir", noot onder RvS 18 oktober 2001, nr. 99.919, Fortemps, *JLMB* 2002, 373-381.

LAGASSE, D., "Le contrôle juridictionnel du choix du mode de réparation effectué par l'autorité en cas d'infraction urbanistique", in R. ANDERSEN, D. DEOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 659-668.

LAGASSE, D., "Unité ou diversité du contentieux administratif en matière de sécurité sociale?", noot onder Cass. 11 december 2006, S.06.0016.N, *RCJB* 2010, 37-52.

LAMBRECHTS, W., "De grenzen van de intrekking van administratieve rechtshandelingen", noot onder RvS 24 mei 1983, nr. 23.281, Tommelein, *RW* 1983-84, 1220-1222.

LEBON, C., "Verjaring", in *Bijzondere overeenkomsten – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., bijwerking 2004, 94 p.

LECLERCQ, J.-F., concl. voor Cass. 14 maart 1994, S.93.0097.F, *Pas.* 1994, 253-257, nr. 119.

LECLERCQ, J.-F., concl. voor Cass. 4 september 1995, C.94.0417.F, *Pas.* 1995, I, 752-756, nr. 360.

LECLERCQ, J.-F., concl. voor Cass. 10 juni 1996, S.95.0114.F, *Pas.* 1996, I, 611-620, nr. 227.

LECLERCQ, J.-F., concl. voor Cass. 6 november 2000, F.99.0108.F, *Arr.Cass.* 2000, 1717-1721, nr. 598.

LECLERCQ, J.-F., concl. voor Cass. 26 mei 2003, S.01.0108.F, *Arr.Cass.* 2003, 1261-1262, nr. 318.

LECLERCQ, J.-F., concl. voor Cass. 25 oktober 2004, S.03.0072.F, *RW* 2006-07, 1486-1487.

LECLERCQ, J.-F., concl. voor Cass. 28 september 2006, C.02.0570.F, *Pas.* 2006, 1872-1897, nr. 445.

LECLERCQ, J.-F., "Sociale zekerheid: honderdduizend of niets, stop je of ga je verder?", rede uitgesproken door de procureur-generaal op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 3 september 2007, *RW* 2007-08, 506-530.

LECLERCQ, J.-F. en DE ROY, D., "L'exception d'illégalité et le contrôle incident de légalité des actes administratifs en droit belge par la lorgnette du droit comparé", in M. NIHOUL (ed.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Brussel, la Charte, 2010, 429-450.

LECLERCQ, P., concl. voor Cass. 5 maart 1917, *Pas.* 1917, I, 121-132.

LEFRANC, P., "De milieustakingswet: overzicht van rechtspraak (1993-2008)", *TMR* 2009, 2-45.

LEFRANC, P., "De rechter bestuurt niet", in F. EVERS en P. LEFRANC (red.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, die Keure, 2009, 107-123.

LEFRANC, P., "De cassatierechtspraak na het Straatburgse arrest Hamer: oude wijn in nieuwe zakken?", *TBO* 2010, 33-39.

LEFRANC, P., "De exceptie van onwettigheid van de regularisatievergunning dringt zich ook aan de beslagrechter op", noot onder Cass. 1 maart 2010, *TMR* 2010, 487-489.

LEMMENS, P., "De Raad van State en de internationale verdragen over de rechten van de mens", *TBP* 1987, 367-386.

LEMMENS, P., "Enkele aspecten van de 'doctrine' van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2006, 71-100.

LENAERTS, K., "The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union", *CMLRev.* 2007, 1625-1659.

LEROY, M., "Les actes de gouvernement: un spectre qui hante la jurisprudence du Conseil d'Etat", *APT* 1999, 183-189.

LEUS, K., "De 'rechtswaarde' van de zgn. 'krachtlijnen voor een samenhangend personeelsbeleid van de lokale en regionale besturen' of 'krachtlijnen Kelchtermans' na het arrest van de Raad van State van 13 oktober 2003", *TGem.* 2004, 219-225.

LEUS, K., "Het zorgvuldigheidsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 101-129.

LEUS, K., "Bestuursrechtspraak (ooit) aan de vooravond van een hervorming?", in *Preadviezen over de werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007, 51-89.

LEUS, K. en MARTEL, B., "De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie", in I. COOREMAN (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 1-82.

LEVERT, Ph., "L'intervention du juge des référés dans le droit administratif", in J. ENGLEBERT en H. BOULARBAH, *Le référé juridiciare*, Brussel, Editions du jeune barreau de Bruxelles, 2003, 363-388.

LEWALLE, P., "L'autorité de la chose jugée des arrêts prononcés par le Conseil d'Etat au contentieux de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire", in *Het interdisciplinair geschil*, Diegem, Kluwer, 1996, 174-264.

- LEWALLE, P., "L'égalité, sécurité, stabilité en droit administratif. Un équilibre introuvable?", in *Liber Amicorum Y. Hannequart et R. Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, 231-254.
- LEWALLE, P., "La place de la justice administrative dans la Constitution: la répartition des compétences entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat", in *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 167-175.
- LEWALLE, P., "L'expropriation pour cause d'utilité publique", in *Contrainte, limitation et atteinte à la propriété*, coll. CUP, vol. 78, Brussel, Larcier, 2005, 7-113.
- LEWALLE, "La Cour constitutionnelle, juge de l'administration", in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 887-908.
- LEYSEN, R., "Het rechtskarakter van de verkavelingsvergunning", *TBP* 1983, 179-196.
- LEYSEN, R., "De algemene beginselen van behoorlijke wetgeving in de ruimtelijke ordening", in S. LUST (ed.), *Het Arbitragehof en het ruimtelijke-ordeningsrecht*, Brugge, die Keure, 2006, 1-39.
- LIEKENDAEL, E., concl. voor Cass. 26 april 1989, *Pas.* 1989, I, 888-898.
- LIEKENDAEL, E., "De scheiding der machten aan de vooravond van het derde millenium", rede uitgesproken door de procureur-generaal op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1997, *RW* 1997-98, 553-569.
- LINDEMANS, D., "Het kort geding tegen de overheid", *RW* 1983-84, 209-223.
- LINDEMANS, D., "Cumulatie van administratief en civiel kort geding", in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, 315-337.
- LOMBAERT, B., TULKENS F. en VAN DER HAEGEN, A., "Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours", in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Brussel, la Charte, 2007, 17-66.
- LOMBAERT, B., "L'opération complexe et la recevabilité des recours devant le Conseil d'Etat: une utile mise au point par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif", in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 401-421.
- LOMBAERT, B., "Un contrôle d'ordre public... à géométrie variable", in M. NIHOUL (ed.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Brussel, la Charte, 2010, 187-208.
- LOUCAIDES, L., "The Right of Access to a Court and the Doctrine of Political Acts", in *The European Convention on Human Rights. Collected Essays*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 225-242.
- LUST, A., "Nog over de indirecte legaliteitstoets van de herstellvordering en het Gentse arrest van 31 mei 1996", *RW* 1997-98, 761-771.
- LUST, A. en LUST, S., "De administratieve verankering van het milieumisdrijf", in J. GHYSELS en P. FLAMEY (eds.), *Milieustrafrecht en –strafprocesrecht, actuele vraagstukken*, Brussel, Larcier, 2005, 511-567.
- LUST, A. en LUST, S. "Het grondrecht op een rechter met volle rechtsmacht en de stedenbouwkundige herstellvordering", in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE e.a., (eds.), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, 869-904.
- LUST, A., "De overheidsaansprakelijkheid: drie machten maar geen trilogie", in *De Praktijkjurist XIII*, Gent, Story Publishers, 2007, 267-331.
- LUST, S., "Naar de gewone rechter of naar de Raad van State?", in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Gerechtelijk privaatrecht*, Themis-Cahier 1, Brugge, die Keure, 2000-01, 76-108.

LUST, S., "De bestuursgeschillen. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen", in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Gerechtig recht*, Themis-Cahier 19, Brugge, die Keure, 2003-04, 85-120.

LUST, S., "Wat is een administratieve overheid?", *NjW* 2004, 1046-1050.

LYS, M., "Le principe de légalité en matière pénale dans l'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2004: entre rigueur et valeurs", *RBDC* 2005, 377-398.

MAHAUX, P., "Het rechterlijk gewijsde en het Gerechtig Wetboek", rede uitgesproken op de plechtige zitting van 1 september 1971, *Arr.Cass.* 1971, 3-71.

MAHIEU, M., "Heurs et malheurs du règlement de déontologie de l'ordre nationale des architectes", *JT* 1974, 185-186.

MARON, E., "Les notions d'acte administratif et d'autorité administrative: compétence ou incompétence du Conseil d'Etat pour connaître des recours en annulation dirigés contre les actes de nature administrative accomplis par des autorités relevant du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire?", in B. BLERO (ed.), *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 309-348.

MARTENS, J., "La Charte de l'assuré social, le privilège du préalable et la décision administrative 'exécutoire'. Commentaire de l'arrêt n° 196/2005 rendu par la Cour d'arbitrage le 21 décembre 2005", *Soc.Kron.* 2006, 571-576.

MARTENS, J., "La Charte de l'assuré social dans la jurisprudence des juridictions du travail. Les droits sociaux en quête d'effectivité", in *Liber Amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 107-131.

MARTENS, J., "L'exception d'illégalité et le droit de l'aide sociale des étrangers", noot onder Cass. 10 september 2007, S.07.0003.F, *JLMB* 2008, 302-311.

