

ALGEMENE PRAKTISCHE RECHTSVERZAMELING

Toepassing van de wet in de tijd
Vaststelling en beoordeling van temporele functies

P. POPELIER

Docente U.I.A.
Post-doctoraal onderzoeker F.W.O.-Vlaanderen

1999



E.Story-Scientia

In deze verhandeling is de stof bijgehouden tot 1 september 1998.

202 9860-110



ISBN 90 5583 442 4
D 1999 2664 8

© 1999 Kluwer Rechtswetenschappen België
(Kluwer Rechtswetenschappen België en E. Story-Scientia)
Santvoortbeeklaan 21-25
2100 Antwerpen
Tel.: 0800-145 00 (gratis nummer)

Behoudens de uitdrukkelijk bij Wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de uitgever.

INHOUD

	Nrs.
Inleidend hoofdstuk	1-21
Afd. I RECHT EN TIJD	1-6
Afd. II WETGEVINGSPOLITIEKE BESCHOUWINGEN	7-11
Afd. III REGELINGSTECHNISCHE BESCHOUWINGEN	12-17
Afd. IV STRUCTUUR VAN HET ONDERZOEK	18-21
Titel I ANALYSE VAN DE TIJDSSTRUCTUUR VAN NORMEN	22-54
Hfdst. I TIJDSSTRUCTUUR VAN EEN NORM	23-46
Afd. I ONTSTAAN VAN EEN NORM	23-24
Afd. II UITVOERBARE KRACHT	25-26
Afd. III BEKENDMAKING OF BETEKENING VAN EEN NORM	27-32
Afd. IV INWERKINGTREDING	33-36
Afd. V TEMPORELE FUNCTIE	37-38
Afd. VI OVERGANGSMAATREGELEN	39
Afd. VII VERDWIJNEN VAN EEN NORM UIT DE RECHTSORDE	40-46
Hfdst. II TEMPORELE FUNCTIES	47-54
Afd. I FORMELE BENADERING	47-49
Afd. II MATERIËLE BENADERING	50-51
Afd. III KEUZE TUSSEN DE FORMELE EN DE MATERIËLE BENADERING	52-54
Titel II VASTSTELLING VAN HET TEMPORELE TOEPASSINGSGEBIED	55-171
Hfdst. I PRINCIPES VAN OVERGANGSRECHT. ALGEMENE REGEL	55-77
Afd. I FORMULERING VAN DE PRINCIPES VAN OVERGANGSRECHT	55-63

	Nrs.
Afd. II JURIDISCHE GRONDSLAG VAN DE PRINCIPES VAN OVERGANGSRECHT	64-71
Afd. III RECHTVAARDIGING VOOR DE PRINCIPES VAN OVERGANGSRECHT	72-77
Hfdst. II PRINCIPES VAN OVERGANGSRECHT IN SPECIFIEKE RECHTSMATERIES	78-171
Afd. I OVEREENKOMSTEN	79-85
Afd. II STRAFRECHT	86-109
§ 1. Formulering en neerlegging van de strafrechtelijke principes van overgangsrecht	87-92
§ 2. Rechtvaardiging voor de strafrechtelijke principes van overgangsrecht	93-96
§ 3. Toepassingsgebied van de strafrechtelijke principes van overgangsrecht	97-102
§ 4. Uitzonderingen op het principe van de retroactieve werking van de mildere strafwet	103-109
Afd. III PROCESRECHT	110-126
§ 1. Principe van de onmiddellijke werking	111-119
§ 2. Wettelijke correctie op het principe van de onmiddellijke werking	120-126
Afd. IV FISCAAL RECHT	127-133
§ 1. Algemene regel	127-129
§ 2. Directe belastingen	130-133
Afd. V VERJARINGSTERMIJNEN	134-139
§ 1. Verlenging van de termijn	135-137
§ 2. Verkorting van de termijn	138-139
Afd. VI INTERNATIONAAL PRIVAATRECHTELIJK CONFLICTENRECHT	140-149
§ 1. Toepassing van de gemeenrechtelijke principes van overgangsrecht	142-144
§ 2. Formulering van een bijzonder principe van overgangsrecht in de rechtsleer	145-149
Afd. VII INTERPRETATIEVE NORMEN	150-165
§ 1. Kwalificatie van een rechtsregel als interpretatief	152-157
§ 2. Temporele functie van een interpretatieve wet of een interpretatief decreet	158-161
§ 3. Principe van overgangsrecht bij interpretatieve ordonnaties en besluiten	162-165
Afd. VIII RECHTSHERSTEL NA EEN VERNIETIGINGSARREST VAN DE RAAD VAN STATE	166-171
Titel III BEOORDELING VAN DE TEMPORELE FUNCTIE	172-354
Hfdst. I INVALSHOEKEN VOOR DE BEOORDELING VAN DE TEMPORELE FUNCTIE	172-238
Afd. I DIVERSE INVALSHOEKEN EN DE DAARUIT VOORTVLOEIENDE BEOORDELINGSTECHNIEKEN	172-186
§ 1. Beoordelingstechnieken	175-179
§ 2. Referentienormen	180-186
Afd. II LEGALITEIT	187-206

§ 1. Bevoegdheidsgrond	188-190
§ 2. Artikel 2 B.W.	191-201
A. Bestaan van een wettelijke grondslag	193-197
B. Begunstigende besluiten	198-199
C. Andere uitzonderingen	200-201
§ 3. Strafrechtelijk retroactiviteitsverbod	202-204
§ 4. Legaliteitsbeginsel	205-206
Afd. III GELIJKHEIDSBEGINSEL	207-212
Afd. IV RECHT OP EEN BEHOORLIJKE RECHTSBEDELING	213-230
§ 1. Rechtspraak van het Arbitragehof	215-227
A. Legislatieve validaties	215-219
B. Validatie door de federale wetgever	220-224
C. Validatie door de decreetgever	225-226
D. Beroep tot schorsing	227
§ 2. Rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens	228-230
Afd. V EIGENDOMSRECHT	231-236
Afd. VI RECHTSZEKERHEID	237-238
Hfdst. II INVALSHOEK VAN DE RECHTSZEKERHEID	239-321
Afd. I VERKREGEN RECHTEN EN LEERSTUK VAN INTREKKING EN OPHEFFING VAN BESLUITEN	239-274
§ 1. Verkregen rechten	239-242
§ 2. Intrekking en opheffing van besluiten. Rechtspraak van de Raad van State	243-266
A. Kwalificatie als intrekking- of opheffingsbesluit	243
B. Beoordeling van intrekkingbesluiten	244-252
C. Beoordeling van opheffingsbesluiten	253-254
D. Grondslag voor het beoordelingsschema	255-257
E. Problematiek van de band met de beroepstermijn	258-263
F. Versoepelingen van het schema	264-266
§ 3. Intrekking van besluiten. Rechtspraak van het Hof van Cassatie	267-269
§ 4. Standpunt van het Rekenhof	270
§ 5. Besluit	271-274
Afd. II RECHTSZEKERHEID EN VERTROUWENSBEGINSEL	275-289
§ 1. Concept van rechtszekerheid	275-281
§ 2. Omschrijving in de rechtspraak van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel	282-285
§ 3. Beoordeling van de temporele functies vanuit het concept van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel	286-289
Afd. III CRITERIA VOOR DE TOETSING AAN HET VERTROUWENSBEGINSEL	290-321
§ 1. Criterium van het overheidsoptreden als beslissende factor	291-294
§ 2. Criterium van de investeringschade of de mogelijkheid tot aanpassing aan de nieuwe norm	295-298
§ 3. Criterium van de bijzondere aanwijzingen in de oude norm over zijn duurzaamheid	299-304

	Nrs.
§ 4. Criterium van de juridische context	305-307
§ 5. Criterium van de externe omstandigheden	308-310
§ 6. Criterium van de onduidelijke rechtstoestand	311-313
§ 7. Criterium van de ongeldige norm	314-315
§ 8. Criterium van het declaratief karakter	316-317
§ 9. Criterium van de uitvoerbare normstelling	318-319
§10. Criterium van het algemeen belang	320-321
Hfdst. III GEVOLGEN VAN DE TOETSING	322-344
Afd. I VASTSTELLING VAN DE ONRECHTMATIGHEID VAN DE NORM ZONDER GEVOLGEN	323-324
Afd. II GEVOLGEN DIE GEEN BEOORDELING INHOUDEN OVER DE RECHTMATIGHEID VAN DE NORM	325-332
Afd. III NIET-TOEPASSING, SCHORSING OF VERNIETIGING VAN DE NORM	333-341
Afd. IV VORDERING TOT SCHADEVERGOEDING	342-344
Afrondend hoofdstuk	345-354

LITERATUURLIJST

1. Algemeen

a. Boeken en bijdragen in boeken

- ALEN, A., *Handboek Staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 889 p.
- ANDERSEN, R., "Quelques réflexions sur la responsabilité du fait des lois", in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Brussel, Larcier, 1973, 391-441.
- ANDERSEN, R., "La sécurité juridique et la section de législation du Conseil d'Etat", in *La sécurité juridique*, Luik, Ed. du jeune barreau de Liege, 1993, 270 p., 195-213.
- BLEGVAD, M., "Time, society, and law", in *Time, law and society*, A.R.S.P. Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1995, nr. 64.
- BOBBIO, N., "Le bon législateur", in *Le raisonnement juridique*, HUBIEN, H. (ed.), Brussel, Bruylant, 1971, 243-249.
- BOES, M., "Het redelijkheidsbeginsel", in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, OPDEBEEK, I. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1993, 194 p., 87-116.
- BONNEAU, T., *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, Parijs, PUF 1990, 397 p.
- BOUCKAERT, B., *De exegetische school*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 527 p.
- BUTTGENBACH, A., *Manuel de droit administratif*, Brussel, Larcier, 1966, 751 p.
- BYVOET, J., *Wetgevingstechniek*, Heule, UGA, 1971, 139 p.
- CABANIS, A., "L'utilisation du temps par les rédacteurs du code civil", in *Mélanges P. Hebraud*, Toulouse, 1981, 171-183.
- CEREXHE, E., HAUBERT, B. en REGNIER, J., *Principes généraux et fondements du droit*, Namen, P.U.Namur 1977, 547 p.
- CLOSSET-MARCHAL, G., *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Brussel, Bruylant, 1983, 270 p.
- COHEN-JONATHAN, G., *La Convention europeene des droits de l'homme*, Parijs, Economica, 1989, 616 p.
- COREMANS, H. en VAN DAMME, M., *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, Die Keure, 1994, 154 p.
- CORNELIS, L., *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1989, 774 p.
- CRAENEN, G., *De staatsrechtelijke regeling van aanvaarding en invoering van verdragen in België*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 40 p.
- DE JONGHE, J., *De staatsrechtelijke verplichting tot bekendmaking van normen*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 183 p.
- DE LANGE, R., *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1991, 284 p.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 1196 p.
- DE VISSCHER, P., "La promulgation, la signature et la publication des lois en droit belge", in *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, HERZOG, B. en VLACHOS, G. (eds.), Parijs, Les eds. De l'épargne, 1961, 256 p., 41-61.
- DE VROEDE, P. en GORUS, J., *Inleiding tot het recht*, Antwerpen, Kluwer, vijfde druk, 1990, 272 p.
- DE WAARD, B.W.N., *Beginselen van behoorlijke rechtspleging*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, 450 p.
- DEMBOUR, J., *Les actes de la tutelle administrative en droit belge*, Brussel, Larcier, 1955, 385 p.
- DEMBOUR, J., *Droit administratif*, Luik, Fac. de droit, 1972, 513 p.
- DUK, W. en JEUKENS, H.J.M., *Terugwerkende kracht – preadviezen*, Haarlem, W.E.J. Tjeenk Willink, 1965, 95 p.
- ERGEC, R., *Introduction au droit public*, I, Brussel, E. Story Scientia, 1990, 236 p.
- FAGNART, J.-L., "De la légalité à l'égalité", in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 533 p., 5-57.
- FAWCETT, J.E.S., *The application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 444 p.