MARTENS, P., "L'exception d'illégalité; entre l'injustice et le désordre", noot onder RvS 2 september 1987, nr. 28.435, Erkende beroepsvereniging "Belgian Corporation of Flight Hostesses", *JLMB* 1988, 1535-1545.

MARTENS, P., "L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité", in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1993, deel I, 49-68.

MARTENS, P., "La Cour d'arbitrage et la loi", in L. WINTGENS (ed.), *Het wetsbegrip*, Brugge, die Keure, 2003, 141-164.

MARTENS, P. en RENAULD, B., "L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée", verslag van werkgroep 1, in A. ARTS e.a. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, 1-54.

MARTENS, P., "La Cour de cassation, la Constitution et la Cour constitutionnelle: la paix des juges?", *JT* 2007, 653-655.

MAST, A., "Le juge ordinaire et le détournement de pouvoir", noot onder Rb. Gent 21 juni 1957, *RCJB* 1964, 57-66.

MATSCHER, F., "La notion du 'tribunal' au sens de la Convention européenne des droits de l'homme", in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1996, 29-47.

MAZÁK, J., conclusie van 18 december 2008 voor HvJ 2 juli 2009, Bavaria, C-343/07.

MAZÁK, J., conclusie van 24 maart 2009 voor HvJ 3 september 2009, Fallimento Olimpiclub, C-2/08.

MEERSSCHAUT, F., "De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet", noot onder Cass. 9 november 2004, *TBP* 2005, 48-53.

MEERSSCHAUT, F., "Als de rook om ons hoofd (nog niet helemaal) is verdwenen – De scheiding der machten in de storm van de Fortis-zaak", in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 105-191.

MELCHIOR, M., "La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1993, deel III, 1327-1346.

MELCHIOR, M., "La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux", in J.C. SCHOLSEM (ed.), *Le point sur les droits de l'homme*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2000, 5-30.

MELCHIOR, M., "Quelques propos sur la jurisprudence de la Cour d'arbitrage en matière de sanctions administratives; prises en considération directe ou indirecte de la jurisprudence de Strasbourg", in *Liber Amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 813-822.

MELLERAY, F., "L'étendue de l'autorité de chose jugée des déclarations d'illégalité d'actes administratifs opérées par le juge administratif", *AJDA* 2004, 138-142.

MENGOZZI, P., conclusie van 15 september 2009 voor HvJ (Grote kamer) 26 januari 2010, Internationaler Hilfsfonds eV, C-362/08 P.

MENGOZZI, P., conclusie van 23 februari 2010 voor HvJ 2 september 2010, Commissie/Scott, C-290/07 P.

MERTENS DE WILMARS, J., "De rechter en het economisch recht", *RW* 1976-77, 258-278.

MESDACH DE TER KIELE, concl. voor Cass. 27 oktober 1886, *Pas.* 1886, 350-355.

MICHIELS F.C.M.A. en WIDDERSHOVEN, R.J.G.M., "Hoofdstuk 4. Handhaving en rechtsbescherming", in F.C.M.A. MICHIELS en E.R. MULLER (eds.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer, Kluwer, 2006, 87-120.

MILLET, F.-X., "L'exception d'inconstitutionnalité en France ou l'impossibilité du souhaitable?", *RDP* 2008, 1307-1332.

MOERENHOUT, R., "De bekendmaking van verdragen", *TBP* 1996, 737-747.

MOK M.R. en TJITTES, R.P.J.L., "Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid", *RMThemis* 1995, 383-404.

MORIS, M., "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit fiscal : perspectives et évolution", *RGCF* 2009, 481-512.

MORTIER, R., concl. voor Cass. 3 november 2008, S.07.0013.N, *Arr.Cass.* 2008, 2478-2484, nr. 604.

MORTIER, R., concl. voor Cass. 1 maart 2010, C.09.0390.N.

MOSELMANS, S., "Art. 15", in *Commentaar gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbl., bijwerking 2005, 8 p.

MOSELMANS, S., "Art. 16", in *Commentaar gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbl., bijwerking 2005, 20 p.

MUYLLE, K. en VAN NIEUWENHOVE, J., "De bevoegdheid van de Raad van State betreffende administratieve handelingen van wetgevende vergaderingen", *TBP* 2004, 561-564.

MUYLLE, K., "Les conséquences du maintien des effets de la norme annulée par la Cour d'arbitrage", in H. DUMONT, P. JADOUL en S.VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Brussel, la Charte, 2007, 527-558.

MUYLLE, K., "Wat kan een rechtspracticus aanvangen met een arrest van het Grondwettelijk Hof? Gevolgen van arresten van het Grondwettelijk Hof in het annulatiecontentieux", in P.D.G. CABOOR, J. DEBIÈVRE, G. LAENEN e.a., *Rechtsbescherming*, (Actualia publiekrecht, 1), Brugge, die Keure, 2008, 159-196.

MUYLLE, K., "Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten?", in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 137-172.

MUYLLE, K., "L'autonomie parlementaire à l'abri des droits de l'homme? (Cour eur. d. h., Savino c. Italie) 28 avril 2009; Kart c. Turquie, Gde Ch., 3 décembre 2009; Grosaru c. Roumanie, 2 mars 2010)", *RTDH* 2010, 705-731.

MUYLLE, K. en THEUNIS, J., "La Cour constitutionnelle comme juge de la séparation des pouvoirs: le cas des délégations et des validations", in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 113-139.

NEVEN, J.-F. en JOASSART, P., "Le contrôle de légalité des conventions collectives de travail", in J.P. CORDIER (ed.), *Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail*, Brussel, Bruylant, 2008, 63-106.

NEVEN, J.-F., "Les délais de prescription applicables à la récupération des prestations de sécurité sociale payées indûment. Commentaire de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnel le 30 octobre 2008", *Soc.Kron.* 2009, 405-412.

NIHOUL, P., "Les lois de validation et le Conseil d'Etat: quand le législateur et la Cour d'arbitrage interfèrent dans le contentieux administratif ...", *APT* 2004, 73-94.

NIHOUL, P., JOASSART, M. en FRANK, V., "Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2007", *RBDC* 2008, 237-323.

NIHOUL, M., "Les affres de la législation en matière d' « autorité administrative » et le respect de la Constitution", *JT* 2008, 71-73.

NIHOUL, M., "Le citoyen peut-il invoquer l'application d'un règlement illégal?", *CDPK* 2008, 610-621.

NIHOUL, M., "À propos du fondement de la théorie du retrait des actes administratifs et du délai de retrait", noot onder RvS 19 mei 2009, nr. 193.418, Goslar, *CDPK* 2009, 281-290.

NIHOUL, M., "Introduction", in M. NIHOUL (ed.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Brussel, la Charte, 2010, 11-17.

NIHOUL, M., "L'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente", in M. NIHOUL (ed.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Brussel, la Charte, 2010, 211-300.

NIHOUL, M., "Légalité, sécurité, efficacité. Vers une révision de l'article 159 de la Constitution?", in M. NIHOUL (ed.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Brussel, la Charte, 2010, 451-466.

NOËL, M.-P., "Le paiement indu", in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen*, Brugge, die Keure, 2007, 99-171.

NUDELHOLC, S. en KIRKPATRICK, J., "Le contrôle judiciaire des amendes fiscales et le principe de proportionnalité", noot onder Cass. 5 februari 1999, *RCJB* 2002, 594-652.

OPDEBEEK, I., "De Raad van State en de dwangsom", in G. DEBERSAQUES, M. VAN DAMME, S. DE CLERCQ en G. LAENEN (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 317-353.

OPDEBEEK, I., "Commentaar bij art. 14 § 3 RvSt-Wet", in *Commentaar Publiek Procesrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., bijwerking 2006, 20 p.

OPDEBEEK, I., "Verantwoord, tijdig besturen", in *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, 386-401.

PALSTERMAN, P., "La non-rétroactivité des révisions en défaveur de l'assuré sociale (article 17 de la Charte de l'assuré social) – L'application incohérente d'un principe mal défini", *Soc.Kron.* 2008, 553-558.

PALUMBO, M. en KALLAI, P., "La répétition de l'indu et l'assuré social de bonne foi", noot onder Cass. 26 mei 2003, S.01.0108.F, *JLMB* 2006, 187-191.

PAQUES, M., en DONNAY, L., "Jurisdiction ordinaire et jurisdiction administrative en droit belge", *CDPK* 2007, 73-93.

PEETERS, B., "Het rechtszekerheidsbeginsel in het fiscaal recht: verduidelijking van het begrip gerechtvaardigde verwachting", noot onder Cass. 6 november 2000, *TFR* 2001, 167-171.

PEETERS, P., "De rechtstreekse toetsing door het Arbitragehof aan het fiscaal legaliteitsbeginsel na de Bijzondere Wet van 9 maart 2003", *AFT* 2005, nr. 10, p. 8-15.

PEETERS, P., "De rechtsbescherming door het Arbitragehof en de Raad van State in het onteigeningscontentieux", in J. GHYSELS, R. PALMANS en A. VAN OEVELEN (eds.), *De onteigeningsprocedure*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 1-28.

PEIFFER, Q., "Loi anticonstitutionnelle et administration, ou comment justifier une erreur", noot onder Cass. 21 december 2007, *JLMB* 2008, 1081-1090.

PETITAT, V., "De herstelmaatregel als straf onder de hamer?", noot onder EHRM 27 november 2007, Hamer t. België, *CDPK* 2009, 305-332.