- FLAMME, M.-A., *Droit administratif*, I, Brussel, Bruylant, 1989, 655 p.
- GEELHAND, N., *Belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht*, I, Gent, Mys & Breesch, 1994, 953 p.
- GÖTZ, V., "Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz", in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetzes*, STARCK, C. (ed.), Tübingen, J.C.B. Mohr, 1976, 559 p., 421-452.
- GUNTER, G., *Cases and materials on constitutional law*, Minaola, N.Y., The Foundation Press, 1980, tiende uitgave, 1717 p.
- HESSEL, B., *Rechtsstaat en economische politiek*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, 606 p.
- HESSEL, B., *Overheidsoptreden in de relationistische rechtsstaat*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, 26 p.
- HEUKELS, T., *Intertemporales Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1990, 356 p.
- HIJMANS VAN DEN BERGH, L.J., *Opeenvolgen van rechtsregels*, Utrecht, 1928, 391 p.
- HUSSERL, G., "Recht und Zeit", in *Recht und Zeit*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1955, 7-65.
- JACQMAIN, J., "Droit au travail, droit du travail", in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, ERGEC, R., (ed.), Brussel, Bruylant, 1995, 317 p., 163-192.
- JURA FALCONIS (ed.), *De retroactiviteit van rechtsregels*, Leuven, *Jura Falc.*, 1998, 160 p.
- KISKER, G., *Die Rückwirkung von Gesetzen*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1963, 185 p.
- KLEIN, F. en BARBEY, G., *Bundesverfassungsgericht und Rückwirkung von Gesetzen*, Bonn a.Rh., Institut Finanzen und Steuern, 1964, 133 p.
- KNIGGE, G., *Verandering van wetgeving*, Arnhem, Gouda Quint, 1984, 687 p.
- LAMBOTTE, C., *Technique législative et codification*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 275 p.
- LAMBOTTE, C., *De Raad van State*, Brussel, UGA, 1984, 580 p.
- LAMBOTTE, C., *Technique législative et codification*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 275 p.
- LAMBRECHTS, W., "Het zorgvuldigheidsbeginsel", in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, OPDEBEEK, I. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1993, 194 p., 27-50.
- LENAERTS, K., *Constitutie en rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 610 p.
- LEROY, M., *Les reglements et leurs juges*, Brussel, Bruylant, 1987, 192 p.
- LEROY, M., "Responsabilité des pouvoirs publics du chef de méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif", in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 533 p., 299-341.
- LEWALLE, P., *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Luik, Fac. de droit, 1975, 420 p.
- LEWALLE, P., "Le délai du recours pour excès de pouvoir et la transparence administrative", in *Liber Amicorum Prof. dr. G. Baeteman*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 748 p., 625-653.
- LEWALLE, P., "L'égalité, sécurité, stabilité en droit administratif. Un équilibre introuvable?", in *Liber Amicorum Hannequart et Rasin*, Diegem, Kluwer, 1997.
- MARTENS, P., "L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité", in *Présence du droit public et des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1992, 1, 661 p., 49-68.
- MARTENS, P., "La constitutionnalisation du droit juridictionnel", in *Liber Amicorum Hannequart et Rasin*, Diegem, Kluwer, 1997.
- MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M. en VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 917 p.
- MATHIEU, B., *Les 'validations' législatives*, Parijs, Economica, 1987.
- MEERSSCHAUT, P., "De bevoegdheidsverdeling tussen wetgevende en uitvoerende macht: een afdwingbaar fundamenteel grondrecht van de burger?", in *Jaarboek Mensenrechten 1995-1996*, Antwerpen, Maklu, 1996, 383-388.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Parijs, Gamier Frères, 580 p.
- MORTELMANS, K., *De invloed van het Europees gemeenschapsrecht op het Belgisch economisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1978, 792 p.
- NOWAK, J., ROTUNDA, R. en NELSON YOUNG, J., *Constitutional law*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1986, 1191 p.
- OPDEBEEK, I., *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1992, 482 p.
- OST, F., "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur", in

- L'interprétation en droit*, VAN DE KERCHOVE, M. (ed.), Brussel, F.U.S.L., 1978, 97-184.
- OST, F., "Les multiples temps du droit", in *Le droit et le futur*, AUSTRUY, J.-J., BAUCHET, P. e.a., Parijs, PUF, 1985, 153 p., 115-153.
- OVERHOFF, R.W. en MOLENAAR, L.J., *In de regel beslist*, 's Gravenhage, SDU Uitgeverij, 1991, 382 p.
- PARENTIER, C., "La sécurité juridique, un principe générale du droit?", in *La sécurité juridique*, Luik, Eds. du jeune barreau de Liège, 1993, 270 p., 21-34.
- PEETERS, B., *Convenanten, in het bijzonder milieuconvenanten*, Zwolle, W.E.J. W [link, 1994, 76 p.
- POLMAN, J.J.R., *Temporele werking van wetten*, Amsterdam, Vrije Universiteit Amsterdam, 1984, 532 p.
- PEPELIER, P., "Legislatieve 'validatie': een kwestie van wetgevingstechniek", in *Wetgeving in theorie en praktijk*, ADAMS, A. en WINTGENS, L.J. (eds.), Antwerpen, Maklu, 1994, 194 p., 77-94.
- PEPELIER, P., *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 663 p.
- PEPELIER, P., "De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel", in STORME, M.E., PEPELIER, P. en VERSTRAETEN, R., *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in België*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 168 p., 71-114.
- RIGAUX, F., *Introduction à la science du droit*, Brussel, Ed. Vie Ouvrière, 1974, 407 p.
- RIMANQUE, K., "Noodzakelijkheid in een democratische samenleving", in *Liber Amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983,1, 1217-1234.
- RIMANQUE, K., *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 143 p.
- ROUBIER, P., *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Parijs, Dalloz/Sirey, tweede uitgave, 1960, 590 p.
- RUTTIENS, R., *La technique législative*, Brussel, Bruylant, 1945, 39 p.
- SALMON, J., *Le Conseil d'Etat*, Brussel, Bruylant, 1994,1, 627 p.
- SCHERMERS, H.G. en WAELBROECK, D., *Judicial protection in the European Communities*, Deventer, Kluwer, 1987, 510 p.
- SCHLOCKERMANN, *Rechtszekerheit als Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des EuGH*, Munchen, Ludwig-Maximilians-Universität, 1984, 166 p.
- SCHREDER, P., *Intrekking van administratieve handelingen*, in *Administratief Lexicon*, Brugge, Die Keure, 1976, 12 p.
- SHKLAR, J., *Legalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, tweede druk, 246 p.
- SUETENS, L.P., "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof", in *Gelijkheid en non-discriminatie*, ALEN, A. en LEMMENS, P. (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1991, 228 p., 95-115.
- SUETENS, L.P., "Eigendomsordening in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens", in *Liber Amicorum Krings*, Brussel, E. Story Scientia, 1991, 1156 p., 807-825.
- SUETENS, L.P., "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen", in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, OPDEBEEK, I. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1993, 194 p., 1-26.
- TRIBE, L., *American constitutional law*, N.Y., The Foundation Press, 1988, 1778 p.
- TROY, D., *Retroactive legislation*, Washington, AEI Press, 1998, 121 p.
- VAN DAMME, M., "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel", in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, OPDEBEEK, I. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1993, 194 p., 117-168.
- VAN DAMME, M. en DE KEGEL, F., *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Brugge, Die Keure, 1994, 134 p.
- VAN DER VEN, J.J.M., "Overgangswetgeving als rechtsverschijnsel", in *Met eerbiedigende werking*, Deventer, Kluwer, 1971, 460 p., 33-41
- VAN FRAEYENHOVEN, G. en LEURQUIN-DE VISSCHER, F., "La rétroactivité et l'effet d'annonce en matière fiscale", in *Protection des droits fondamentaux du contribuable*, ANDERSEN, R. en MALHERBE, J. (eds.), Brussel, Bruylant, 1993, 296 p., 275-293.
- VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch privaatrecht, 1, Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1973, 519 p.
- VAN GERVEN, W., "Beginselen van behoorlijke rechtspraak", in *Liber Amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983,1, 23-29.

- VAN GERVEN, W., "Het evenredigheidsbeginsel: een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst", in *In het nu, wet worden zal*, Deventer, Kluwer, 1991, 316 p., 75-86.
- VAN GERVEN, W., "De normatieve en rechterlijke aansprakelijkheid naar Europees en Belgisch recht", in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, STORME, M. (ed.), Gent, Mys & Breesch, 1993, 395-411.
- VAN GUNSTEREN, H.R., *The quest for control*, Londen, John Wiley & Sons, 1976, 162 p.
- VAN HOECKE, M., "De algemene beginselen als rechtsbron: een inleiding", in *Algemene rechtsbeginselen*, VAN HOECKE, M. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1991, 403 p., 1-28.
- VAN MENSEL, A., CLOECKAERT, I., ONDERDONCK, W. en WYCKAERT, S., *De administratieve rechtshandeling*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 199 p.
- VAN OEVELEN, A., *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in België*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 109 p.
- VAN OEVELEN, A., *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen, Maklu, 1987, 2 delen.
- VAN OEVELEN, A., "De materiële voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de Staat voor de niet-uitoefening van zijn regelgevende bevoegdheid: een vergelijking tussen de rechtspraak van het Hof van Justitie en die van het Hof van Cassatie", in *Publiek recht, ruim bekeken*, Antwerpen, Maklu, 470 p., 427-444.
- VAN OEVELEN, A. en POPELIER, P., *De gevolgen van onrechtmatige wetgeving in het Belgische recht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, 65 p.
- VAN OEVELEN, A. en POPELIER, P., "De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ongedelelijke wetgeving", in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 578 p., 75-127.
- VAN OMMESLAGHE, P., "La responsabilité des pouvoirs publics en droit interne", in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, STORME, M. (ed.), Gent, Mys & Breesch, 1993, 455 p., 413-442.
- VAN ORSHOVEN, P., *Behoorlijke rechtsbedeling en geschillen over directe rijksbelastingen*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 588 p.
- VAN ORSHOVEN, P., "Non scripta, sed nata lex", in *Algemene rechtsbeginselen*, VAN HOECKE, M. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1991, 403 p., 59-80.
- VAN ORSHOVEN, P., "Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken", in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 578 p., 1-36.
- VANDE LANOTTE, J. en GOEDERTIER, G., *Overzicht van het publiek recht*, II, Brugge, Die Keure, 1997, 823 p.
- VANDE LANOTTE, J. en GOEDERTIER, G., "Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen", in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 578 p., 37-74.
- VANDENBERGHE, H., "Interpretatieproblemen bij de bescherming van het eigendomsrecht (art. 1, 1° protocol EVRM)", in *Liber Amicorum Krings*, Brussel, E. Story Scientia, 1991, 1156 p., 373-384.
- VELU, J. en ERGEC, R., *La Convention europeenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 1185 p.
- VERHELST, M., *De praktijk van de beslissingstabellen*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 175 p.
- VRANCKX, *Administratieve rechtshandelingen*, in *Administratief Lexicon*, Brugge, Die Keure, 1961.
- WAALDIJK, K., *Motiveringsplichten van de wetgever*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1994, 463 p.
- WOUTERS, M., "Grondrechtenbescherming in een communautair referentiekader: een vergelijking tussen de toetsing van een nationaal abortusinformatieverbod aan het EVRM en aan het gemeenschapsrecht", in *Jaarboek Mensenrechten 1993*, Antwerpen, Maklu, 1994, 181-203.

b. Artikelen in tijdschriften

- ALBERDINGK THIJM, C.A., "Handel in dode auteurs leidt tot vragen", *A.A.* 1997, 120.
- ARTS, D., "Het gemeenschapsrechtelijk beginsel van de aansprakelijkheid van de Lid-Staten wegens schending van het Gemeenschapsrecht: het Francovicharrest en zijn toepassing in de Belgische rechtsorde", *T.B.P.* 1993, 495-510.
- BESSELINCK, L., "De intertemporele werking van rechtsregels en rechtszekerheid", *T.B.P.* 1991, 174-179.

- CLAEYS BOUÛAERT, I., "Algemene beginselen van het recht. 15 jaar rechtspraak van het Hof van Cassatie (eerste deel)", *R.W.* 1986-87, 913-934.
- D'HOOGHE, D., "Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid", *R.W.* 1993-94, 1091-1103.
- DE FEYTER, K., "De rechtstreekse werking van art. 13 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten", *T.O.R.B.* 1992-93, 249-252.
- DEBAEDTS, F., "De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht", *T.B.P.* 1988, 641-652.
- DEBERSAQUES, G., "De sanctie verbonden aan het verzuim bij de betekening van een bestuurshandeling de beroepsmogelijkheden, de vormvereisten en de termijn te vermelden", *R.W.* 1997-98, 778-780.
- DELAHAUT, P., "Reflexions sur la théorie du retrait des décisions administratives", *Adm.Publ.(T.)* 1978-79, 40-52.
- DELPEREE, F., "Au nom de la loi", *J.T.* 1975, 489-496.
- DELPEREE, F., "Le principe de non rétroactivité des lois – Belgique", *Ann.Intemat.Just.Const.*, VI, 1990, 333-342.
- D'HONDT, J., "Artikel 107 van de grondwet en de onaantastbaarheid van onregelmatige administratieve rechtshandelingen", *T.B.P.* 1990, 563-564.
- DIETZ, A., "Die Schutzdauer-Richtlinie der EU", *GRUR Int.* 1995, 670-686.
- ERGEC, R., "De l'invalidation des 'validations' législatives à l'égalité en matière fiscale", *J.T.* 1991, 837-839.
- FAVRESSE, J.-M., "La théorie du retrait des actes administratifs n'est-elle pas sujette à critique?", *R.J.D.A.* 1971, 161-171.
- FLAMEY, P. en EMPEREUR, E., "Het duinendecreet of de betonning van de duinenbescherming", *R.W.* 1994-95, 377-388.
- FLAMEY, P. en EMPEREUR, E., "En dan nu iets totaal anders: moet er nog zand zijn?", *R.W.* 1995-96, 339-341.
- FRIAUF, K.H., "Gesetzesankündigung und rückwirkende Gesetzgebung in Steuer- und Wirtschaftrecht", *Der Betriebs-Berater* 1972, 669-678.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", *J.T.* 1970, 558-578 en 581-596.
- GEELHAND, N., "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *T.P.R.* 1989, 923-997.
- GRAETZ, M.J., "Legal transitions: the case of retroactivity in income tax revision", *Univ. Pennsylvania L. Rev.* 1977, 47-87.
- GRAETZ, M.J., "Retroactivity revisited", *H.L.R.* 1984-85, 1820-1841.
- HOCHMANN, C.B., "The Supreme Court and the constitutionality of retroactive legislation", *H.L.R.* 1959-60, 692-727.
- HUBERLANT, C. en HAUBERT, B., "Aperçu du rôle du Conseil d'Etat, section de législation", *Adm.Publ.(T.)* 1987, 142-175.
- JANS, J.H., "Evenredigheid: ja, maar waartussen?", *S.E.W.* 1992, 751-770.
- KAPLOW, L., "An economic analysis of legal transitions", *H.L.R.* 1986, 509-617.
- KOOPMANS, T., "Recht en tijd", *R.M. Themis* 1986, 410-414.
- KRINGS, E., "Aspecten van de bijdrage van het Hof van Cassatie tot de rechtsvorming", *Arr.Cass.* 1990-91, 3-70.
- LAGASSE, D., "De l'antinomie entre les principes de la légalité et de la sécurité", *J.T.* 1980, 480-482.
- LAMBRECHTS, W., "De overheidsaansprakelijkheid van 1963 tot 1980", *T.B.P.* 1981, 114-126.
- LAMBRECHTS, W., "De grenzen van de intrekking van administratieve rechtshandelingen", *R.W.* 1983-84, 1220-1221.
- LEFRANC, P., "De bekendmaking en de betekening van administratieve rechtshandelingen", *T.G.R.* 1995, 77-87.
- LEROY, M., "La responsabilité de l'Etat législateur", *J.T.* 1978, 321-329.
- LEVMORE, S., "The case for retroactive taxation", *J. Legal Studies* 1993, 265-307.
- LEWALLE, P., "L'abrogation des actes administratifs unilatéraux", *Ann.Fac.dr.Liège* 1970, 63-141.
- LUST, S., "Beschouwingen rond de invloed van de duinenbescherming op bestaande bouwvergunningen", *R.W.* 1994-95, 1126-1130.

- LUST, S., "Invloed van het duinendecreet op stedenbouwkundige vergunningen", *T.B.P.* 1995, 19-24.
- MEERSSCHAUT, F., "De Raad van State ten aanzien van de verplichting tot prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof: rebel without a cause?", *R.W.* 1990-91, 294-299.
- MORAND, C.-A., "Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portent sur la formation de la législation", *Dr. et Soc.* 1988, 391-407.
- MUNZER, S.R., "A theory of retroactive legislation", *Tex.L.Rev.* 1982, 425-480.
- NOWAK, L., "De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique", *Logique et analyse*, 1969, 65-86.
- OST, F. en VAN DE KERCHOVE, M., "Rationaliteit en soevereiniteit van de wetgever: "paradigma's" van de rechtsdogmatiek?", *R&R* 1986, 125-140.
- PAQUES, M., "De l'effet direct d'un décret comme condition de son entrée en vigueur et de la licéité de son exécution par une mesure aux effets rétroactifs", *Adm.Publ.(T.)* 1991, 135-161.
- PAQUES, M., "Erreur de l'administration et retrait", *Amen.* 1995, 262-264.
- PAQUES, M., "Acte administratif et acte authentique", *Adm.Publ.(T.)* 1996, 90-108.
- PARDON, J.-N. en DALCOQ, R.O., "La responsabilité des états membres envers les particuliers en cas de manquements au droit communautaire", *J.T.dr.eur.* 1996, 193-204.
- PEREMANS, R., "De intrekking door de administratieve overheid van de door haar uitgereikte bouw- en verkavelingsvergunningen", *TAann.* 1974, 176-196.
- POLAK, J.M., "Algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak", *N.J.B.* 1968, 417-422.
- PEPELIER, P., "Over een onregelmatig bestuur, een toedekkende wetgever en de rechtspraak van het Arbitragehof", *R.W.* 1993-94, 295-300.
- PEPELIER, P., "Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak", *T.P.R.* 1995, 1049-1114.
- PEPELIER, P., "Legislatieve 'validatie' en de bevoegdheid van de decreetgever: een kwestie van wetgevingstechniek?", *R.W.* 1995-96, 178-180.
- PEPELIER, P., "De beoordeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling", *R.W.* 1996-97, 1249-1252.
- PEPELIER, P., "De toepassing van de Uitdrukkelijke Motiveringswet in het domein van de ruimtelijke ordening en stedenbouw", *T.R.O.S.* 1997, 346-362.
- PEPELIER, P., "De aansprakelijkheid van de wetgever wegens schending van het rechtszekerheidsbeginsel", *R.W.* 1997-98, 264-266.
- PEPELIER, P., "De laattijdige bekendmaking van de wet: over de bindende kracht van nog niet inwerkinggetreden wetten en de techniek van overgangsmatregelen", *R.W.* 1997-1998, 1474-1476.
- PEPELIER, P., "Bijzondere machten en het Arbitragehof: over het legaliteitsbeginsel en de werking van normen in de tijd", *T.V.W.* 1998/1, 1-12-16.
- QUERTAINMONT, P., "Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception d'illegalité et le retrait des actes créateurs de droits)", *R.C.J.B.* 1990, 410-441.
- ROEGES, L., "Melk in de weegschaal", *S.E.W.* 1993, 734-756.
- ROMBOUTS, A. en MORIS, M., "Hoe de ongrondwettig bevonden belasting terugvorderen?", *T.R.V.* 1996, 41-54.
- SHARPSTON, E., "Legitimate expectations and economic reality", *Eu.Law.Rev.* 1990, 103-160.
- SIMONART, H. en SALMON, J., "Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage", *J.T.* 1994, 197-207.
- SUETENS, L.P., "De retroactiviteit van wetten, decreten en ordonnanties", *T.F.R.* 1993, 218-222.
- SUETENS, L.P., "De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht", *R.W.* 1993-94, 1313-1318.
- THIELENS, J., "La responsabilité du fait des lois en Belgique", *Ann.Fac.dr.Liège* 1977, 169-213.
- VAN ASSCHE, W., "De retroactiviteit der administratieve akten", *T.B.P.* 1950, 107-113.
- VAN DAMME, M., "De aansprakelijkheid van wet- en decreetgever in het licht van artikel 11 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State", *T.B.P.* 1982, 296-307.
- VAN DAMME, M., "Is inzake de intrekking van bestuurshandelingen een doorgedreven parallelisme met de vernietiging wenselijk?", *T.B.P.* 1985, 174-176.
- VAN DAMME, M., "Zijn er nog grenzen aan de intrekbaarheid van bestuurshandelingen?", *T.B.P.* 1996, 323-326.

- VAN DAMME, M. en DE KEGEL, F., "De onbestaande bestuurshandeling", *T.B.P.* 1997, 219-224.
- VAN DE VELDE, J., "De ommekeer van de rechtspraak inzake de aansprakelijkheid voor de fouten van de loods, in het licht van enkele vergeten verdragen", *T.P.R.* 1992, 1133-1178.
- VAN DEN BERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., "Overzicht van rechtspraak – Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad", *T.P.R.* 1995, 1115-1534.
- VAN DER LOO, H.R. en IDENBURG, Ph.A., "Voorbij de vanzelfsprekendheid van tijd", *Best.* 1994, 278-294.
- VAN EECKE, H., "Het intrekken der administratieve akten", *T.B.P.* 1952, 238-245 en 1953, 19-23.
- VAN HEUVEN, D., "Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1990-91, 585-596.
- VAN OEVELEN, A., "Wettelijke verlenging van bepaalde woninghuurovereenkomsten", *R.W.* 1995-96, 1080-1086.
- VANDER STICHELE, A., "Afkondiging en inwerkingtreding van wetten", *R.W.* 1962, 2359-2368.
- VANHEES, H., "Auteursrechtelijk beschermde werken en software gemaakt in uitvoering van een arbeidsovereenkomst of statuut", *Oriëntatie* 1994, 169-176.
- VANORSHOVEN, P., "De kraai en de puid. De retroactieve wet in het licht van de beginselen van behoorlijke wetgeving", in *De retroactiviteit van rechtsregels*, Leuven, *Jura Falc.* 1998, 160 p., 7-22.
- VANWELKENHUYZEN, A., "Le principe de la non-retroactivité de la loi et le fonctionnement des services publics", *R.C.J.B.* 1972, 290-319.
- VEEGEN, D., "Algemene en bijzondere overgangsbepalingen in het ontwerp-invoeringswet boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek", *W.P.N.R.* 1966, 159-164.
- VLACHOS, G., "Le retrait des actes administratifs", *R.A.* 1970, 412-421.
- VOGEL, K., "Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen Vernunftrecht und Verfassungsrecht", *J.Z.* 1988, 833-839.
- ZIEMBINSKI, Z., "La notion de rationalité du législateur", *Arch.Phil.Dr.* 1978, 175-187.

2. Overeenkomsten

a. Boeken en bijdragen in boeken

- CEREXHE, E., HAUBERT, B. en REGNIER, J., *Principes généraux et fondements du droit*, Namen, P.U.Namur, 1977, 547 p.
- CLOSSET-MARCHAL, G., *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Brussel, Bruylant, 1983, 270 p.
- COUSY, H., "Invloed van de nieuwe wet op lopende overeenkomsten", in *De retroactiviteit van rechtsregels*, Leuven, *Jura Falc.* 1998, 160 p.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 1196 p.
- ROUBIER, P., *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Parijs, Dalloz/Sirey, tweede uitgave, 1960, 590 p.
- VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch privaatrecht, 1, Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1973, 519 p.

b. Artikelen in tijdschriften

- GEELHAND, N., "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *T.P.R.* 1989, 923-997.
- MORTIER, F., "De werking van de Wet van 14 juli 1991 in de tijd: schadebedingen en overgangsrecht", *R.W.* 1996-97, 266-268.
- PONET, B. en LAMON, H., "De intertemporele werking van de Handelspraktijkenwet van 14 juli 1991", *T.B.H.* 1993, 4-12.
- SCHAMP, J. en VAN DEN ABEELE, M., "La nouvelle réglementation des clauses abusives: champ d'application et problèmes de droit transitoire", *J.T.* 1992, 585-599.
- VAN OEVELEN, A., "Wettelijke verlenging van bepaalde woninghuurovereenkomsten", *R.W.* 1995-96, 1080-1086.
- WYMEERSCH, E., "Intertemporaal recht in verband met de Wet van 12 juni 1991 op het

consumentenkrediet”, *R.W.* 1992-93, 1007.

3. Strafrecht

a. Boeken en bijdragen in boeken

- ALEN, A., “Administratieve geldboeten: hun internationaal en internrechtelijke kwalificatie”, in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 578 p., 265-315.
- BOES, M., *Administratieve sancties en art. 6 EVRM in België*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk 1989, 36 p.
- CONSTANT, J., *Précis de droit pénal*, Luik, 1975, 778 p.
- DE NAUW, A., *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 190 p.
- DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 913 p.
- HENNAU, C. en VERGAEGEN, J., *Droit pénal général*, Brussel, Bruylant, 1991, 504 p.
- KNIGGE, G., *Verandering van wetgeving*, Arnhem, Gouda Quint, 1984, 687 p.
- LEVASSEUR, G., “Opinions hétérodoxes sur les conflits des lois répressives dans le temps”, in *En hommage à Jean Constant*, Luik, 1971.
- SCHUIND, G. en VANDEPLAS, A., *Traité pratique de droit criminel*, Brussel, Bruylant, 1993, 2 delen.
- SPRIET, B., “Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel toegepast op een gunstige wijziging van de uitvoeringsreglementering”, in *Om deze redenen*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 507 p., 349-378.
- SPRIET, B., “Retroactiviteit in het strafrecht”, in *De retroactiviteit van rechtsregels*, Leuven, *Jura Falc.*, 1998, 160 p.
- TROUSSE, P.E., in *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. 1-1.
- TULKENS, F. en VAN DE KERCHOVE, M., *Introduction au droit penal*, Brussel, E. Story Scientia, 1997, 572 p.
- VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1994, 1,401 p.
- VANDEMEULEBROEKE, O., “Propos sur la rétroactivité des incriminations pénales”, in *Liber Amicorum J. Vanderveerden*, Brussel, Bruylant, 1997, 214 p., 141-187.
- VERDUSSEN, M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel*, Brussel, Bruylant, 1995, 843 p.
- VERSTRAETEN, R., “De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel”, in *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in België*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 168 p., 115-168.
- VERSTRAETEN, R., *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1994, 585 p.

b. Artikelen in tijdschriften

- DE NAUW, A., “De gelding in de tijd van de wet betreffende het verstrekken van sterke drank”, *R.W.* 1986-87, 1085-1090.
- DEPELCHIN, L., “Overwegingen bij artikel 2 van het strafwetboek”, *R.W.* 1965-66, 66-95.
- LECLERCQ, M.J., “L’application dans le temps de la loi modifiant le délai de prescription de l’action publique”, *Rev.dr.pén.* 1981, 943-964
- RUBBRECHTS, J. en DECLERCQ, R., “Het niet-terugwerken van strafwetten”, *Ann. Rechtsgeleerdheid en Staatswetenschappen* 1950, 125-165.
- SPRIET, B., “Vergelijking van de zwaarte van straffen”, *R.W.* 1993-94, 1302-1303.
- SPRIET, B., “De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht in de strafbaarstelling van het interne Belgische strafrecht”, *R.W.* 1995-96, 1159-1171.
- SPRIET, B. en VERSTRAETEN, R., “Tijdelijk ontbreken van rechtsgrond tot bestraffing van overtreding van het Europees transportrecht”, *R.W.* 1994-95, 222-225.
- VAN GOETHEM, W., “De inwerkingtreding van de bepalingen van de programmawet van 30 december 1988 m.b.t. de administratieve geldboetenwet”, *R.W.* 1989-90, 477-478.
- YERNAULT, D., “Le fisc, ses amendes et la matière pénale”, *R.T.D.H.* 1995, 427-442.
- YERNAULT, D., “Une administration doit-elle respecter les règles du droit à un procès équitable”, *Adm.Publ.(T.)* 1995, 241-294.

4. Procesrecht

a. Boeken en tijdschriften in boeken

- BROECKX, K., *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, 541 p.
- CAMBIER, C., *Droit judiciaire civil*, Brussel, Larcier, 1974, twee delen.
- CLOSSET-MARCHAL, G., *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Brussel, Bruylant, 1983, 270 p.
- CLOSSET-MARCHAL, G., "Toepassing van de wet in de tijd", in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, Interuniversitair centrum voor gerechtelijk recht, Antwerpen, Kluwer, 217 p., 3548.
- DUMON, F., "Artikel 95 G.W.", in *Commentaar Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Kluwer, losbl.
- FETWEISS, A., *Manuel de procédure civile*, Luik, Fac.de droit, 1987, 769 p.
- VANLERSBERGHE, P., "Ger.W. Art. 3", in *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1993, losbl.

b. Artikelen in tijdschriften

- DE CORTE, R., "Intertemporeel recht en het gerechtelijk wetboek", *R.W.* 1970-71, 343-362.
- DUSQUESNE, A., "La solution des conflits dans le temps et le droit transitoire dans le Code judiciaire", *J.T.* 1969, 1-8.
- LAENENS, J., "Wijziging van de wetgeving inzake de rechtsmiddelen tegen scheidsrechterlijke uitspraken", *R.W.* 1977-78, 2666.
- LAENENS, J., "De bevoegdheid ratione summae en de aanleg", *R.W.* 1979-80, 1393-1401.
- LAENENS, J. en BROECKX, K., "Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling", *R.W.* 1992-93, 897-932.
- ROMAIN, J.F., "Le point de départ de l'action en droit judiciaire privé", *J.T.* 1992, 477-479.
- TAELEMAN, P., "Perikelen van overgangsrecht", *A.J.T.* 1995-96, 273-274.
- VAN COMPERNOLLE, J., "Examen de jurisprudence (1971-1985). Les voies de recours", *R.C.J.B.* 1987, 115-212.