PIJCKE, G., "Illégalités et caetera. Défaut de base légale, légalité de l'acte administratif et responsabilité des pouvoirs publics", in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 449-458.

PIRET, F. en RENDERS, D., "La transposabilité des modalités d'individualisation des peines aux sanctions administratives dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle", noot onder GwH 11 maart 2009, nr. 42/2009, *RDP* 2009, 1185-1200.

POIARES MADURO, M., conclusie van 14 december 2006 voor HvJ (Grote kamer) 26 juni 2007, Orde van Franstalige en Duitstalige balies, C-305/05.

POIARES MADURO, M., conclusie van 21 mei 2008 voor HvJ (Grote kamer) 16 december 2008, Arcelor Atlantique en Lorraine e.a., C-127/07.

POIARES MADURO, M., conclusie van 9 juli 2009 voor HvJ (Grote kamer) 26 januari 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08.

POPELIER, P., "Over een onregelmatig bestuur, een toedekkende wetgever en de rechtspraak van het Arbitragehof", noot onder GwH 22 april 1993, nr. 33/93, *RW* 1993-94, 296-300.

POPELIER, P., "Legislatieve 'validatie': een kwestie van wetgevingstechniek", in M. ADAMS en L. WINTGENS, (eds.), *Wetgeving in theorie en praktijk*, Antwerpen, Maklu, 1994, 77-94.

POPELIER, P., "Legislatieve 'validatie' en de bevoegdheid van de decreetgever: een kwestie van wetgevingstechniek?", noot onder GwH 4 april 1995, nr. 30/95, *RW* 1994-95, 178-180.

POPELIER, P., "Het gelijkheidsbeginsel in de ruimtelijke ordening en stedenbouw", *TROS* 1996, 221-231.

POPELIER, P., "Rechtsbescherming tegen rechtsonzekere regeleving", *TvW* 1999, 2-17.

POPELIER, P., "De wankelende grens tussen wettigheid en opportuniteit", noot onder Pol. Gent 14 juni 1999, *RW* 1999-00, 827-828.

POPELIER, P., "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2000)", *TvW* 2001, 24-30.

POPELIER, P., "De intrekking van bestuurshandelingen: een gissing naar een leer van het Hof van Cassatie", noot onder Cass. 2 december 2002, *CDPK* 2003, 336-340.

POPELIER, P., "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2005)", *TvW* 2006, 123-135.

POPELIER, P., "Legitimate Expectations and the Law-Maker in the Case Law of the European Court of Human Rights", *EHRLR* 2006, 10-24.

- POPELIER, P., "Rechtszekerheid en transparantie als grenzen voor doorwerking van internationaal recht ten aanzien van particulieren", in *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 139-165.
- POPELIER, P., "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur, Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2006, 3-33.
- POPELIER, P., "De toepassing van de Grondwet in de rechtsprekende functie van de gewone en administratieve rechters", in A. ARTS e.a. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, 73-86.
- POPELIER, P., "De verhouding tussen de Belgische grondwet en het internationale recht", in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 1231-1254.
- POPELIER, P., "Het Hof van Cassatie over lacunes in de wetgeving: toenadering tot het Grondwettelijk Hof", noot onder Cass. 14 oktober 2008, *RW* 2008-09, 1186-1189.
- POPELIER, P., "Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit van grondrechten of voor bescherming van de wet?", *RW* 2009-10, 50-62.
- PUT, J., "Het handvest van de sociaal verzekerde", in D. SIMOENS en J. PUT (eds.), *Ontwikkelingen van de sociale zekerheid 1996-2001*, Brugge, die Keure, 2001, 1-24.
- PUT, J., "Bis, sed non idem – Een denkoefening over de toepassing van het *non bis in idem*-beginsel op de cumulatie van administratieve en strafsancties", *RW* 2001-02, 937-949.
- PUT, J., "Rechtshandhaving door administratieve sancties in het recht", *RW* 2001-02, 1195-1209.
- PUT, J., "Administratieve boeten, verzachtende omstandigheden en volle rechtsmacht: contradicties in de rechtspraak van het Arbitragehof", *TBP* 2002, 675-683.
- PUT, J. en BLOCKEN, W., "Werkloosheid: overzicht van rechtspraak", *TSR* 2006, bijz. nr. ("Ontwikkelingen van de Sociale Zekerheid 2001-2006"), 637-685.
- QUERTAINMONT, P., "Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droits)", noot onder Cass. 21 april 1988, *RCJB* 1990, 410-441.
- RENAULD, B., "La Cour d'arbitrage depuis 2003: confirmation de compétences, nouveautés de procédure", in *La Cour d'arbitrage: un juge comme les autres?*, Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2004, 27-51.
- RENAULD, "Les illusions de l'égalité ou du 'nivellement par le bas' à la 'lacune'", in *Liber amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 419-437.
- RENDERS, D., "Le maintien des effets d'un règlement annulé par le Conseil d'Etat et le respect des droits fondamentaux", *JT* 2002, 761-765.
- RENDERS, D., "Article 159", in M. VERDUSSEN, *La Constitution belge. Lignes et entrelignes*, Brussel, Le Cri édition, 2004, 353-354.
- RENDERS, D., JOASSART, M., PIJCKE, G. en PIRET, F., "Le régime juridique de la sanction administrative", in R. ANDERSEN, D. DEOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 155-259.
- RENDERS, D. en VAN DROUGHENBROECK, J.-F., "Erreur de droit et droit à l'erreur", in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 459-489.
- RENDERS, D., "L'autorité administrative doit-elle d'office refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle?", noot onder Cass. 21 december 2007, *JT* 2008, 555-557.

- RENDERS, D., "De l'erreur inaccessible à l'erreur inadmissible, en passant par l'erreur invincible", noot onder Cass. 8 februari 2008, *JT* 2008, 571-573.
- RENDERS, D., "L'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat face à l'article 159 de la Constitution", noot onder RvS 18 december 2009, nr. 199.085, Debie, *JT* 2010, 177-179.
- RENSON-VANDER STICHELE, A. en REZSÓHAZY, A., "Le contrôle juridictionnel des actes administratifs des assemblées législatives: de l'immunité à la soumission?", in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 663-691.
- RIGAUX, M.-F., "Le contrôle d'opportunité exercé par la Cour d'arbitrage et le pouvoir discrétionnaire du législateur", in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Brussel, Bruylant, 2004, 591-609.
- RIGAUX, M.-F., "Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux: vers un renforcement du monopole du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle", *JT* 2009, 649-651.
- RIGODANZO, V., "Les amendes administratives, droit pénal ou droit administratif? Entorse à la séparation des pouvoirs?", in *Les amendes administratives*, Brugge, Editions Vanden Broele, 2006, 79-101.
- RIMANQUE, K., "De grondwet: een scan, een diagnose en een prognose", *RW* 2007-08, 1346-1365.
- ROELANDTS, B. en VAN LANDEGHEM, H., "Het Arbitragehof als scherprechter in de handhaving en een frisse blik op de verjaring van stedenbouwmisdrijven", in S. LUST (ed.), *Het Arbitragehof en het ruimtelijkeordeningsrecht*, Brugge, die Keure, 2006, 181-266.
- ROSOUX, G., "Le controle juridictionnel des 'validations législatives' en France et en Belgique: un conflit de légitimités", *Rev.dr.ULg* 2005, 137-219.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D., conclusie van 28 april 2005 voor HvJ 23 februari 2006, Atzeni e.a., C-346/03 en C-529/03.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D., conclusie van 16 oktober 2008 voor HvJ 12 februari 2009, Deko Marty Belgium, C-339/07.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D., conclusie van 10 februari 2009 voor HvJ (Grote kamer) 15 december 2009, Commissie/Italië e.a., C-239/06.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D., conclusie van 5 maart 2009 voor HvJ 25 juni 2009, Roda Golf & Beach Resort, C-14/08.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D., conclusie van 25 juni 2009 voor HvJ 10 december 2009, Umweltanwalt von Kärnten, C-205/08.
- SCHELTEMA, M., "6. Rechtsbescherming en constitutioneel recht", in *Bestuursprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 103-112.
- SCHELTEMA, M., "7. De rol van de burgerlijke rechter in bestuursgeschillen", in *Bestuursprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 113-134.
- SCHELTEMA, M., "Kunnen wij zonder de formele rechtskracht?", *NTB* 2007, 96-97.
- SCHEPENS, T., "Rechterlijke controle op fiscale administratieve sancties", in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Actuele fiscale thema's 2007*, Biblo, Kalmthout, 2008, 125-157.
- SCHLÖSSELS, R.J.N., "Eenheid van onrechtmatigheid? Het onrechtmatigheidsbegrip in het bestuursrecht: over rechtsinbreuk, illusies van rechtseenheid en het Schutznormvereiste", in R.J.N. SCHLÖSSELS e.a. (ed.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2007, 315-338.
- SCHUELER, B.J., "Hoofdstuk 6. Beroep bij de rechter", in L.J.A. DAMEN e.a., *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2006, 193-267.
- SCHUTGENS, R.J.B., "Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring: naar een stelsel van materiële vernietiging?", *RMThemis* 2006, 96-105.

SEILLER, B., "L'autorité absolue conférée – un peu vite? – aux déclarations d'illégalité d'actes administratifs", noot onder CE 28 december 2001, Syndicat CNT des PTE de Paris et autres, *AJDA* 2002, 542-548.

SEILLER, B., "Pourquoi ne rien voter quand on peut adopter une loi inutile?", *AJDA* 2008, 402-406.