5. Fiscaal recht

a. Boeken en bijdragen in boeken

- COUTURIER, J. en PEETERS, B., *Het Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1996, 600 p.
- DASSESE, M., MINNE, P. en FORESTINI, R., *Droit fiscal*, Brussel, Bruylant, 1996, 939 p.
- DE JONCKHEERE, M., *De gemeentelijke belastingbevoegdheid. Fiscaaljuridische aspecten*, Brugge, Die Keure, 1996, 641 p.
- DE JONCKHEERE, M., "Het niet-retroactiviteitsbeginsel in het fiscaal recht, bekeken vanuit het perspectief van de gemeentebelastingen", in *De retroactiviteit van rechtsregels*, Leuven, *Jura Falc.* 1998, 160 p.
- MEES, K., *Gemeentebelastingen*, in *Administratief Lexicon*, Brugge, Die Keure, 1960, 116 p.
- PEETERS, B., "Beschouwingen bij de temporele werking van wetten in de inkomstenbelastingen", in *Recht zonder omwegen*, Brussel, Larcier, 1999, ter perse.
- TIBERGHEN, A., *Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 518 p.
- VAN FRAEYENHOVEN, G. en LEURQUIN-DE VISSCHER, F., "La rétroactivité et l'effet d'annonce en matière fiscale", in *Protection des droits fondamentaux du contribuable*, ANDERSEN, R. en MALHERBE, J. (eds.), Brussel, Bruylant, 1993, 296 p., 275-293.
- VAN HOUTTE, J. en CLAEYS BOUÛAERT, I., *Beginselen van het Belgisch belastingrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1979, 677 p.

b. Artikelen in tijdschriften

- ALLARD, A., "La théorie du retrait comme succédané de l'annulation contentieuse est-elle transposable en droit fiscal?", *Adm.Publ.(T.)* 1988, 61-72.
- AMERJCKX, F., "Niet-retroactiviteit terzake rijksbelastingen", in *Liber Amicorum A. Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 433 p., 1-21.
- FRIAUF, K.H., "Gesetzesankündigung und rückwirkende Gesetzgebung in Steuer- und Wirtschaftsrecht", *Der Betriebs-Berater* 1972, 669-678.
- GRAETZ, M.J., "Legal transitions: the case of retroactivity in income tax revision", *Univ. Pennsylvania L. Rev.* 1977, 47-87.
- GRAETZ, M.J., "Retroactivity revisited", *H.L.R.* 1984-85, 1820-1841.
- LEVMORE, S., "The case for retroactive taxation", *J.Legal Studies* 1993, 265-307.
- PEETERS, B., "Rechts(on)zekerheid in het belastingrecht", *T.F.R.* 1994, 179-194.
- PEETERS, B., "Het zijdelings terugwerkende effect van overheidshandelingen op de belastingheffing", *T.F.R.* 1998, 91-100.
- SUETENS, L.P., "De retroactiviteit van wetten, decreten en ordonnanties", *T.F.R.* 1993, 218-222.

6. Verjaringstermijnen*a. Boeken en bijdragen in boeken*

- ROUBIER, P., *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Parijs, Dalloz/Sirey, tweede uitgave, 1960, 590 p.
- VERSTRAETEN, R., *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1994, 585 p.

b. Artikelen in tijdschriften

- DE HERT, P., "De mechanistische activiteit van het Hof van Cassatie betreffende de strafrechtelijke verjaringstermijnen en de wetgevende activiteit tot wijziging van de burgerrechtelijke verjaringstermijnen", *Rec.Arr.Cass.* 1997.
- DEPULCHIN, L., "Overwegingen bij artikel 2 van het strafwetboek", *R.W.* 1965-66, 66-95.
- LECLERCQ, M.J., "L'application dans le temps de la loi modifiant le délai de prescription de l'action publique", *Rev.dr.pén.* 1981, 943-964.
- LEVASSEUR, G., "Opinions hétérodoxes sur les conflits des lois répressives dans le temps", in *En hommage à Jean Constant*, Luik, 1971.

7. Internationaal privaatrechtelijk conflictenrecht*a. Boeken en bijdragen in boeken*

- GRAULICH, P. en LIENARD-LIGNY, M., "Droit transitoire et droit international privé des régimes matrimoniaux", in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Brussel, Nomos, 1986, I, 455 p., 341-351.
- JOPPE, I.S., *Overgangsrecht in het internationaal privaatrecht en het fait accompli*, Arnhem, Gouda Quint, 1987, 360 p.
- RIGAUX, F., *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 1977, I, 402 p.
- ROUBIER, P., *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Parijs, Dalloz/Sirey, tweede uitgave, 1960, 590 p.

b. Artikelen in tijdschriften

- BERX, C. en MEEUSEN, J., "Het internationaal huwelijksvermogensrecht en de problematiek van het overgangsrecht", *R.W.* 1996-97, 751-753.
- COIPEL, N., "Conflit transitoire internationale, régime matrimonial légal et conflit mobile", *R.T.D.F.* 1994, 480-493.

- ERAUW, J., "Het intertemporeel internationaal privaatrecht en de toepassing ervan in het huwelijksvermogensrecht", *T.P.R.* 1979, 1-28.
- HEYVAERT, A., "Het Belgisch internationaal huwelijksvermogensrecht", *T.P.R.* 1978, 555-589.
- LIENARD-LIGNY, M., "Effets patrimoniaux du mariage et conflits de lois dans le temps en droit international privé", *J.L.M.B.* 1994, 399-403.
- WATTE, N., "Les régimes matrimoniaux, les conflits de lois dans l'espace et dans le temps", *R.C.J.B.* 1994, 676-732.
- WAUTERS-LAMBEIN, K., "Problemen van intertemporeel conflictenrecht en het huwelijksvermogensrecht", *A.J.T.* 1994-95, 183-184.

8. Interpretatieve normen

a. Boeken en bijdragen in boeken

- CLOSSET-MARCHAL, G., *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Brussel, Bruylant, 1983, 270 p.
- COREMANS, H. en VAN DAMME, M., *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, Die Keure, 1994, 154 p.
- LEWALLE, P., *Contribution a l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Luik, Fac. de droit, 1975, 420 p.
- ROUBIER, P., *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Parijs, Dalloz/Sirey, tweede uitgave, 1960, 590 p.
- RUTTIENS, R., *La technique législative*, Brussel, Bruylant, 1945, 39 p.

b. Artikelen in tijdschriften

- DEVLOO, R., "Richtlijnconforme interpretatie: bron van recht?", *R.W.* 1993-94, 377-382.
- EYLENBOSCH, A., PUT, J., VAN NIEUWENHOVE, J. en VERRETH, K., "De pensioenleeftijd: een kwestie van interpretatie", in *T.S.R.* 1996, 303-379.

9. Rechtsherstel na een vernietigingsarrest

a. Boeken en bijdragen in boeken

- BAERT, J., "Enkele aspecten van de termijn om een annulatie- of schorsingsberoep in te stellen bij de Raad van State", *T.Gem.* 1996.
- BAERT, J. en DEBERSAQUES, G., *Raad van State, Afdeling Administratie. Ontvankelijkheid*, Brugge, Die Keure, 1996, 522 p.
- BOES, M., "Beschouwingen over de gevolgen van nietigverklaringsarresten van de Raad van State", in *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 448 p., 1-23.
- LAMBOTTE, C., *De Raad van State*, Brussel, UGA, 1984, 580 p.
- LAMBRECHTS, W., *Geschillen van bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 339 p.
- LEWALLE, P., "L'annulation des actes et règlements administratifs par le Conseil d'Etat", in *Les nullités en droit belge*, Luik, Eds. du jeune barreau de Liège, 1991, 617 p., 353-449.
- LUST, J., "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", in *Benoemingen en bevorderingen en de Raad van State*, OPDEBEEK, I. (ed.), Brugge, Die Keure, 1997, 151 p., 107-150.
- MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M. en VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 917 p.

b. Artikelen in tijdschriften

- DE PAUW, A., "De gevolgen van een annulatie-arrest van de Raad van State", *T.B.P.* 1966, 83-104.

INLEIDEND HOOFDSTUK

AFDELING I

RECHT EN TIJD

1 De werking van normen in de tijd kan juridisch-technisch worden vertaald als een probleem van overgangsrecht dat optreedt wanneer de ene norm de andere opvolgt (P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, Parijs, Dalloz, 1960, 4): welke norm is of was op welk moment van toepassing op een gegeven rechtshandeling of rechtsverhouding? Dit is louter een probleem van kwalificatie, waarbij het temporele toepassingsgebied van een norm wordt achterhaald.

De opeenvolging van normen en hun werking in de tijd kan daarnaast als problematisch worden ervaren bv. doordat activiteiten, die met het oog op een oude regeling tot stand kwamen, worden doorkruist door nieuwe regelingen. Vertaald in juridische termen betreft het dan de problematiek van de werking van wetten in de tijd in het licht van rechtsprincipes als bv. rechtszekerheid of rechtsgelijkheid.

2 De problematiek van de werking van wetten in de tijd valt te situeren binnen de ruimere problematische verhoudingen tussen recht en tijd. Recht komt tot stand en wordt bepaald door een historische tijd, bevat zelf een interne tijdsstructuur en werkt in op de tijdsstructuur van het menselijke handelen.

3 Elke norm is geworteld in een bepaalde tijdsgeest en draagt daarvan de sporen. Dit relativeert de norm: doordat zij toetreedt tot een bepaalde, historische tijd, is zij ook onderhevig aan veranderingen in de tijd (zie G. HUSSERL, “Recht und Zeit”, in *Recht und Zeit*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1955, 10 e.v. en 23 e.v.; zie ook T. KOOPMANS, “Recht en tijd”, *RM Themis*, 1986, 411. Over de relativiteit in het algemeen van wetten zie MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Parijs, Garnier Frères, 580 p.).

Bovendien verschilt in elk historisch tijdvak ook het maatschappelijk tijdsperspectief, wat eveneens het uitzicht en de stabiliteit van het rechtssysteem beïnvloedt (zie voor een illustratie van de verhouding tijdsgeest en tijdsconcept in het recht ook A. CABANIS, “L’utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil”, in *Mélanges P. Hébraud*, Toulouse, 1981, 171-183. Zie voor een analyse van de verhouding tussen tijdsconcept en ordenings- en bestuursstructuren ook H.R. VAN DER LOO, en Ph.A. IDENBURG, “Voorbij de vanzelfsprekendheid van tijd”, *Best.* 1994, 278-294).

Dit werd door HUSSERL (a.w. 41) als volgt uitgetekend. In tijden waarin het maatschappelijk leven zich voltrekt in een betrekkelijk vast kader van waarden en ervaringen, wordt wie op een lange traditie kan terugblikken als meest gezaghebbend beschouwd: zo wordt de rechter in een *common law* systeem als hoeder van de traditie beschouwd. In tijden waarin de mens gelooft in de vooruitgang,

wordt het handelen gedragen door een vertrouwen in de toekomst, waardoor de wetgever op het voorplan komt en ingrijpende hervormingen neerlegt in wetboeken. Wanneer het geloof aan een vast waardesysteem aan het wankelen geraakt en niet door nieuwe zekerheden wordt vervangen, verschuift het zwaartepunt naar de uitvoerende macht, die met kortetermijnmaatregelen reageert op actuele evoluties en gebeurtenissen.

Zie voor een verfijning van deze indeling in zeven “tempi”: F. OST, “Les multiples temps du droit”, in *Le droit et le futur*, J.-J. AUSTRUY, P. BAUCHET, e.a., Parijs, P.U.F., 1985, 123 e.v.

4 Het recht bevat een interne tijdsstructuur, omdat het tijd tracht te beheersen door hem te meten. Het gaat uit van een statische tijdsbeleving, een analytisch tijdsconcept, waarbij tijd wordt gereduceerd tot een berekenbare lijn met een vertrekpunt en een eindpunt. Op die manier richt het een temporeel kader in, waarbinnen een juridische situatie wordt ingeschreven (Hierover M. BLEGVAD, “Time, society, and law”, in *Time, law and society*, A.R.S.P. nr. 64, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1995, 15 en F. OST, a.w. 118 e.v. en 144).

Op die manier kan ook aan elke norm een temporele functie worden toegekend – onmiddellijke werking, retroactiviteit, uitgestelde of eerbiedigende werking, waarbij wordt bepaald of een nieuwe norm al dan niet ingrijpt op het door de vorige norm geschapen rechtskader.

5 Het recht grijpt in op het menselijk handelen. Het tracht een handelingskader aan te bieden aan de rechtssubjecten, door het risico van een onzekere toekomst te reduceren: toekomstige rechtsgevolgen van mogelijke rechtshandelingen worden vastgelegd, in recht of overeenkomsten vastgelegde rechtsverhoudingen worden gegarandeerd.

De tijdsstructuur van het menselijk handelen komt echter niet steeds overeen met het analytisch tijdsconcept van het recht. In een meer dynamische tijdsbeleving worden verleden, heden en toekomst niet meer ingedeeld in afzonderlijke vakken en beschouwd vanuit het heden als centraal uitgangspunt, maar lopen deze drie tijdsdimensies in elkaar over tot één geheel waarbinnen voorbereidingen, handelingen en effecten zich ontwikkelen (zie over de schaalvergroting, versnelling en pluriformisering van de temporele dimensie ook H.R. VAN DER LOO, en Ph.A. IDENBURG, a.w. 278 e.v. Zie eveneens J.J.M. VANDER VEN, “Overgangswetgeving als rechtsverschijnsel”, in *Met eerbiedigende werking*, Deventer, Kluwer, 1971, 36-37: het recht trekt caesuren in de tijd, waarmee de beleving van de tijd als een continuüm zich moeilijk verdraagt; vgl. ook P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Luik, Fac.de droit, 1975, 171).

6 Hieruit vloeit precies de problematiek voort van de werking van wetten in de tijd. De oplossingen die door het overgangsrecht worden aangebracht, worden zelf beïnvloed door het heersende tijdsconcept (Zie A. DUSQUESNE “La solution des conflits des lois dans le temps et le droit transitoire dans le Code judiciaire”, *J.T.* 1969, 7 en P. ROUBIER, a.w. 154 e.v. Voor een historisch overzicht zie P. ROUBIER, a.w. 30-145).

Een normwijziging grijpt in op de door de vorige regeling vastgelegde rechtsverhoudingen en rechtsgevolgen. Een overgangsrechtelijke regeling die wordt uitgedacht vanuit het traditionele, analytische tijdsconcept houdt slechts rekening met de door de vorige norm uitgetekende tijdsmodules, maar niet met de planningen en zwaartepunten in verhoudingen zoals die in de maatschappelijke werkelijkheid worden ervaren.

In de eerste strategie wordt het overgangsrecht beheerst door een statisch concept van “verkregen rechten”. In de tweede strategie wordt rekening gehouden met het normale verloop van de activiteiten die aan een regeling worden onderworpen en met “gerechtvaardigde verwachtingen” ontleend aan normen die dit verloop juist trachten te sturen of te beïnvloeden. Verder zal blijken dat beide strategieën als rode draden kunnen worden teruggevonden in de oplossingen die de rechtsleer, de wetgeving en de rechtspraak bieden op problemen in verband met de werking van wetten in de tijd. De stelling van DE PAGE (*Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 327), dat de in veel rechtsleer bekritiseerde theorie van de verkregen rechten nu zo goed als verlaten is, wordt daardoor tegengesproken.

AFDELING II

WETGEVINGSPOLITIEKE BESCHOUWINGEN

7 Het bepalen van het moment van inwerkingtreding van een regeling, het bepalen van haar temporele functie en van de eventuele overgangsmaatregelen die daarmee gepaard gaan, zijn in de eerste plaats politieke opties, waaraan een soms complexe belangenafweging voorafgaat (Hierover G. KNIGGE, *Verandering van wetgeving*, Arnhem, Gouda Quint, 1984, 140 e.v. Zie ook H.J.M. JEUKENS, “Terugwerkende kracht”, in W. DUK en H.J.M. JEUKENS, *Terugwerkende kracht – preadviezen*, Haarlem, W.E.J. Tjeenk Willink, 1965, 69 e.v.).

Aan elke temporele functie kunnen voor- en nadelen vasthangen, zowel voor de overheid als voor de rechtssubjecten. Rekening moet worden gehouden met o.m. de doelstellingen van de regelgever, de maatschappelijke waardering van de oude regeling, de verwachtingen die rechtssubjecten putten uit vorige regelingen of juist uit aankondigingen die een wijziging beloofden, de aanpassingsmogelijkheden van zowel rechtssubjecten als uitvoerings- en handhavingsinstanties, de belangen van concurrenten: enerzijds de bescherming van wie reeds op de markt was en investeringen heeft gedaan, anderzijds de bescherming van nieuwkomers op de markt.

Overgangsrecht is derhalve steeds functioneel recht, gebaseerd op een evaluatie van de maatschappelijke werkelijkheid die is gevormd door het oude recht (hierover J.M. VAN DER VEN, *a.w.*, 37 e.v.).

8 De regeling betreffende de harmonisatie van de beschermingsduur van auteursrechten illustreert de complexiteit van het probleem (zie de Richtlijn 93/98 van de Raad van 29 oktober 1993, *PB L* 290 van 24 november 1993 en de Wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige

rechten, B.S. 27 juli 1994).

De doelstelling is een zo snel en volledig mogelijke harmonisering, met het oog op een vrij verkeer van goederen en diensten (zie overweging 2 Richtlijn). Het bestaan van verschillende termijnen leidt immers tot een belemmering van het vrij verkeer, omdat werken, die in de ene lidstaat, waar het auteursrecht is vervallen, rechtmatig in het verkeer zijn gebracht, niet mogen worden verhandeld naar andere lidstaten, waar het recht nog geldt.

Deze doelstelling kan slechts worden bereikt door een volledige retroactiviteit. Een harmonisering met onmiddellijke werking – zodat de eenvormige termijn van zeventig jaar slechts zou gelden voor werken ontstaan na de inwerkingtreding van de regeling – zou slechts in een verre toekomst resultaat oogsten (A. DIETZ, “Die Schutzdauer-Richtlinie der EU”, *GRUR Int.* 1995, 682).

Daartegenover staan bv. de rechten en verwachtingen van exploitanten, die werken op de markt hebben gebracht zonder berekening van eventueel verschuldigde auteursrechten of met het vooruitzicht dat de werken spoedig in het publiek domein zouden vallen. Bv. de werken van James Joyce, D.H. Lawrence en Virginia Woolf waren een halve eeuw na het overlijden van de auteurs in het publieke domein terechtgekomen, zodat Britse uitgeverijen als Woodsworth en Penguin goedkope edities op de markt konden brengen; door de inwerkingtreding van de harmonisering herleven die auteursrechten echter weer.

De eerbiediging van “verworven rechten” verkregen uit exploitatiehandelingen (art. 10, derde lid Richtlijn) gesteld vóór de inwerkingtreding van de regeling, komt tegemoet aan de strategische plannen van uitgevers te goeder trouw. Deze exploitanten verkrijgen zo echter een concurrentieel voordeel ten opzichte van exploitanten die nog niet op de markt waren vóór de inwerkingtreding van de regeling en ten aanzien van wie de verlenging of herleving van de auteursrechten wel volledig geldt. Nog andere belangen zijn in het spel: bv. het belang van bewerkers van een werk dat in het publiek domein was gevallen maar ten opzichte waarvan het auteursrecht herleeft, of van het publiek dat goedkoop toegang wenst tot het cultureel erfgoed (Chr. A. ALBERDINGK THIJM, “Handel in dode auteurs leidt tot vragen” *A.A.* 1997, 120 geeft het voorbeeld van de verfilming in 1981 van Lawrence’s boek “Lady Chatterley’s Lover” – mag de filmbewerking na de herleving van de auteursrechten op het boek worden vertoond zonder enige verplichting tegenover de rechthebbende op het boek?).

De precieze draagwijdte van het principe van de eerbiediging van de verworven rechten werd overgelaten aan de nationale regelgevers (art. 15 lid 2, tweede zin Richtlijn. Zie de overwegingen 26 en 27). Zo blijkt dat in het ene land meer met de belangen van de exploitant, in het andere land meer met de belangen van de rechthebbenden of concurrerende exploitanten rekening wordt gehouden. In het Verenigd Koninkrijk worden exploitanten op veel ruimere wijze beschermd dan in Nederland (aldus Chr. A. ALBERDINGK THIJM, *a.w.* 120).

In België werd gekozen voor een zo volledig mogelijke eerbiediging van contractuele rechten en bestaande exploitaties (zie de overgangsbepalingen, art. 88 Auteurswet. Zie het Commissieverslag, Kamer, 1991-92, 473/33, 328 e.v.; zie ook H. VANHEES “Auteursrechtelijk beschermde werken en software gemaakt in uitvoering van een arbeidsovereenkomst of statuut”, *Oriëntatie* 1994, 169-176). Ten aanzien van lopende contracten is de Auteurswet niet van toepassing; aan personen die “te goeder trouw” zijn aangevangen met de exploitatie van werken die in het publiek domein waren gevallen, kan de herleving van auteursrechten niet worden tegengeworpen voor zover zij de exploitatie verderzetten op dezelfde wijze.

9 Een *a priori* afwijzing van terugwerkende kracht doet onrecht aan de complexiteit van deze problematiek. Ook onmiddellijke werking is niet steeds even geraden: ook die temporele functie kan afbreuk doen aan de verwachtingen van personen die reeds in aanzienlijke mate hebben geïnvesteerd in een project op basis van de vorige regeling.

Zo bv. personen die een bouwvergunning hadden aangevraagd, of zelfs reeds hadden gekregen, voor een project waarvoor reeds aanzienlijk werd geïnvesteerd in bouwplannen, aannemers en

eventuele milieueffectrapporten, maar die stuiten op de invoering van een decretaal bouwverbod in bepaalde, als “beschermd duingebied” of als “voor het duingebied belangrijk landbouwgebied” aangewezen gebieden (Decr. VI. R. 14 juli 1993 houdende maatregelen tot bescherming van de kustduinen, *B.S.* 31 augustus 1993, err., *B.S.* 12 oktober 1993, dat een hoofdstuk IX toevoegt aan de Wet van 12 juli 1973 en Besl. VI. Reg. van 15 september 1993, *B.S.* 17 september 1993).

De onmiddellijke werking van het bouwverbod is niet evident: het algemeen belang in een snelle bescherming van de bedreigde natuurgebieden dient te worden afgewogen tegen de bescherming van het vertrouwen van deze personen.

10 Maar ook een eerbiedigende werking kan op bezwaren stuiten, zoals eveneens uit het voorbeeld van de beschermingsduur van auteursrechten bleek.

Wanneer door een eerbiedigende werking bestaande constructies worden beschermd, terwijl een nieuwe, meer belastende regel enkel van toepassing wordt gemaakt op de nieuwkomers in het veld, kan dit in strijd komen met het gelijkheidsbeginsel (zie L. BESSELINK, “De intertemporele werking van rechtsregels en rechtszekerheid”, *T.B.P.* 1991, 177 en V. GÖTZ, “Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz”, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, C. STARCK, (ed.), Tübingen, J.C.B. Mohr, 1976, 439-440) en met de voorwaarden voor een vrije, concurrentiële markt, omdat bestaande ondernemingen in een geprivilegieerde positie komen ten opzichte van nieuwkomers (eveneens W. DUK, “Terugwerkende kracht”, in W. DUK en H.J.M. JEUKENS, *a.w.* 8).

Omgekeerd kan de eerbiedigende werking van een rechtsregel die een gunstigere regeling biedt voor een bepaalde constructie, een concurrentievoordeel scheppen voor nieuwkomers. Om die reden kan ook de terugwerkende kracht van begunstigende maatregelen niet *a priori* worden aanvaard: wat voor de ene persoon gunstig is, kan voor de andere een concurrentieel nadeel meebrengen.

In de rechtseconomische literatuur wordt gewezen op de invloed van elke nieuwe rechtsregel op de waarde van activa die voortvloeien uit de betrokken rechtssituatie (zie in het bijzonder M.J. GRAETZ, “Legal transitions: the case of retroactivity in income tax revision”, *Univ. Pennsylvania L. Rev.* 1977, 47-48 en “Retroactivity revisited” *H.L.R.* 1984-85, 1820-1841 en L. KAPLOW, “An economic analysis of legal transitions”, *H.L.R.* 1986, 512).

Als voorbeeld wordt de invloed berekend van een wetswijziging, die een fiscale gunstregeling voor bepaalde langetermijninvesteringen opheft.

Aangetoond wordt dat een eerbiedigende werking ten aanzien van investeerders die de geviseerde transacties hadden ondernomen vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet, niet enkel een conserverende werking heeft, maar deze investeerders bovendien bijkomende winsten oplevert, door de schaarsheid van hun activa of omdat deze activa, door de aanwezigheid van nieuwe concurrenten op de markt die niet onder de beschermende overgangsmatregelen vallen, nog in waarde stijgen (M.J. GRAETZ, “Legal transitions”, *a.w.* 63 e.v. en L. KAPLOW, *a.w.* 586).

Een compensatie, door middel van schadevergoeding voor winstderving, opgelopen door het opheffen van het gunstregime *zonder* eerbiedigende werking, wordt dan efficiënter geacht, mede met het oog op de sociale baten die worden verwacht van de wetswijziging en op de vereenvoudiging van de handhavingskosten bij de toepassing van éénzelfde regeling op dezelfde rechtstoestanden in hetzelfde tijdvak (M.J. GRAETZ, “Legal transitions”, *a.w.* 71 en “Retroactivity revisited”, *a.w.* 1825, L. KAPLOW, *a.w.* 584 e.v. is tegen het idee zelf van compensatie door de regelgever voor wetswijzigingen, maar verkiest toch een schadevergoeding boven een eerbiedigende werking).

Andere alternatieven zijn een beperkt uitgestelde of gefaseerde inwerkingtreding (M.J. GRAETZ,

“Legal transitions”, *a.w.* 87 en “Retroactivity revisited”, *a.w.* 1826 e.v.; *anders*: L. KAPLOW, *a.w.* 587 e.v.).

11 Het lijkt dan ook weinig geraden een retroactiviteitsverbod formeel te verankeren in het positieve recht, zoals dit de voorbije jaren meermaals werd voorgesteld, omdat de regelgever zo te weinig flexibiliteit wordt gegeven en onrecht wordt gedaan aan de complexiteit van de belangenafweging.