SEILLER, B., "Le juge civil et l'appréciation de la conventionnalité des actes réglementaires. Concilier *Septfonds* et *Société des Cafés Jacques Vabre*", *RDP* 2008, 1641-1659.

SEPULCHRE, V., "Au feu!", *RGF* 2005, nr. 8-9, 1.

SEPULCHRE, V., "Comment « booster » le principe de l'égalité des citoyens devant l'impôt – Du rôle fondamental de la Cour de cassation en matière fiscale", *RGF* 2006, nr. 9, 1-2.

SHARPSTON, E., conclusie van 9 juli 2009 voor HvJ 14 januari 2010, Stadt Papenburg, C-226/08.

SIMOENS, D., "Terugvordering door het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van de verstrekte hulp ten laste van de ontvanger ervan", *RW* 2008-09, 50-57.

SIMONART, H. en SALMON, J., "Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage", *JT* 1994, 197-208.

SLAUTSKY, E., "De la hiérarchie entre Constitution et droit international. Réflexions au départ de l'arrêt de la Cour de Cassation du 16 novembre 2004", *APT* 2009, 227-242.

SOTTIAUX, S. "Grondwetsconforme 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, 193-252.

SPIELMANN, D., "Acte de gouvernement et droits fondamentaux", in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 751-767.

STANGHERLIN, K., "A la rescousse de l'article 1382 du Code civil. A propos d'une question préjudicielle de la Cour d'arbitrage", *TBBR* 2003, 612-619.

STIX-HACKL, C., conclusie van 1 december 2005 voor HvJ 14 september 2006, Elmeka, C-181/04 tot C-183/04.

SUETENS, L.P., "De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter", in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, deel III, Brussel, Bruylant, 1973, 673-690 en in *Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare*, Brugge, die Keure, 1997, 417-433.

SUETENS, L.P., "Vigilantibus, non dormientibus, subveniunt jura", in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986, 91-102 en in *Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare*, Brugge, die Keure, 1997, 435-448.

SUETENS, L.P., "De retroactiviteit van wetten, decreten en ordonnanties", *TFR* 1993, 218-222 en in *Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare*, Brugge, die Keure, 1997, 159-169.

SYMOENS, H., "De subsidiaire aanslag van artikel 356 WIB 1992 of de fiscale processie van Echternach", noot onder GwH 20 oktober 2009, nr. 158/2009, *RABG* 2010, 543-549.

TATON, X., "Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire", *RDC* 2005, 799-809.

THEUNIS, J., "Federalisme en democratie", in *Democratie op het einde van de XXe eeuw*, Brussel, Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, 1994, 149-167.

THEUNIS, J., "Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende ongelijkheden' en doorwerking in private rechtsverhoudingen", in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, 129-181.

THEUNIS, J., "Kan een administratieve overheid op grond van artikel 159 van de Grondwet een onwettige bestuurshandeling buiten toepassing laten?", noot onder RvS 22 april 1997, nr. 65.974, Artois e.a., *AJT* 1997-98, 527-532.

THEUNIS, J., "Het gezag van gewijsde van een arrest van de Raad van State voor de gewone rechter die uitspraak moet doen over een exceptie van onwettigheid", noot onder Cass. 9 januari 1997, *AJT* 1998-99, 125-129.

THEUNIS, J., "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Arbitragehof (2000)", *TvW* 2001, 13-23.

THEUNIS, J. en VANDAELE, A., "De (geplande) wijzigingen inzake de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof", in A. ALEN (ed.), *De vijfde staatshervorming van 2001*, Brugge, die Keure, 2002, 277-305.

THEUNIS, J., "Het Arbitragehof: bevoegdheidsuitbreiding en andere wijzigingen ingevolge de bijzondere wet van 9 maart 2003", *NjW* 2003, 954-960.

THEUNIS, J., "Het Arbitragehof", in *Migratie- en migrantenrecht*, deel VIII, Brugge, die Keure, 2003, 207-248.

THEUNIS, J., "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Arbitragehof (2004)", *TvW* 2005, 154-172.

THEUNIS, J., "Het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu. Even stilstaan bij de standstill", in *Feestbundel milieurecht*, Milieurechtstandpunten nr. 20, Brugge, die Keure, 2005, 87-90.

THEUNIS, J., "De toetsing door het Arbitragehof aan de grondrechten", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2006, 27-46.

THEUNIS, J., "Het gelijkheidsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, *Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2006, 201-234.

THEUNIS, J., "Het fiscaal legaliteitsbeginsel. Een stand van zaken na 10 jaar rechtspraak van het Arbitragehof", *TFR* 2006, 79-96.

THEUNIS, J., "Artikel 159 G.W.", in *Commentaar Publiek Procesrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., bijwerking 2007, 33 p.

THEUNIS, J., "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (2006)", *TvW* 2007, 119-137.

THEUNIS, J., "De 'exceptie van onwettigheid' (artikel 159 G.W.): meer vragen dan antwoorden?", *RW* 2007-08, 1266-1281.

THEUNIS, J., "Grondwettelijk Hof of grondrechtenhof? De evenredigheid van de straf als casus", in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 173-196.

THEUNIS, J., "Le principe de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle", *RBDC* 2008, 5-22.

THEUNIS, J., "De toetsing aan grondrechten door het Grondwettelijk Hof. Overzicht van rechtspraak 2008", *TBP* 2009, 323-364.

THEUNIS, J., "Le contrôle de légalité en droit français et néerlandais", in M. NIHOUL (ed.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Brussel, la Charte, 2010, 305-350.

THEUNIS, J., "De rechter geklemd tussen het beginsel van de scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht? Een verkenning van het spanningsveld tussen artikel 159 van de Grondwet en artikel 6.1 van het EVRM op het stuk van administratieve geldboeten, tuchtsancties en stedenbouwkundige herstellvorderingen", in I. COOREMAN (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 153-227.

THEUNIS, J., "Over scheiding der machten, exceptie van onwettigheid en wetgevende validatie", in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 253-304.

THEUNIS, J., "Le principe de légalité en matière pénale", in M. VERDUSSEN en N. BONBLED (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, Brussel, Bruylant, te verschijnen.

THEUNIS, J., "Over de toepassing van artikel 159 van de Grondwet na handhaving van de gevolgen van een vernietigd reglement", noot onder RvS 18 december 2009, nr. 199.085, Debie, *RW* 2010-11, te verschijnen.

THONISSEN, J., *La Constitution belge annotée offrant sous chaque article l'état de la doctrine, de la jurisprudence et de la législation*, Brussel, Bruylant-Christophe, 1879, 329-337.

TINIERE, R., "La notion de 'pleine juridiction' au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif", *RFDA* 2009, 729-740.

TRAESE, M., "Over het stilzwijgen van de wet en de verplichting voor het Hof van Cassatie om prejudiciële vragen te stellen aan het Grondwettelijk Hof", *RW* 2008-09, 306-315.

TRAESE, M., "Samenloop van grondrechten. Artikel 26 § 4 van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof", *NjW* 2010, 130-135.

TRAESE, P., "Rechts(on)zekerheid in materieel en formeel strafrecht en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel", *RW* 1993-94, 1190-1207.

TRSTENJAK, V., conclusie van 30 juni 2009 voor HvJ 15 oktober 2009, Audiolux, C-101/08.

TRSTENJAK, V., conclusie van 6 juli 2010 voor HvJ (Grote kamer) 9 november 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08.

TULKENS, F. en SOHIER, J., "Les cours et tribunaux – Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2002-2004", *RBDC* 2004, 363-394.

TULKENS, F. en SOHIER, J., "Les cours et tribunaux – Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2004-2006", *RBDC* 2006, 191-235.

TULKENS, F. en VAN DE KERCHOVE, M., "La nature et les contours de la peine. Regards croisés sur la jurisprudence interne et internationale", in *Une criminologie de la tradition à l'innovation. En hommage à Georges Kellens*, Brussel, Larcier, 2006, 453-474.

VAGMAN, A., "Autorité administrative indépendante, amendes administratives et diffusion de scènes de violence gratuite: réflexions autour de l'arrêt S.A. TVI prononcé le 5 décembre 2001 par le Conseil d'Etat", noot onder RvS 5 december 2001, nr. 101.503, nv TVI, *APT* 2003, 291-295.

VANBIERVLIEET, F., "Het vertrouwensbeginsel: de laatste reddingsboei voor een belastingplichtige", noot onder Rb. Brussel 12 oktober 2001, *TFR* 2001, 228-231.

VAN BRUSTEM, E., "La Cour européenne affine sa jurisprudence en matière de validations législatives applicables à des litiges pendants", *RGCF* 2009, 415-430.

VAN CAUTER, T., "De herstellordering getoetst aan het evenredigheidsbeginsel: het Hof van Cassatie stelt orde op zaken", noot onder Cass. 18 maart 2008, *RW* 2008-09, 1348-1350.

VAN CROMBRUGGE, S., "Geen onwettige vrijstelling op grond van behoorlijk bestuur", *Fiscoloog*, 6 augustus 2008, afl. 1124, 6-9.

VAN CROMBRUGGE, S., "Verdere uitholling algemene beginselen behoorlijk bestuur", *Fiscoloog*, 17 februari 2010, afl. 1193, 1-2.

VANDAELE, A., "Het Hof van Cassatie tussen de hamer van de verdragsrechtelijke toetsing en het aambeeld van de prejudiciële vraagstelling", noot onder Cass. 9 november 2004 en 16 november 2004, *CDPK* 2005, 611-624.