(Zie bv. de voorstellen om in de Grondwet een bepaling in te voegen houdende de niet-terugwerkende kracht van de fiscale wetten, *Gedr. St. Senaat*, B.Z. 1991-92, 100-1/1-2, *Gedr. St. Kamer* B.Z. 1991-92, 484/1, *Gedr. St. Kamer*, 1990-91, 10/115-1603/1 en *Gedr. St. Kamer*, 1992-93, 697/1. Zie genuanceerd over de opportuniteit van een grondwettelijk retroactiviteitsverbod ook P. ROUBIER, *a.w.* 269 e.v.).

Dat geldt eveneens voor fiscale wetten, waarop de bedoelde voorstellen betrekking hadden. Niet in te zien valt waarom het vertrouwen in het behoud van fiscale rechtsregels meer beschermenswaard zou zijn dan dat in andere rechtsregels. In de rechtseconomische literatuur wordt integendeel gewezen op de essentiële distributieve functie van belastingen, die soms op efficiëntere wijze wordt verwezenlijkt door de toekenning van een retroactieve werking.

In de Verenigde Staten zou het Supreme Court terughoudend zijn om retroactieve belastingwetten te veroordelen, juist omdat zij een middel zijn om de kosten van het beleid te verdelen onder wie van dat beleid profiteert (Ch.B. HOCHMAN, “The Supreme Court and the constitutionality of retroactive legislation”, *H.L.R.* 1959-60, 727).

Omdat bij retroactieve belastingen het verrassingseffect belastingvermijding voorkomt en er quasi-zekerheid bestaat over de opbrengst van de belastingen, kunnen de belastingtarieven lager worden gehouden (S. LEVMORE, “The case for retroactive taxation”, *J. Legal Studies* 1993, 273, e.v.). Door retroactieve taxatie kan de regelgever de sociaal ongunstige effecten van de vroegere regelgeving herstellen door de lasten daarvan te leggen bij wie door de oude regeling werd begunstigd en deze lasten derhalve kan dragen. Overgangsmatregelen tenderen er juist naar de bestaande distributie van inkomen en rijkdom nog te versterken, aldus MUNZER (“A theory of retroactive legislation”, *Tex.L.Rev.* 1982, 449-450). Kritisch: D. TROY, *a.w.* 21 e.v.

Het risico van een wetswijziging wordt op dezelfde voet behandeld als andere economische risico's, zoals de wijziging van smaken en voorkeuren en de technische ontwikkelingen en innovaties (M.J. GRAETZ, “Legal transitions”, *a.w.* 47-48 en “Retroactivity revisited” *a.w.* 1820-1841 en L. KAPLOW, *a.w.* 519-617). Meer bepaald wat inkomstenbelastingen betreft wordt er principieel van uitgegaan dat deze inkomsten ook zouden verworven zijn indien de belastingwijziging wel was voorzien – daarentegen zou wel het bestedingsgedrag anders zijn geweest (Ch.B. HOCHMAN, *a.w.* 706-707).

Voor een overzicht van rechtseconomische argumenten pro en contra: B. PEETERS, “Beschouwingen bij de temporele werking van wetten in de inkomstenbelastingen”, in *Recht zonder omwegen*, Brussel, Larcier, 1999, ter perse, nrs. 23-31 en D. TROY, *a.w.* 20 e.v.

AFDELING III

REGELINGSTECHNISCHE BESCHOUWINGEN

12 Als de regelgever eenmaal heeft besloten om een bepaalde regeling in te voeren, dienen zich verschillende problemen van overgangsrechtelijke aard aan. Op grond van wetgevingspolitieke beschouwingen en van een belangenafweging, maakt de regelgever uit hoe snel hij een rechtsregel in werking wil laten treden, voor hoe lang hij moet gelden en welke temporele functie(s) eraan zullen worden gegeven. De omzetting van die opties in een geschreven rechtsregel, kan op verschillende manieren gebeuren. Alleszins dient de regelgever ervoor te zorgen dat er duidelijkheid bestaat over de periode waarbinnen de rechtsregel gelding heeft; dit vloeit voort uit de vereiste dat de regelgeving berekenbaar is, als een uit de rechtszekerheid afgeleid beginsel van behoorlijke regelgeving (zie P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 564 e.v.; zie p. 293 e.v. en 469 voor toepassingen in de rechtspraak en in de legisprudentie van de Raad van State, Afdeling Wetgeving).

13 De regelgever kan voorzien in overgangsbepalingen, die uitdrukkelijk de overgang van de bestaande toestand naar de door de nieuwe rechtsregel in het leven geroepen toestand regelen (H. COREMANS en M. VAN DAMME, *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, Die Keure, 1994, 48 e.v.). Voor alle of voor een deel van de bepalingen wordt dan uitdrukkelijk een temporele functie bepaald: een onmiddellijke werking, een retroactieve werking, een eerbiedigende of een uitgestelde werking.

Het uitdrukkelijk bepalen van de temporele functie is maar één van de overgangsmaatregelen die de regelgever kan nemen. Hieronder vallen alle maatregelen die de overgang van de oude naar de door de nieuwe regel in het leven geroepen rechtstoestand begeleiden (P. ROUBIER, *a.w.* 146 e.v. maakt in dat opzicht een onderscheid tussen “lois de conflit”, die de temporele functie bepalen, en “lois de transition”, die de overgang tussen twee rechtsregelingen begeleiden). Het gaat dan ook om technieken zoals de verkorting of de verlenging van de periode tussen bekendmaking en inwerkingtreding van de nieuwe rechtsregel of de aankondiging van de nieuwe regeling.

14 Op grond van een afweging tussen de noodzaak van een snelle invoering van de nieuwe regeling en de behoefte aan een aanpassingstermijn, kan de regelgever zelf de datum van inwerkingtreding bepalen. Beperkingen, zoals neergeschreven in artikel 118 van de Provinciewet, volgens hetwelk de Provincieraad en de Bestendige Deputatie wel een kortere, maar geen langere termijn kunnen bepalen dan acht dagen na de bekendmaking van de provinciale reglementen en verordeningen, zijn vanuit het oogpunt van een goede regelingstechniek bekritiseerbaar. Een gelijkaardige beperking in artikel 114 van de Nieuwe Gemeentewet werd opgeheven door de Wet van 8 april 1991 (*B.S.* 27 april 1991).

Dat betekent dat de gemeenten voor de inwerkingtreding van hun besluiten nu ook een langere periode dan vijf dagen vanaf de bekendmaking kunnen bepalen, maar niet, zoals DE JONCKHEERE (*De gemeentelijke belastingbevoegdheid*. Fiscaaljuridische aspecten, Brugge, Die Keure, 1996, 328) ten onrechte stelt, dat zij de inwerkingtreding zouden kunnen laten ingaan op een dag voorafgaand aan de bekendmaking (zie *verder*, nr. 34).

15 Aan rechtssubjecten en rechtstoepassende en -uitvoerende organen kan de nodige aanpassingstijd worden gelaten door een uitgestelde of een eerbiedigende werking te bepalen, hetzij voor alle betrokkenen hetzij slechts voor bepaalde personen of instanties. Hetzelfde effect wordt bereikt door in een langere periode te voorzien tussen de bekendmaking van een rechtsregel en de dag van zijn inwerkingtreding. Nog een alternatief, dat tegelijk rekening houdt met de noodzaak van een snelle inwerkingtreding, bestaat in een zogenaamde “positieve” aankondiging: een voorgenomen regeling wordt vooraf aangekondigd en treedt vervolgens meteen in werking (over “positieve” en “negatieve” aankondigingen: K.H. FRIAUF, “Gesetzesankündigung und rückwirkende Gesetzgebung in Steuer- und Wirtschaftrecht”, *Der Betriebs-Berater*, 1972, 671 en P. POPELIER, *a.w.* 586 e.v.). Compromissen worden bereikt met bv. een gefaseerde inwerkingtreding.

Indien de regelgever een verrassingseffect nodig acht voor een nuttig effect van de nieuwe rechtsregel, kan hij opteren voor een onmiddellijke werking en inwerkingtreding, zonder aankondiging. Indien hij ook anticipatie wil beletten in de periode tussen de behandeling van het ontwerp van rechtsregel – die immers openbaar is als het om wetgevende of verkozen beraadslagende organen gaat – en de uiteindelijke inwerkingtreding, kan hij voorzien in een retroactieve uitwerking. In dat geval kan zelfs, door een termijn te bepalen tussen bekendmaking en inwerkingtreding, een aanpassingstermijn worden gelaten en tegelijk een anticiperend effect worden vermeden. Hetzelfde effect, maar een snellere invoering van de rechtsregel, wordt bereikt door een “negatieve” aankondiging: een aankondiging gepaard met een terugwerking tot aan het moment van aankondiging. Indien de regelgever een snelle invoering van de nieuwe regeling wenst, maar slechts ten aanzien van bepaalde personen of organen een langere aanpassingstermijn is vereist, kan de rechtsregel met onmiddellijke werking en inwerkingtreding worden ingevoerd, terwijl slechts ten aanzien van deze personen of organen in een uitgestelde werking wordt voorzien.

16 Ook uit deze regelingstechnische alternatieven blijkt dat de toekenning van de ene of de andere temporele functie niet *a priori* kan worden beoordeeld. De rechtsonzekerheid die in de regel wordt verweten aan retroactiviteit, kan bv. worden opgevangen door een aankondiging of door een uitgestelde inwerkingtreding. Een onmiddellijke inwerkingtreding die niet gepaard gaat met dergelijke overgangsmaatregelen, kan dan wel eens meer rechtsonzekerheid blijken te scheppen.

17 Een schadevergoeding kan niet worden gelijkgesteld met een overgangsmaatregel (*anders* dan in bepaalde rechtsleer wordt voorgesteld: zie L.J. HIJMANS VAN DEN BERGH, *Opeenvolgen van rechtsregels*, Utrecht, 1928, 147, die de

schadevergoeding zelfs als een temporele functie beschouwt, omdat ze “in het onteigeningsrecht zo’n grote rol (speelt), dat het geheel tot de normen met eerbiedigende strekking gerekend moet worden”; zie ook J.J.R. POLMAN, *Temporele werking van wetten*, Amsterdam, Vrije Universiteit Amsterdam, 1984, 150 en P. ROUBIER, *a.w.* 157 e.v.).

Toekenning van een schadevergoeding begeleidt niet de overgang van de ene rechtstoestand naar de andere, maar erkent integendeel dat deze overgang niet met de nodige begeleidende maatregelen gepaard gaat (P. POPELIER, *a.w.* 597).

De regelgever is dan bereid hiervan de consequenties te dragen, nog voor de rechter hierover uitspraak doet (vb. de vergoedingsregeling voor planschade, terug te vinden in art. 37 van de Stedenbouwwet – art. 35 van de door de Vlaamse Regering Gecoördineerde Wet, Besluit van 24 september 1996, bekrachtigd bij Decreet van de Vlaamse Raad van 4 maart 1997, *B.S.* 15 maart 1997; de vergoedingsregeling voor schade voortvloeiend uit het bouwverbod in beschermde duingebieden of voor het duingebied belangrijk landbouwgebied, in art. 54 van de Wet op het natuurbehoud ingevoerd door art. 2 van het Decreet van de Vlaamse Raad van 14 juli 1993 houdende maatregelen tot bescherming van de kustduinen, *B.S.* 31 augustus 1993, *err. B.S.* 12 oktober 1993, nadien gewijzigd door de Decreten van 21 december 1994, *B.S.* 30 december 1994 en van 29 november 1995, *B.S.* 30 november 1995).

AFDELING IV

STRUCTUUR VAN HET ONDERZOEK

18 De werking van wetten in de tijd wordt in deze verhandeling beschouwd voor wetten in de brede zin van het woord. Bedoeld worden eenzijdig opgelegde normen van allerlei aard: zowel formele wetten als bestuursnormen, zowel algemene rechtsregels als individuele besluiten. De besproken problematiek betreft zowel de vaststelling van het temporele toepassingsgebied van een norm als de juridische beoordeling daarvan.

Het onderzoek betreft slechts de temporele functie van de normen zelf. De retroactieve effecten die kunnen voortvloeien uit op zich rechtmatige administratieve toepassingen van een onmiddellijk werkende wet, worden niet besproken. Hiervoor kan worden verwezen naar PEETERS, die dat omschrijft als “zijdelings terugwerkende effecten” (B. PEETERS, “Het zijdelings terugwerkende effect van overheidshandelingen op de belastingheffing”, *T.F.R.* 1998, 91-100).

19 De problematiek van de werking van wetten in de tijd wordt vaak nog gecompliceerd door een verwarring tussen de verschillende elementen in de tijdsstructuur van een norm en door een onduidelijke omschrijving van de temporele definities. Daarom worden deze elementen in het eerste deel ontleed, gedefinieerd en van elkaar onderscheiden (Titel I). Het gaat dan om het ontstaan van een norm, de uitvoerbaarheid, de bekendmaking of betekening, de

inwerkingtreding, de temporele functie, de overgangsmaatregelen en het einde van de norm door opheffing, wijziging of intrekking.

20 In het tweede deel worden de principes van het overgangsrecht besproken (Titel II). In de eerste paragraaf is dit ontleed als een probleem van vaststelling van de toepasselijke rechtsnorm op een bepaald rechtsfeit dat in een verleden of toekomstige tijd wordt gesitueerd. Hierbij komen de twee doctrines tot uiting waarvan de invloed nog steeds is terug te vinden in wetgeving en rechtspraak: de leer van de verkregen rechten en de theorie van ROUBIER.

Zowel de algemene principes van het overgangsrecht worden uiteengezet, als hun verfijning in bepaalde rechtsmateries, zoals o.m. het overeenkomstenrecht, het strafrecht, het procesrecht en het fiscaal recht. Ook de problematiek van interpretatieve wetten wordt daarbij behandeld.

21 Pas in het derde deel wordt de beoordeling van de temporele functies behandeld (Titel III). Een afzonderlijke bespreking van enerzijds de principes van overgangsrecht en anderzijds de beoordeling van de temporele functies is nodig om verwarringen te voorkomen, die tot op heden nog het denken over de werking van wetten in de tijd hebben vertroebeld.

De belangrijkste invalshoeken voor deze beoordeling zijn de leer van de verkregen rechten en het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Ook andere beoordelingsperspectieven, bv. vanuit het gelijkheids- of legaliteitsbeginsel, zijn nochtans mogelijk. Een analyse van de rechtspraak leert dat de beoordeling van de temporele functies wordt beheerst door twee verschillende beoordelings-technieken: enerzijds de techniek van de verkregen rechten, anderzijds de techniek van een belangenafweging.

Ten slotte wordt nagegaan welke de mogelijke gevolgen zijn die een rechter kan trekken uit zijn beoordeling van de temporele werking van een norm.

TITEL I

ANALYSE VAN DE TIJDSSTRUCTUUR VAN NORMEN

22 Onder de tijdsstructuur van een norm worden de verschillende momenten begrepen in het verloop van een norm. Zij hebben een specifieke betekenis voor de geldingsperiode van een norm, vanaf het moment van haar ontstaan, tot het moment waarop ze uit het rechtsverkeer wordt gehaald. Duidelijkheid dient te bestaan over de precieze betekenis van deze momenten, zeker wanneer deze worden gebruikt als criteria voor de omschrijving van een temporele functie. Zo wordt bv. de terugwerking vaak gedefinieerd aan de hand van het moment van de inwerkingtreding, maar wordt met deze term nu eens verwezen naar het moment van het ontstaan van de norm, dan weer naar het moment waarop ze verbindend wordt. Dit scheidt nodeloos verwarring in de bespreking van de reeds complexe problematiek van het overgangsrecht.

Hierna worden van elkaar onderscheiden: het moment waarop een norm ontstaat, waarop zij uitvoerbare kracht krijgt, waarop zij wordt bekendgemaakt en waarop zij in werking treedt, haar temporele functie en het moment waarop zij weer uit het rechtsverkeer verdwijnt.

HOOFDSTUK I

TIJDSSTRUCTUUR VAN EEN NORM

AFDELING I

ONTSTAAN VAN EEN NORM

23 Een norm bestaat vanaf het moment waarop hij door de bevoegde organen is totstandgebracht (vb. Cass. 5 januari 1956, *Arr. Cass.* 1956, 339). Hij krijgt zijn datum op de dag waarop hij is voltrokken, dat is in de regel de dag waarop hij wordt ondertekend door het daartoe bevoegde orgaan (J. DE JONGHE, *De staatsrechtelijke verplichting tot bekendmaking van normen*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 13, M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Brussel, Bruylant, 1987, 155 en P. LEWALLE, *a.w.* 30. Vgl. ook H. COREMANS, en M. VAN DAMME, *a.w.* 11 en P. LEFRANC, “De bekendmaking en de betekening van administratieve rechtshandelingen”, *T.G.R.* 1995, 80).

Vanaf dat moment doet hij zijn intrede in de rechtsorde. Dat is ook het referentiemoment voor de controle van de wettigheid van de norm, die wordt beheerst door de regelgeving die op dat ogenblik gelding had (P. LEWALLE, *a.w.* 29 en A. VAN MENSEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK en S. WYCKAERT, *De administratieve rechtshandeling*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 131-132), en niet door de regelgeving van kracht op het ogenblik tot waar de norm terugwerkt (vb. R.v.St. Constandt, nr. 64.259, 30 januari 1997).

Voorbeelden. Een wet bestaat vanaf de dag waarop de Koning de door de bevoegde wetgevende vergadering(en) aangenomen tekst bekrachtigt (R.v.St. Mabile, nr. 9.809, 17 januari 1963).

Voor een decreet is dat de dag waarop de Regering de door de Raad aangenomen tekst bekrachtigt. Voor een koninklijk besluit, de dag van ondertekening door de Koning. Voor een besluit van de regering van een Gemeenschap of Gewest, de dag van ondertekening door de Voorzitter van de regering. Voor een ministerieel besluit, de dag van ondertekening door de betrokken minister.

De vermelding van de datum door het bevoegde orgaan heeft een authentieke bewijswaarde, waarvan het tegenbewijs slechts kan worden geleverd door betichting van valsheid (hierover P. LEWALLE, *a.w.* 31).

Vgl. echter het arrest waarin de Raad van State, nadat de echtheid van de datum van ondertekening van een besluit in twijfel is getrokken, de debatten heropent om de minister van Buitenlandse Zaken de gelegenheid te geven de stukken over te leggen waaruit de datum kan worden opgemaakt. De procedure werd vervolgens beëindigd omdat de minister door bijkomende maatregelen het belang in de voortzetting aan de verzoekende partij ontnam (R.v.St. Stad Bergen, nr. 12.284, 16 maart 1967). In R.v.St. Van Acker, nr. 12.371, 2 mei 1967 daarentegen is de Raad van oordeel dat het hem niet toekomt een onderzoek naar de juiste datum van een beslissing te bevelen.

Het ondertekende document moet wel overeenstemmen met de door de bevoegde organen aangenomen tekst; de rechter kan deze overeenstemming controleren, bv.

door het nazien van de notulen van de vergadering (zie R.v.St. vzw *Chambre syndicale des pharmaciens d'expression française e.a.*, nr. 24.294, 27 april 1984: wanneer uit de notulen van de vergadering van de Kamer van Volksvertegenwoordigers blijkt dat een artikel van een wet is aangenomen, doet het weinig terzake dat die aanneming – kennelijk bij vergissing – niet is opgetekend in de parlementaire handelingen).

24 Impliciete beslissingen vermelden per definitie geen vaste datum. Voor sommige besluiten bestaat er vanaf het verloop van een bepaalde termijn, een wettelijke gelijkstelling van het stilzwijgen met een negatieve of juist een positieve beslissing. Als algemene regel stelt artikel 14 lid 2 R.v.St.-wet dat wanneer een bestuur verplicht is te beschikken, het stilzwijgen bij het verstrijken van een termijn van vier maanden te rekenen vanaf de aanmaning door een belanghebbende, wordt geacht een fictieve, afwijzende beslissing te zijn. In dat geval kan de beslissing worden geacht vanaf dat ogenblik te bestaan (zie over deze problematiek ook P. LEWALLE, *a.w.* 31-35).

AFDELING II

UITVOERBARE KRACHT

25 In principe heeft een norm uitvoerbare kracht vanaf het moment van zijn intrede in de rechtsorde, dus in de regel vanaf de ondertekening door het bevoegde orgaan (vb. R.v.St. Beroepsvereniging der promotors voor huisvesting en ruimtelijke ordening, nr. 19.912, 14 november 1979. Zie ook P. LEFRANC, *a.w.* 80 en M. LEROY, *a.w.* 155. *Anders*: A. VAN MENSEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, en S. WYCKAERT, *a.w.* die de uitvoerbaarheid van een bestuurshandeling doen samenvallen met haar inwerkingtreding).

Een wet, decreet of ordonnantie zou volgens sommigen maar uitvoerbaar zijn vanaf het moment van de afkondiging door het hoofd van de uitvoerende macht (J. DE JONGHE, *a.w.* 13). Die stelling wordt betwist: de afkondiging zou slechts de authenticiteit van de tekst vaststellen en de bekendmaking bevelen, maar niet noodzakelijk zijn als titel voor de uitvoering (A. VANDER STICHELE, "Afkondiging en inwerkingtreding van wetten", *R.W.* 1962, 2359). De afkondiging zelf is overigens reeds een eerste daad van uitvoering (J. DE JONGHE, *a.w.* 15). De discussie is louter academisch, nu in de praktijk de bekrachtiging en de afkondiging samenvallen door de enkele handtekening van de Koning respectievelijk de voorzitter van de betrokken Regering.

Hierop zijn evenwel uitzonderingen mogelijk. Zo wordt bv. de uitvoerbare kracht van besluiten die aan een goedkeuring door de toezichhoudende overheid zijn onderworpen, uitgesteld tot het moment van de goedkeuring (R.v.St. Gemeente Teuven, nr. 12.065, 22 november 1966. Hierover J. DEMBOUR, *Les actes de la tutelle administrative en droit belge*, Brussel, Larcier, 1955, 98 en 109 e.v.).

Het goedkeuringsbesluit werkt echter terug tot de datum waarop het goedgekeurde besluit werd genomen (o.m. R.v.St. Wintgens, nr. 14.131, 22 mei 1970; Baes e.a., nr. 25.433, 6 juni 1985), zodat de onwettigheid van eerdere uitvoeringsmaatregelen niet meer kan worden ingeroepen na de inwerkingtreding van de goedkeuring.

Het bestaan en de uitvoerbare kracht van een norm vallen dus niet noodzakelijk samen. Dat blijkt ook uit de mogelijkheid van schorsing van de tenuitvoerlegging

van een besluit door de Raad van State of van een wet, decreet of ordonnantie door het Arbitragehof, die slechts de uitvoerbaarheid, maar niet het bestaan zelf van de norm opschort.

26 Vanaf het moment waarop een norm uitvoerbare kracht heeft, bindt hij de publiekrechtelijke rechtspersoon en kunnen voorbereidende maatregelen worden genomen. Deze werking blijft echter intern; zolang de norm niet in werking is getreden, kan hij geen verplichtingen inhouden voor derden. Ook uitvoeringsmaatregelen kunnen reeds totstandkomen, maar niet derden binden vóór de inwerkingtreding van de basisnorm (vb. Cass. 5 januari 1956, *Arr. Cass.* 1956, 399 en 29 januari 1959, *Arr. Cass.* 1959, 428 – de voordelen van een reglement kunnen worden toegekend vóór de bekendmaking ervan, op voorwaarde dat geen rechten van derden worden gekrenkt –; R.v.St. Mabile, nr. 9.809, 17 januari 1963; Claeys, nr. 17.095, 25 juni 1975 en vzw Vereniging van de Nederlandstalige keurders, nrs. 42.726-42.728, 3 mei 1993. Zie ook J. BORRET, noot, *De Gemeente*, 1961, 392-393, J. DE JONGHE, *a.w.* 15, M. LEROY, *a.w.* 155-156 en P. LEWALLE, *a.w.* 56 e.v.).

In sommige arresten lijkt de Raad van State de inwerkingtreding van de grondslaggevende norm noodzakelijk te achten vooraleer een uitvoeringsbesluit kon worden genomen (vb. R.v.St. vzw Verbond van het Vlaams Overheidspersoneel, nr. 13.640, 24 juni 1969).

In de regel is de Raad nochtans duidelijk: ook vóór haar bekendmaking, heeft een norm uitvoerbare kracht, voor zover derden hierdoor niet worden gebonden (o.m. R.v.St. Laloux, nr. 371, 2 juni 1950; Wintraecken, nr. 12.317, 5 april 1967; Hermans en Tilman, nr. 22.406, 30 juni 1982; vzw Jeunesse et Droit, nr. 72.843, 30 maart 1998), zodat reeds uitvoeringsmaatregelen kunnen worden genomen (R.v.St. Anciaux, nr. 2.396, 24 april 1953). Bv. een benoeming ter uitvoering van het formatiekader (R.v.St. Hermans en Tilman, nr. 22.406, 30 juni 1982). Het uitvoeringsbesluit kan zelfs vóór de grondslaggevende norm worden bekendgemaakt (R.v.St. Renwart, nr. 25.056, 13 februari 1985).

Het bestuur is zelfs verplicht om toepassing te maken van een bestaande, zij het nog niet bekendgemaakte norm, wanneer deze toepassing geen verplichtingen oplegt aan derden (zie ook P. LEFRANC, *a.w.* 80. Kritisch: P. LEWALLE, *a.w.* 59 e.v.). Het is ook een beginsel van behoorlijk bestuur, dat het bestuur reeds rekening houdt met nieuwe regelgeving die met een hoge graad van waarschijnlijkheid spoedig in werking zal treden (R.v.St. Wielandts, nr. 30.133, 24 mei 1988; Bossuyt, nr. 46.512, 14 maart 1994). Dat geldt zeker wanneer de niet-verbindendheid van een nieuwe wet is te wijten aan de regering, die met opzet de bekendmaking van de wet heeft uitgesteld (R.v.St. Beerten, nr. 71.761, 12 februari 1998 en nr. 76.007, 30 september 1998).

Hetzelfde geldt voor de formele wetgever: een decreetgever kan niet voorbijgaan aan een door de federale wetgever vastgesteld algemeen normatief kader, ook wanneer die wet nog niet in werking is getreden (Arbitragehof, nr. 6/96, 18 januari 1996, *B.S.* 2 februari 1996).

Dat geldt eveneens in de internationale rechtsorde: elke handeling van een lidstaat, die voorafgaat aan de inwerkingtreding van een overeenkomst maar aan het voorwerp en doel ervan afbreuk doet, maakt inbreuk op het vertrouwensbeginsel, dat in het internationale publiekrecht ook wordt uitgedrukt als het beginsel van de goede trouw (Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen, Opel Austria GmbH, T-115/94, 22 januari 1997, *Jur.* 1997, II-1).

Het verbod voor de lidstaten om zelfs vóór de eigenlijke inwerkingtreding van het verdrag handelingen te verrichten die aan het doel en de strekking van dat verdrag afbreuk doen, is neergelegd in artikel 18 van het Verdrag van Wenen inzake overeenkomsten en hangt samen met de conventionele aard van internationale verdragen voor de lidstaten. Voor de rechtssubjecten maken deze verdragen echter een normatief kader uit waarop zij zich in de interne rechtsorde kunnen beroepen vanaf de inwerkingtreding in de interne rechtsorde en op voorwaarde dat de ingeroepen bepaling rechtstreekse werking heeft.