- VAN DAMME, M., "De rechtsverwerking in het administratief recht", in *Liber Amicorum E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 363-371.
- VAN DAMME, M., "Administratieve beroepen in sociaalrechtelijke aangelegenheden", in G. VAN LIMBERGHEN (ed.), *Sociaal Procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 11-48.
- VAN DAMME, M., "Zijn er nog grenzen aan de intrekbaarheid van bestuurshandelingen? Enkele bedenkingen naar aanleiding van het arrest van het Arbitragehof van 18 januari 1996", *TBP* 1996, 323-326.
- VAN DAMME, M. en DE KEGEL, F., "De onbestaande bestuurshandeling", *TBP* 1997, 219-224.
- VAN DAMME, M. en WIRTGEN, A., "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 315-362.
- VANDEBERGH, H., "Grenzen aan de toepassing van het vertrouwensbeginsel", *TFR* 2003, 211-221.
- VANDEBERGH, H., "Het vertrouwensbeginsel volgens het Europees Hof van Justitie", *TFR* 2007, 1029-1031.
- VANDEBERGH, H., "Over 'Aspraken met de fiscus' en het conflict tussen legaliteitsbeginsel, vertrouwensbeginsel en gelijkheidsbeginsel", *TFR* 2010, 779-792.
- VAN DE KERCHOVE, M., "Développements récents et paradoxaux du principe de la légalité criminelle et de ses corollaires essentiels", in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 299-320.
- VANDE LANOTTE, J., "Zijn alle Koninklijke Besluiten gelijk voor de Grondwet?", in *Liber Amicorum Robert Senelle*, Brugge, die Keure, 1986, 267-288.
- VANDE LANOTTE, J. en GOEDERTIER, G., "Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen", in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, 37-74.
- VANDENBERGHE, H., "Overheidsaansprakelijkheid. Aansprakelijkheid van de uitvoerende macht", in H. VANDENBERGHE (ed.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2005, 1-121.
- VANDENBERGHE, H., "Recente ontwikkelingen bij de foutaansprakelijkheid", in H. COUSY en H. VANDENBERGHE (eds.), *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, Themis-Cahier 48, Brugge, die Keure, 2008, 45-85.
- VANDEN BRANDEN, J., "De subsidiaire aanslag (art. 356 WIB 92) na de wet van 22 december 2009", *AFT* 2010, nr. 5, 3-11.
- VANDEN HEEDE, P. en G. GOEDERTIER, "Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof", *TBP* 2003, 458-479.
- VANDEN HEEDE, P. en GOEDERTIER, G., "De doorwerking van het internationaal recht in de rechtspraak van het Arbitragehof", in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 239-294.
- VANDERNOOT, P., "Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage", *Rev.dr.ULB* 2002, n° spéc., 1-106.
- VANDER STICHELE, A., "De exceptie van onwettigheid", *TBP* 1954, 187-195.
- VAN DONINCK, J., "Noodzakelijk formalisme in de cassatieprocedure", noot onder EHRM 30 juli 2009, Dattel (n° 2) t. Luxemburg, *RABG* 2010, 326-332.
- VAN DROOGHENBROECK, J.-F., "La Cour de cassation reçoit-elle le principe de proportionnalité?", in *Liber amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 569-589.
- VAN DROOGHENBROECK, J.-F. en BALOT, F., "L'effet positif de la chose jugée", *JT* 2009, 297-300.

VAN DROOGHENBROECK, S., "De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées? Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev.dr.ULG* 2005, 467-490.

VAN DROOGHENBROECK, S., "Réplique. Entre bénévolance et incertitudes: y a-t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives?", in R. ANDERSEN, D. DEOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 261-293.

VAN DROOGHENBROECK, S., "Droit pénal et droits de l'homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme", in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST e.a. (eds.), *Les droits de l'homme, bouclier ou  p e du droit pénal?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, 75-109.

VAN EECKHOUTTE, D., "Bekendmaking van verdragen: voorstel tot genezing van een ziekte", *TvW* 2002, 3-31.

VAN EECKHOUTTE, D. en VAN CALSTER, G., "Doorwerking van internationaal milieurecht in de Belgische rechtsorde", in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 479-520.

VAN EECKHOUTTE, W., "Terugvordering en herziening", in J. PUT (ed.), *Het Handvest van de sociaal verzekerde en bestuurlijke vernieuwing in de sociale zekerheid*, Brugge, die Keure, 1999, 135-205.

VAN GESTEL, R., "Incident- of gelegenheidswetgeving: balanceren op het smalle koord van de Trias Politica", *TPR* 2004, 1667-1720.

VAN HAEGHENBORGH, G., "Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof. Bedenkingen vanuit Europees perspectief", in I. COOREMAN (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 229-302.

VANHEULE, D., "Het gelijkheidsbeginsel", in B. HUBEAU en P. POPELIER (eds.), *Behoorlijk ruimtelijk ordenen. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de ruimtelijke ordening en stedenbouw*, Brugge, die Keure, 2002, 177-192.

VANHEULE, D., "Het administratieve kort geding", in *Commentaar Publiek Procesrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., bijwerking 2009, 79 p.

VAN HEUVEN, D., "Verwarring troef na het arrest Hamer", noot onder Corr. Leuven 4 maart 2008, *TBO* 2008, 127-128.

VAN ISTENDAEL, F., "Algemene rechtsbeginselen in het belastingrecht", *AFT* 1989, 311-332.

VAN MAANEN, G.E., "De mythe van het onverbindendverklaren van algemene regelgeving door de burgerlijke rechter: een ongewassen varken", *NTB* 2000, 99-101.

VAN MELSEN, R., "Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident", in M. NIHOUL (ed.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Brussel, la Chartre, 2010, 23-99.

VAN NIEUWENHOVE, J., "Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State (2002)", *TvW* 2003, 204-225.

VAN NIEUWENHOVE, J., "Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State (2006)", *TvW* 2007, 138-164.

VAN NIEUWENHOVE, J., "Art. 3 RvSt-Wet", in *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, losbl., bijwerking 2007, 35 p.

VAN NIEUWENHOVE, J., "Art. 3bis RvSt-Wet", in *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, losbl., bijwerking 2007, 4 p.

VAN OEVELEN, A., "Het opportuniteitsbeginsel inzake strafvervolgning en de toetsing van de beslissing al of niet te vervolgen aan de algemene zorgvuldigheidsnorm", noot onder Antwerpen 19 maart 2003, *RW* 2003-04, 1698.

VAN OEVELEN, A., "De aansprakelijkheid van de Staat, de Gewesten en de Gemeenschappen voor onrechtmatige wetgeving", *TvW* 2006, 400-416.

VAN OMMESLAGHE, P. en VERBIST, J., "Overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht", *TBP* 2009, 3-24.

VAN ORSHOVEN, P., "Fiscale administratieve sancties en het recht op behoorlijke rechtsbedeling na het arrest-Öztürk van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens", *Fiskofoon* 1984, 82-92.

VAN ORSHOVEN, P., "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur", in M. STORME en S. VAN CROMBRUGGE (eds.), *Actuele problemen van fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 1-26.

VAN ORSHOVEN, P., "Om deze redenen, het bestuur", *TRD&I* 1994, afl. 9, 889-891.

VAN ORSHOVEN, "Algemene rechtsbeginselen in alle rechtstakken. Over de grondwettelijke waarde van publiek- en privaatrechtelijke beginselen", in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, 1-36.

VAN ORSHOVEN, P., "Tussen laksheid en formalisme. Voor een grondwettige interpretatie van het procesrecht", *RW* 1997-98, 706-713.

VAN ORSHOVEN, P., "De lokale belastingen opnieuw in een nieuw kleedje", *RW* 1997-98, 1449-1469.

VAN ORSHOVEN, P., "Waarom gemakkelijk... Over afspraken met de fiscus", in *Recht zonder omwegen: fiscale opstellen aangeboden aan prof dr. J.J. Couturier*, Brussel, Larcier, 1999, 103-108.

VAN ORSHOVEN, P., "Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfjizers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht", in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Gerechtigd privaatrecht*, Themis-Cahier 1, Brugge, die Keure, 2000, 25-59.

VAN ORSHOVEN, P., "Je n'aime pas mon sujet. De bevoegdheid van de hoven en rechtbanken in burgerlijke zaken. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen", *TPR* 2004, 1082-1165.

VAN QUICKENBORNE, M., "Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2007). Deel I. Oorzakelijk verband", *TPR* 2010, 283-359.

VANSANT, P., "Het arrest van het Europees Hof van de Rechten van de Mens van 27 november 2007: de Vlaamse handhaving van de ruimtelijke ordening op de rooster", noot onder EHRM 27 november 2007, Hamer t. België, *TMR* 2008, 46-50.

VAN STEENBERGE, A., "De uitbreiding van het voorwerp van het beroep bij de Raad van State tijdens de procedure", *TBP* 2008, 523-535.

VAN VOLSEM, F., "De redelijke termijn: een Straatsburgse hakbijl voor het herstel van de plaats in de vorige staat?", noot onder EHRM 27 november 2007, Hamer t. België, *RABG* 2008, 422-431.

VAN VOLSEM, F., "Het EHRM-arrest Hamer kan het Hof van Cassatie niet overtuigen", noot onder Cass. 9 juni 2009, P.09.0023.N, *RABG* 2009, 921-925.

VANWELKENHUYZEN, A., "L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1974", *JT* 1974, 577-584 en 597-607.

VANWELKENHUYZEN, A., "L'autorité de chose jugée des arrêts du Conseil d'Etat en matière de responsabilité de la puissance publique", noot onder Cass. 7 november 1975, *RCJB* 1977, 421-445.

VANWELKENHUYZEN, A., "La séparation des pouvoirs, 1831-1981", in *De Grondwet honderdvijftig jaar*, Brussel, Bruylant, 1981, 69-93.

VEKEMAN, R., "Machtsafwending", *RW* 1980-81, 2649-2684.

VEKEMAN, R., "De niet-inroepbaarheid van de onwettigheid van een vroegere individuele administratieve akte bij het bestrijden van een latere", *TBP* 1981, 535-543.

VELAERS, J., "Het Arbitragehof «derde fase»: de bijzondere wet van 9 maart 2003", *RW* 2003-04, 1401-1416.

VELAERS, J., "Wie moet de wet maken, volgens de Grondwet? Vragen bij de toenemende juridisering van de taakverdeling tussen parlement en regering", in P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Wie maakt de wet?*, Brugge, die Keure, 2006, 139-147.

VELAERS, J. en VAN DROOGHENBROECK, S., nota voor de werkgroep belast met het onderzoek van titel II van de Grondwet, *Parl.St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2867/001, 84-344.

VELAERS, J., "Het 'recht op de wetgever': beschouwingen over de voorbehouden en de residuaire bevoegdheden", in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 1631-1641.

VELAERS, J. en PEETERS, Y., "De 'lopende zaken' en de ontslagnemende regering", *TBP* 2008, 3-19.

VELAERS, J., "Artikel 26, § 4, van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscollages bij samenloop van grondrechten", *TBP* 2010, 387-410.

VELU, J., concl. voor Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1982, I, 1057-1082.

VELU, S., "Mesures d'ordre intérieur et sanctions disciplinaires dans la magistrature judiciaire", in *Imperat lex. Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 333-362.

VERBIST, S., "Rechtsbescherming bij de Raad van State tegen complexe administratieve rechtshandelingen", *CDPK* 2007 (Feesteditie 10 jaar CDPK), 103-121.

VERDEYEN, V., "Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering", *CDPK* 2006, 323-343.

VERDUSSEN, M., "Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales", *JT* 2010, 398-402.

VERHAEGHE, M., "Over gevaarlijke preparaten en (nog) gevaarlijker wetsbepalingen", *RW* 1995-96, 873-875.

VERHEVEN, I., "Naar een nieuwe invulling van het begrip « volle rechtsmacht » ? Het contentieux van de economische regulatoren", in *Actualia Publiekrecht 1, Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, 1-50.

VERHOEVEN, A., "Een (gedeeltelijke) verdediging van het Lissabon-Urteil: over de onvervangbare rol van de nationale grondwetten in de Europese Unie", *TBP* 2010, 27-37.

VERMEERSCH, F., "Het vertrouwensbeginsel in het fiscaal recht", *AFT* 2010, nr. 8-9, 38-62.

VERMEULEN, P., "De inroeping van de onrechtmatigheid van administratieve beschikking als grondslag van een vordering tot nietigverklaring van een latere beschikking", *TBP* 1957, 81-101.

VEROUGSTRAETE, I., "Cassatie in civiele zaken", in *Preadviezen over de werkwijze van de hoogste rechtscollages*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007, 143-181.

VEROUGSTRAETE, I., "Les sanctions disciplinaires: du traitement cruel au respect de la concurrence", in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 717-734.

VERRIJDT, W., "De interpretatieve wet: retroactiviteit en rechtszekerheid", *TBP* 2007, 259-280.

VERRIJDT, W., "Artikel 6, § 1 van het EVRM en het belastingrecht", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 33-53.

VERRIJDT, W., "De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever", in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 305-369.

VERRIJDT, W., "Should the EU effectiveness principle be applied to judge national constitutional review procedures?", in *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, 543-570.

VERSTEGEN, R., "Die goede oude scheiding der machten. Over terugvorderingen en verjaring, retroactiviteit en rechtszekerheid, scheiding der machten, impliciete bevoegdheden, interpretatieve wetten en goede legistiek", noot onder GwH 19 december 2002, nr. 189/2002, *TORB* 2002-03, 482-490.

VOERMANS, W.J.M. en VAN BIJSTERVELD, S.C., "Inleiding hoofdstukken 5 en 6: wetgeving, bestuur en rechtspraak", in A.K. KOEKKOEK (ed.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2000, 395-442.

VRIJDEERS, E., "Aansprakelijkheid van de Staat, schadebeperkingsplicht en verjaring", noot onder Brussel 2 oktober 2008, *RABG* 2009, 623-629.

VUYE, H., "Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever. Van Europees recht naar Belgisch recht: een (te) grote stap?", in H. VANDENBERGHE (ed.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2005, 123-204.

WARLOMONT, R., "Le contrôle juridictionnel de la légalité des arrêtés et règlements en France et en Belgique", *Revue de l'Administration et du droit administratif de la Belgique* 1949, 173-191.

WERQUIN, Th., concl. voor Cass. 17 september 2001, S.99.0198.N, *Arr.Cass.* 2001, 1455-1458, nr. 465.

WERQUIN, Th., concl. voor Cass. 21 december 2007, C.06.0457.F.

WEYMEERSCH, W., "Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van de Raad van State", in I. COOREMAN (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 325-359.

WILDEMEERSCH, J., "La responsabilité des pouvoirs publics: valse à trois temps sur un air de 1382", in B. KOHL (ed.), *Droit de la responsabilité*, Luik, Anthemis, 2008, 231-280.

WILLEMART, E., "Le pouvoir du ministre des finances d'accorder des remises ou des modérations d'amendes fiscales est-il soumis à un contrôle de pleine juridiction ?", in R. ANDERSEN, D. DEOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 599-611.

WINTGENS, L.J., "Rationeel recht. Een rechtsfilosofisch en rechtstheoretisch essay over wetgevingstheorie", *TPR* 1992, 703-751.

WIRTGEN, A., "Bespreking van technieken van pragmatisch en billijk conflictbeheer door de Raad van State", in G. DEBERSAQUES, M. VAN DAMME, S. DE CLERCQ en G. LAENEN (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 281-316.

WIRTGEN, A., "Het ambtshalve aanvoeren van middelen door de Raad van State in het raam van het beroep tot nietigverklaring", *TBP* 2006, 515-540.

WIRTGEN, A., "Recente ontwikkelingen inzake overheidsaansprakelijkheid", in P.D.G. CABOOR, J. DEBIÈVRE, G. LAENEN e.a., *Rechtsbescherming*, (Actualia publiekrecht, 1), Brugge, die Keure, 2008, 123-158.

WIRTGEN, A., "Verjaring inzake overheidsaansprakelijkheid: stuiting door het beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State", *CDPK* 2009, 188-194.

WITMEUR, R., "Existe-t-il pour le juge judiciaire une obligation ou un devoir de surséance à statuer s'il doit contrôler un acte administratif qui est déferé à la censure du Conseil d'Etat ?", *P&B* 1997, 59-64.

WITMEUR, R., "L'autorité de la chose jugée administrativement", in *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 792-800.

WODON, L., *Le contrôle juridictionnel de l'administration et la responsabilité des services publics en Belgique*, Brussel, 1920, (gedeeltelijk) opgenomen in *Parl.St. Kamer 1936-37*, nr. 211, 42-60.

WOUTERS, J. en VAN EECKHOUTTE, D., "Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde: een overzicht van bronnen en instrumenten", in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde. Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 3-82.

* *
*

INHOUDSOPGAVE

HOOFDSTUK I – INLEIDING.....	1
Afdeling 1 – De scheiding der machten	2
§ 1. Een ongeschreven algemeen rechtsbeginsel	2
§ 2. Een soepele scheiding der machten	3
§ 3. Een fundamenteel organisatieprincipe van de Grondwet.....	5
Afdeling 2 – De rechtsstaat.....	6
§ 1. De scheiding der machten als grondslag van de rechtsstaat	6
§ 2. De rechtsstaat als grondslag van het wettigheidsbeginsel.....	7
§ 3. De artikelen 105 en 108 van de Grondwet.....	9
Afdeling 3 – De jurisdictionele controle	10
§ 1. De noodzaak van rechterlijk wettigheidstoezicht	10
§ 2. Het wettigheidstoezicht door de gewone hoven en rechtbanken	10
§ 3. Het wettigheidstoezicht door de Raad van State.....	11
Afdeling 4 – De draagwijdte van artikel 159 van de Grondwet	11
§ 1. De draagwijdte is algemeen maar niet onbegrensd	11
§ 2. Artikel 159 van de Grondwet is de toepassing van een algemeen rechtsbeginsel.....	12
§ 3. Positionering ten opzichte van andere algemene rechtsbeginselen.....	14
HOOFDSTUK II – HET WETTIGHEIDSBEGINSEL EN HET RECHTSZEKERHEIDSBEGINSEL	16
Afdeling 1 – De algemene rechtsbeginselen als leidraad.....	16
Afdeling 2 – Het wettigheidsbeginsel.....	17
§ 1. Het wettigheidsbeginsel als werkinstrument van de rechtsstaat	17
§ 2. Het wettigheidsbeginsel ter vrijwaring van de hiërarchie van de rechtsnormen	18
§ 3. Onderscheid tussen het materiële en het formele wettigheidsbeginsel.....	19
§ 4. Onderscheid tussen het bijzondere en het algemene wettigheidsbeginsel.....	20
a. <i>Het bijzondere wettigheidsbeginsel in bepaalde aangelegenheden</i>	21
b. <i>Het algemene wettigheidsbeginsel</i>	23
§ 5. Het wettigheidsbeginsel stelt kwaliteitseisen aan de regelgever	25
a. <i>Het wettigheidsbeginsel in het EVRM</i>	25
b. <i>Het vereiste van toegankelijkheid van de wetgeving</i>	26
c. <i>Het vereiste van voorzienbaarheid van de wetgeving</i>	28
§ 6. De uitvoeringsplicht als uitvloeisel van het wettigheidsbeginsel.....	29
Afdeling 3 – Twee rechtsdomeinen als voorbeeld	30
§ 1. Het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel.....	30
a. <i>De oorsprong</i>	30
b. <i>De teksten</i>	31
c. <i>De draagwijdte</i>	34
d. <i>Het toepassingsgebied</i>	35
e. <i>Verbod van delegatie</i>	37
f. <i>Vereiste van nauwkeurigheid en voorzienbaarheid</i>	40
g. <i>Verbod van terugwerkende kracht</i>	48
h. <i>Evenredigheid van de straf</i>	50
i. <i>Verbod van analogische interpretatie van de strafwet</i>	52
§ 2. Het fiscaal wettigheidsbeginsel: een beknopte vergelijking	53
a. <i>Verbod van delegatie</i>	53
b. <i>Vereiste van nauwkeurigheid en voorzienbaarheid</i>	55
c. <i>Verbod van terugwerkende kracht</i>	55
d. <i>Evenredigheid van de belastingen</i>	57
e. <i>Verbod van analogische interpretatie</i>	57
Afdeling 4 – Het rechtszekerheidsbeginsel	58
§ 1. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof	59
a. <i>Het rechtszekerheidsbeginsel</i>	59
b. <i>Het vertrouwensbeginsel</i>	63
§ 2. De rechtspraak van de Raad van State	66

a.	<i>Het rechtszekerheidsbeginsel</i>	66
b.	<i>Het vertrouwensbeginsel</i>	67
§ 3.	De rechtspraak van het Hof van Cassatie	68
a.	<i>Het rechtszekerheidsbeginsel</i>	68
b.	<i>Het vertrouwensbeginsel</i>	69
§ 4.	De rechtspraak van het Hof van Justitie	75
a.	<i>Het rechtszekerheidsbeginsel</i>	75
b.	<i>Het vertrouwensbeginsel</i>	77
§ 5.	De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens	81
a.	<i>Het rechtszekerheidsbeginsel</i>	81
b.	<i>Het vertrouwensbeginsel</i>	83
Afdeling 5 – De verhouding tussen het wettigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel		86

HOOFDSTUK III – RECHTSHISTORISCHE EN RECHTSVERGELIJKENDE AANTEKENINGEN 88

Afdeling 1 – De keuze voor Frankrijk en Nederland		88
Afdeling 2 – Het historisch kader.....		89
§ 1.	Vóór de Franse Revolutie: het Edict van Saint-Germain	89
§ 2.	Na de Franse Revolutie: de Franse Grondwet	91
§ 3.	Na het Congres van Wenen: de Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden	93
§ 4.	Op de golven van een nieuw revolutionair klimaat: de Belgische Grondwet.....	94
Afdeling 3 – De wettigheidstoetsing in Frankrijk		96
§ 1.	De wettigheidstoetsing in het algemeen.....	96
§ 2.	De incidentele wettigheidstoetsing (exceptie van onwettigheid)	99
a.	<i>Wie mag welke bestuurshandelingen toetsen ?</i>	99
b.	<i>Hoe lang mogen bestuurshandelingen worden getoetst en met welke gevolgen ?</i>	101
§ 3.	De exceptie van ongrondwettigheid.....	105
Afdeling 4 – De wettigheidstoetsing in Nederland		106
§ 1.	De wettigheidstoetsing in het algemeen.....	106
§ 2.	De incidentele wettigheidstoetsing (exceptie van onwettigheid)	109
a.	<i>Wie mag welke bestuurshandelingen toetsen ?</i>	109
b.	<i>Hoe lang mogen bestuurshandelingen worden getoetst en met welke gevolgen ?</i>	112
§ 3.	De exceptie van ongrondwettigheid.....	116
Afdeling 5 – De invloed op het Belgische recht		117

HOOFDSTUK IV – WIE MAG HET WETTIGHEIDSTOEZICHT UITOEFENEN? 120

Afdeling 1 – Rechtsprekende organen.....		120
§ 1.	Met eigenlijke rechtspraak belaste organen.....	120
§ 2.	De gewone hoven en rechtbanken	120
§ 3.	De administratieve rechtscolleges en de tuchtrechtscolleges	124
§ 4.	Mag de wetgever de grondwettelijke opdracht aan de rechter beperken ?.....	130
Afdeling 2 – Het Grondwettelijk Hof: enkele bijzondere situaties		131
§ 1.	De onwettigheid van de beslissing om een beroep tot vernietiging in te stellen	132
§ 2.	De onwettigheid van het algemene principes-KB	132
§ 3.	De ongrondwettigheid van een machtigingsbepaling en haar uitvoeringsbesluit	135
§ 4.	De exceptie van on(grond)wettigheid ten aanzien van een wetgevende norm.....	137
Afdeling 3 – Administratieve overheden.....		139
§ 1.	Administratieve overheden in het algemeen	139
§ 2.	Toeziendhoudende overheden in het bijzonder	141
§ 3.	Tussentijdse conclusie	142
§ 4.	De invloed van het administratief beroep	144
§ 5.	De invloed van de <i>Fratelli Costanzo</i> rechtspraak	147
§ 6.	Een proeve van oplossing.....	155
§ 7.	Mag een administratieve overheid zich voor de rechter op artikel 159 van de Grondwet beroepen?	158
§ 8.	Staat artikel 159 van de Grondwet de authentieke interpretatie van overheidsbesluiten in de weg ?.....	162

HOOFDSTUK V – WAT IS HET VOORWERP VAN HET WETTIGHEIDSTOEZICHT?..... 165

Afdeling 1 – Administratieve akten	165
§ 1. De akten en reglementen van administratieve overheden	165
§ 2. Enkele bijzondere soorten van administratieve akten.....	169
a. <i>Administratieve akten die de ontvankelijkheid van een vordering (of verweer) beïnvloeden</i>	169
b. <i>Onteigeningsbesluiten</i>	170
c. <i>Verkavelingsvergunningen</i>	172
d. <i>Herstelvorderingen</i>	173
e. <i>Rulings</i>	174
f. <i>Collectieve arbeidsovereenkomsten</i>	175
Afdeling 2 – Wetgevende akten	176
§ 1. De toetsing van wetgevende normen aan grondwettelijke bepalingen	177
§ 2. De toetsing van wetgevende normen aan bepalingen van internationaal recht.....	178
a. <i>Het Hof van Cassatie: de smeerkaas-doctrine</i>	180
b. <i>Het Hof van Justitie: de Simmenthal-doctrine</i>	182
c. <i>Het Grondwettelijk Hof: de doctrine van de analoge bepalingen</i>	186
§ 3. Een bijzondere wetgevende norm: de ordonnantie.....	192
Afdeling 3 – Jurisdictionele akten	193
§ 1. Jurisdictionele akten van de gewone hoven en rechtbanken	193
§ 2. Jurisdictionele akten van de administratieve rechtscolleges	194
Afdeling 4 – De bestuurshandelingen van de wetgevende en rechterlijke macht.....	194
§ 1. Algemeen	194
§ 2. Individuele bestuurshandelingen inzake overheidsopdrachten en personeel	195
§ 3. Reglementaire bestuurshandelingen inzake overheidsopdrachten en personeel	197
§ 4. De voordracht of de benoeming door een wetgevende vergadering van leden van een orgaan	199
§ 5. Andere beslissingen van een wetgevende vergadering	202
§ 6. Andere beslissingen van een orgaan van de rechterlijke macht	204
§ 7. Besluit: hoe ver mag de rechter gaan in zijn toezicht op grond van artikel 159 van de Grondwet?.....	210
Afdeling 5 – Regeringsdaden	212
Afdeling 6 – Bijzondere machtenbesluiten.....	213
Afdeling 7 – Besluitwetten.....	216
Afdeling 8 – Stilzitten van de overheid / leemte in de regelgeving.....	217
Afdeling 9 – Belgische akten	222
Afdeling 10 – Verdragen.....	222

HOOFDSTUK VI – WANNEER WORDEN DE BESLUITEN EN VERORDENINGEN GESANCTIONEERD? 223

Afdeling 1 – “Wetten”	223
§ 1. Wetten en rechtsnormen van gelijke of hogere rang	223
§ 2. Wetten in materiële zin.....	223
§ 3. <i>Patere legem quam ipse fecisti</i>	225
§ 4. Beleidslijnen en gedragslijnen.....	225
§ 5. Internationale normen: directe werking vereist?	229
Afdeling 2 – Controle van de wettigheid, niet van de opportuniteit	232
§ 1. Controle van de externe wettigheid	232
§ 2. Controle van de interne wettigheid	237
§ 3. Controle van de opportuniteit ?	239
a. <i>Geen controle van de opportuniteit</i>	239
b. <i>Waar ligt de grens tussen wettigheid en opportuniteit ?</i>	240
c. <i>Waarom een grens tussen wettigheid en opportuniteit ?</i>	244
Afdeling 3 – Evolutie van het toetsingskader	246

Afdeling 4 – “Overeenstemmen met”	248
Afdeling 5 – “In zoverre”	250
Afdeling 6 – Enkele procedurele wenken.....	251

**HOOFDSTUK VII – HOE WORDEN DE ONWETTIGE BESLUITEN EN VERORDENINGEN
GESANCTIONEERD? 254**

Afdeling 1 – De bestuurshandeling wordt niet toegepast, maar blijft bestaan.....	254
Afdeling 2 – Ambtshalve buiten toepassing laten?.....	258
§ 1. De rechtspraak van het Hof van Cassatie	258
§ 2. De rechtspraak van de Raad van State	261
§ 3. De rechtspraak van het Hof van Justitie	263
§ 4. Praktische bezwaren	266
Afdeling 3 – Het ganse reglement of enkel de onwettige bepaling buiten toepassing laten?	266
Afdeling 4 – Heeft de onwettigheid van de juridische grondslag van een bestuurshandeling automatisch de onwettigheid van die laatste bestuurshandeling tot gevolg?.....	272
Afdeling 5 – Wat moet het bestuur doen wanneer de rechter een bestuurshandeling buiten toepassing heeft gelaten?	274
Afdeling 6 – Mag de rechter zich in de plaats van het bestuur stellen ?	275
§ 1. Van loutere “exceptie” naar rechtstreekse “vordering”.....	275
§ 2. De grenzen van het rechterlijk optreden	278
§ 3. Het opvullen van leemten in de regelgeving	283
§ 4. Besluit	288
Afdeling 7 – Mag de wetgever zich in de plaats van het bestuur stellen?.....	289

**HOOFDSTUK VIII – DE VERHOUDING TUSSEN ARTIKEL 159 VAN DE GRONDWET EN DE
WETGEVENDE VALIDATIE 290**

Afdeling 1 – Situering.....	290
§ 1. De wetgever treedt op om de rechtszekerheid te herstellen	290
§ 2. Het wetgevend optreden is aan jurisdictionele controle onderworpen.....	291
§ 3. Technieken van wetgevende validatie.....	292
Afdeling 2 – Uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang.....	293
§ 1. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens	293
§ 2. Het Grondwettelijk Hof.....	294
§ 3. Doel of gevolg ?.....	295
§ 4. De aangekondigde validatie	296
§ 5. De klassieke validatie	298
Afdeling 3 – De aard van de toegedekte onwettigheid	302
§ 1. Externe onwettigheid	302
§ 2. Interne onwettigheid.....	305
§ 3. De aard van de toegedekte onwettigheid in het licht van de rechtszekerheid	306
Afdeling 4 – De wetgever moet bevoegd zijn.....	308
§ 1. Horizontale bevoegdheidsverdeling	308
§ 2. Verticale bevoegdheidsverdeling	309
§ 3. Het verlenen van stedenbouwkundige vergunningen	311
§ 4. Validatie van individuele besluiten	313
Afdeling 5 – De rechtsbescherming moet zijn gewaarborgd.....	314
§ 1. De aard van de toegedekte onwettigheid in het licht van de rechtsbescherming	314
§ 2. Volstaat de toetsing door het Grondwettelijk Hof?	315
§ 3. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens	316

Afdeling 6 – Het gezag van het rechterlijk gewijsde	317
§ 1. Uitvoering van de uitspraak	317
§ 2. Kracht van gewijsde	318
§ 3. Gezag van gewijsde	320
§ 4. Het Grondwettelijk Hof	321
§ 5. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens	322
§ 6. Het Hof van Justitie	322
Afdeling 7 – Enkele besluiten	324

HOOFDSTUK IX – DE VERHOUDING TUSSEN ARTIKEL 159 VAN DE GRONDWET EN HET BEGRIP “VOLLE RECHTSMACHT” 326

Afdeling 1 – Het spanningsveld tussen artikel 159 van de Grondwet en artikel 6 van het EVRM	326
---------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Afdeling 2 – Het vereiste van volle rechtsmacht in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: het arrest <i>Silvester’s Horeca Service</i> gedemystifieerd	328
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Afdeling 3 – Het vereiste van volle rechtsmacht ten aanzien van administratieve sancties: het Grondwettelijk Hof ontwikkelt een eigen rechtspraak	338
§ 1. Sociale geldboeten	340
§ 2. Fiscale geldboeten	347
§ 3. Administratieve geldboeten in andere materies	354
§ 4. Poging tot synthese	361

Afdeling 4 – Het vereiste van volle rechtsmacht ten aanzien van tuchtsancties: de annulatiebevoegdheid van de Raad van State volstaat	362
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Afdeling 5 – Het vereiste van volle rechtsmacht ten aanzien van de stedenbouwkundige herstellvordering: het Hof van Cassatie spreekt klare taal	371
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Afdeling 6 – Besluit	381
----------------------------	-----

HOOFDSTUK X – DE VERHOUDING TUSSEN ARTIKEL 159 VAN DE GRONDWET, DE Vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State en de Overheidsaansprakelijkheid 392

Afdeling 1 – Overlappend wettigheidstoezicht	392
§ 1. Oprichting van Raad van State leidt tot overlappend wettigheidstoezicht	392
§ 2. Invloed van de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State op de exceptie van onwettigheid	395
a. <i>Eerste hypothese: er is geen annulatieberoep ingediend bij de Raad van State</i>	395
b. <i>Tweede hypothese: het annulatieberoep werd door de Raad van State verworpen</i>	396
c. <i>Derde hypothese: de vordering tot schorsing werd door de Raad van State verworpen</i>	397
d. <i>Vierde hypothese: de Raad van State heeft de onwettige akte vernietigd</i>	399
e. <i>Vijfde hypothese: de Raad van State heeft de onwettige akte geschorst</i>	403
f. <i>Twee illustraties van de moeizame toepassing van de principes in de praktijk</i>	404

Afdeling 2 – De toetsing van rechtsverlenende individuele akten: uiteenlopende rechtspraak	406
§ 1. De opvatting van de Raad van State	407
§ 2. De opvatting van het Hof van Cassatie	409
§ 3. De opvatting van het Rekenhof	412
§ 4. De opvatting van het Hof van Justitie	413
§ 5. De opvatting van het Grondwettelijk Hof	414

Afdeling 3 – De verhouding tussen artikel 159 van de Grondwet en de overheidsaansprakelijkheid	417
§ 1. Eerste valkuil: de eenheid van onwettigheid en fout	418
a. <i>Eerste voorbehoud: de geschonden rechtsregel legt een welbepaald gedrag op</i>	419
b. <i>Tweede voorbehoud: grond tot vrijstelling van aansprakelijkheid</i>	423
c. <i>Derde voorbehoud?</i>	427
§ 2. Tweede valkuil: het causaal verband	427
§ 3. Derde valkuil: de “rechtvaardiging” van de schade	431
§ 4. Vierde valkuil: de termijn voor het indienen van een vordering	431

HOOFDSTUK XI – DE VERHOUDING TUSSEN ARTIKEL 159 VAN DE GRONDWET EN DE VERJARINGSBEPALINGEN..... 438

Afdeling 1 – Schets van het spanningsveld.....	438
§ 1. Een onverschuldigde betaling kan de wettigheid verstoren	438
§ 2. Een verjaringsbepaling kan het herstel van de wettigheid belemmeren	438
a. <i>De gemeenrechtelijke verjaringstermijnen</i>	438
b. <i>Bijzondere verjaringstermijnen</i>	439
c. <i>De verjaringstermijnen voor vorderingen ten laste of ten voordele van de overheid</i>	439
§ 3. Doen de verjaringstermijnen afbreuk aan artikel 159 van de Grondwet ?	442
Afdeling 2 – De verjaring in het domein van de sociale zekerheid.....	443
§ 1. De verjaringstermijnen inzake de terugvordering van onverschuldigde sociale prestaties	443
§ 2. De verjaringstermijnen als evenwicht tussen wettigheid en rechtszekerheid.....	446
Afdeling 3 – De verjaring in het domein van het fiscaal recht.....	450
§ 1. Termijnen, terugvordering en aansprakelijkheid: de principes	450
§ 2. Termijnen, terugvordering en aansprakelijkheid: een toepassing.....	457
Afdeling 4 – Enkele besluiten	462

HOOFDSTUK XII – BESLUITEN, STELLINGEN EN AANBEVELINGEN..... 464

Afdeling 1 – De rol van artikel 159 van de Grondwet.....	464
§ 1. Inbedding in de algemene rechtsbeginselen.....	464
§ 2. Dogma en erfzonde	464
Afdeling 2 – De grenzen van artikel 159 van de Grondwet.....	466
§ 1. De bewoordingen van artikel 159 van de Grondwet als grens?.....	466
§ 2. Het beginsel van de scheiding der machten als grens	468
a. <i>Het bestuur mag zich niet mengen in de rechtsbedeling</i>	468
b. <i>De wetgever mag zich niet mengen in de rechtsbedeling</i>	469
c. <i>De rechter mag zich niet mengen in het beleid</i>	469
§ 3. Het rechtszekerheidsbeginsel als grens	472
a. <i>Het gezag van gewijsde van een verwerpingsarrest van de Raad van State</i>	475
b. <i>De erkenning van de onaantastbaarheid van een definitieve bestuurshandeling</i>	484
§ 4. Naar een meer coherente rechtsbescherming.....	490
Afdeling 3 – Samenvatting in twaalf stellingen.....	494

BIBLIOGRAFIE..... 497

INHOUDSOPGAVE..... 529