AFDELING III

DE BEKENDMAKING OF BETEKENING VAN EEN NORM

27 Volgens een beginsel van behoorlijke regelgeving, dat de toegankelijkheid van de rechtsregels voorschrijft in het belang van de rechtszekerheid, dient elke rechtsregel te worden bekendgemaakt (hierover P. POPELIER, *a.w.* 256 e.v. en 512 e.v.). Dat is terug te vinden in artikel 190 G.W., dat de bekendmaking van wetten, besluiten en verordeningen voorschrijft als een voorwaarde voor hun verbindendheid, en als algemeen beginsel van toepassing is op alle rechtsregels (R.v.St. Lemaître, nr. 25.355, 23 mei 1985; R.v.St. Vande Castele, nr. 35.709, 23 oktober 1990).

De bekendmaking gebeurt op de door de wet voorgeschreven wijze – bv. voor wetten, decreten en ordonnanties en koninklijke besluiten in het Belgisch Staatsblad. Dat volstaat om de rechtsregel voor iedereen verbindend te maken; een effectieve verspreiding van het publicatieorgaan is daarom nog niet vereist (zie Cass. 5 juli 1917, *Pas.* 1917, I, 275; 11 februari 1919, *Pas.* 1919, I, 9; 4 juni 1919, *Pas.* 1919, I, 97; 11 december 1919, *Pas.* 1920, I, 5; 18 februari 1920, *Pas.* 1920, I, 62; 27 april 1920, *Pas.* 1920, I, 124; 20 juli 1920, *Pas.* 1921, I, 71; 25 januari 1921, *Pas.* 1921, I, 223; 31 oktober 1921, *Pas.* 1922, I, 41; 6 november 1944, *Pas.* 1945, I, 23; 13 november 1944, *Pas.* 1945, I, 33; 27 november 1944, *Pas.* 1945, I, 54; 11 december 1944, *Pas.* 1945, I, 65; 5 februari 1945, *Pas.* 1945, I, 109; 3 juni 1946, *Pas.* 1946, I, 229; 21 april 1947, *Pas.* 1947, I, 167; 19 augustus 1948, *Pas.* 1948, I, 474. Vgl. ook Arbitragehof nr. 68/95, 12 oktober 1995, *B.S.* 7 november 1995).

Dat is noodzakelijk voor een ordelijk verloop van het rechtsverkeer (R.v.St. Duprez, nr. 18.387, 13 juli 1977). Bovendien wordt zekerheid verschaft over de tekst van de authentieke versie (hierover P. POPELIER, *a.w.* 521 e.v. en 565 e.v.). Wel kan in een concreet geval het vermoeden van kennis van de wet worden weerlegd door het bewijs dat, ondanks de formele bekendmaking, de overheid niet heeft gezorgd voor een bekendmaking die het de rechtssubjecten ook mogelijk maakte om effectief kennis te nemen van de inhoud van de rechtsregel (hierover P. POPELIER, *a.w.* 513 e.v.). Zeker in complexe materies, zoals inzake fiscaal recht of sociale zekerheid, kan er een actieve informatieplicht van het bestuur bestaan (vb. R.v.St. Klopfert, nr. 32.319, 24 maart 1989).

Bij ontstentenis van wettelijke bepalingen die de vorm van een bekendmaking voorschrijven, moet ook wat het gevolg van de verbindendheid betreft de bekendmaking gebeuren op zodanige wijze dat zij de mogelijkheid biedt van een

effectieve kennisneming (R.v.St. Smidts, nr. 13.355, 23 januari 1969; Dierick, nr. 15.744, 6 maart 1973 en Vande Castele, nr. 35.709, 23 oktober 1990).

28 Individuele besluiten die de rechtspositie van een persoon bepalen of wijzigen, dienen, ook als geen wettelijke bepaling dit voorschrijft, aan deze persoon te worden betekend om voor hem verbindend te kunnen zijn. Artikel 6, tweede lid van de Wet van 31 mei 1961 (B.S. 21 juni 1961) moet in die zin en niet letterlijk worden gelezen (zie o.m. R.v.St. Janssens, nr. 8.890, 31 oktober 1961; Brouwers, nr. 10.179, 27 september 1963; Claeys, nr. 14.098, 29 april 1970; Loosen, nr. 21.264, 16 juni 1981; nv Outland, nr. 48.625, 13 juli 1994. Zie ook J. DE JONGHE, *a.w.* 84-85, J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Luik, Fac. de droit, 1972, 287, M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, I, Brussel, Bruylant, 1989, 499, P. LEWALLE, *a.w.* 82, P. POPELIER, "De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel", in M.E. STORME, P. POPELIER en R. VERSTRAETEN, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid*, preadviezen, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 76 en J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Brussel, Bruylant, 1994, I, 351-352).

Volgens de Raad van State is een betekening echter niet vereist indien uit de houding van de betrokkene blijkt dat hij een nauwkeurige kennis van de beschikking had en er bovendien mee instemde of erin berustte (R.v.St. Claeys, nr. 14.098, 29 april 1970).

De betekening is de individuele, schriftelijke kennisgeving van een overheidsakte (J. BAERT, en G. DEBERSAQUES, *Raad van State, Afdeling Administratie. Ontvankelijkheid*, Brugge, Die Keure, 1996, 409 en P. LEWALLE, *a.w.* 89). Die kan bv. gebeuren bij een aangetekende brief, of door de betrokkene een verklaring te laten tekenen dat hij de beslissing heeft ontvangen (over de vormen waarin een betekening moet of kan gebeuren, J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *a.w.* 423 e.v.). Wanneer het daarentegen om een rechtsregel gaat, waarvoor een wettelijke bekendmaking is voorgeschreven, kan ook ten aanzien van de persoon aan wie de regel zou betekend zijn, enkel de wettelijke bekendmaking en niet de persoonlijke kennisgeving verbindende kracht geven aan de norm (R.v.St. Defrène, nr. 21.018, 12 maart 1981).

De Uitdrukkelijke Motiveringswet vereist een uitdrukkelijke motivering van een individuele bestuurshandeling in de akte zelf (Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, B.S. 12 september 1991). Dat brengt met zich mee dat een beslissing slechts regelmatig is betekend, wanneer ook de motieven van de beslissing werden meegedeeld (zie, m.b.t. specifieke uitdrukkelijke motiveringsverplichtingen, R.v.St. Emmerechts en Van Asch, nr. 37.642, 17 september 1991 en R.v.St. vzw Bedevaart naar de Graven van de IJzer, nr. 46.730, 29 maart 1994. Zie overigens ook in het algemeen R.v.St. Creteur, nr. 5.792, 31 juli 1957: geen twijfel mag bestaan over o.m. het onderwerp en het voornaamste besluit van de beslissing. Vgl. ook P. LEWALLE, *a.w.* 90).

29 De betekening van een niet-gemotiveerde beslissing zou dan ook niet enkel tot de vernietiging van de beslissing kunnen leiden, maar ook haar niet-tegenwerpelijkheid kunnen meebrengen (P. POPELIER, "De toepassing van de

Uitdrukkelijke Motiveringswet in het domein van de ruimtelijke ordening en stedenbouw”, *T.R.O.S.* 1997, 358). Het besluit zou dan pas verbindend worden, wanneer de onregelmatigheid wordt geregulariseerd, en de betrokkene alsnog kennis krijgt van de motieven.

Daarentegen hebben de bijzondere vereisten die in het kader van de openbaarheid van bestuur worden gesteld en bv. de verplichting opleggen om op individuele bestuursbeslissingen de beroepsmogelijkheden, -instanties en -termijnen te vermelden, slechts het openhouden van de beroepstermijnen als sanctie (zie de verplichting neergelegd in art. 13 § 1 van het Decreet van de Vlaamse Raad van 23 oktober 1991 betreffende de openbaarheid van bestuursdocumenten, *B.S.* 27 november 1991, art. 2, 4° van de Wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur, *B.S.* 30 juni 1994, art. 2 van het Decreet van de Franse Gemeenschapsraad van 22 december 1994, *B.S.* 31 december 1994, *err. B.S.* 21 maart 1995, art. 6 van de Ordonnantie van de Brusselse Hoofdstedelijke Raad van 30 maart 1995, *B.S.* 23 juni 1995, art. 3, 3° van het Decreet van de Waalse Gewestraad van 30 maart 1995, *B.S.* 28 juni 1995, art. 4 van het Decreet van de Franse Gemeenschapscommissie van 11 juli 1996, *B.S.* 27 augustus 1996, art. 7 van de Ordonnantie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie betreffende de openbaarheid van bestuur van 26 juni 1997, *B.S.* 20 september 1997 en art. 3, 4° van de Wet van 12 november 1997 betreffende de openbaarheid van bestuur in de provincies en gemeenten, *B.S.* 19 december 1997. Art. 19 lid 2 R.v.St.-wet voorziet in deze verplichting voor elke individuele bestuurshandeling waartegen een rechtstreeks beroep bij de Raad van State openstaat. Het Vlaamse decreet en het decreet van de Waalse Gewestraad noemen niet uitdrukkelijk de termijnen als verplichte vermelding. De decreten van de Vlaamse, de Franse en de Duitstalige Gemeenschapsraad vermelden geen enkele sanctie).

De niet-vermelding van deze gegevens heeft geen invloed op de wettigheid of op de verbindendheid van de beslissing (J. BAERT, “Enkele aspecten van de termijn om een annulatie- of schorsingsberoep in te stellen bij de Raad van State”, *T.Gem.* 1996, 124. Zie ook J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *a.w.* 423, G. DEBERSAQUES, “De sanctie verbonden aan het verzuim bij de betekening van een bestuurshandeling de beroepsmogelijkheden, de vormvereisten en de termijnen te vermelden”, *R.W.* 1997-98, 779, P. LEWALLE, “Légalité, sécurité, stabilité et droit administratif. Un équilibre introuvable?”, in *Liber Amicorum Hannequart et Rasin*, Diegem, Kluwer, 1997, 249-251 en A. VAN MENSEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK en S. WYCKAERT, *a.w.* 179).

Enkel het decreet van de Franse Gemeenschapsraad kan zo worden geïnterpreteerd dat de betekening niet geldig is zonder de verplichte vermeldingen.

LEWALLE is van oordeel dat zowel artikel 2 *in fine* van het Decreet van de Franse Gemeenschapsraad als artikel 2, tweede lid van het Decreet van de Duitstalige Gemeenschapsraad zo moeten worden geïnterpreteerd, dat de verplichte vermeldingen geldigheidsvereisten voor de betekening zijn (P. LEWALLE, “Légalité, sécurité, stabilité et droit administratif”, *a.w.* 250 en 251).

Die stelling kan voor het Franse Gemeenschapsdecreet worden gevolgd. Waar de andere regelgevingen vermelden dat de “akte” de beroepsmogelijkheden moet vermelden, vermeldt dit decreet dat de “betekening” deze vermeldingen moet bevatten.

Artikel 2 tweede lid van het Decreet van de Duitstalige Gemeenschap heeft daarentegen “elk document dat moet worden betekend” als onderwerp. Dat decreet is dus niet, zoals de auteur stelt, analoog met de bepaling in het Franse Gemeenschapsdecreet, maar met dat van het Vlaamse Gemeenschapsdecreet, dat net zomin als het decreet van de Duitstalige Gemeenschap een sanctie vermeldt. Enkel het decreet van de Franse Gemeenschapscommissie bepaalt ook dat “de betekening” die vermeldingen moet bevatten, maar vermeldt meteen als sanctie dat zolang de beroepstermijn niet begint te lopen.

30 De vertraging waarmee een norm wordt bekendgemaakt of betekend, tast de rechtmatigheid ervan in principe niet aan (R.v.St. Hamaite en Herremans, nr. 27.831, 22 april 1987). De wetsbepaling volgens welke tweetalige koninklijke en ministeriële besluiten binnen de termijn van een maand na hun dagtekening in het Belgisch Staatsblad moeten worden bekendgemaakt, is slechts een termijn van orde (R.v.St. vzw Katholieke Vereniging voor Gehandicapten, nr. 22.768, 16 december 1982. Zie art. 56 § 1 vierde lid van de Gecoördineerde Wetten van 18 juli 1966 op het gebruik van de talen in bestuurszaken, *B.S.* 2 augustus 1966. Zie ook J. DE JONGHE, *a.w.* 177 e.v., P. LEFRANC, *a.w.* 82 en A. VRANCKX, *Administratieve rechtshandelingen*, in *Administratief Lexicon*, 1961, 64, en de daar vermelde rechtspraak). Wel vereist het zorgvuldigheidsbeginsel, dat door de Raad van State is erkend als een beginsel van behoorlijk bestuur, onder meer een zorgvuldige kennisgeving, wat impliceert dat de betrokken personen onverwijld kennis krijgen van een beslissing (W. LAMBRECHTS, “Het zorgvuldigheidsbeginsel”, in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, I. OPDEBEEK, (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1993, 46). Een laattijdige bekendmaking kan eventueel de aansprakelijkheid van de overheid meebrengen voor de daardoor veroorzaakte schade (P. LEFRANC, *a.w.* 82) en zelfs tot de onrechtmatigheid leiden van een beslissing die steunt op de oude wet, maar in strijd is met de nieuwe wet die de totstandkoming van dergelijke beslissingen juist wilde verhinderen (R.v.St. Beerten, nr. 71.761, 12 februari 1998 en nr. 76.007, 30 september 1998).

Toepassingen daarvan zijn ook te vinden onder de noemer van het rechtszekerheidsbeginsel. De rechtszekerheid vereist bv. dat wanneer de gemeenteraad een politiereglement van de burgemeester bekrachtigt, deze bekrachtiging spoedig wordt bekendgemaakt, zo niet kunnen de rechtssubjecten er redelijkerwijze van uitgaan dat het reglement, bij gebrek aan bekrachtiging, is vervallen (R.v.St. Maton, nr. 42.304, 16 maart 1993).

De wet kan ook in uitzonderingen voorzien op de regel dat de niet-bekendmaking of betekening van een beslissing het bestaan ervan niet aantast, door een vervaltermijn te bepalen: een bekendmaking of betekening buiten die termijn heeft geen rechtsgevolgen meer en de akte kan door de Raad van State worden vernietigd terwille van de duidelijkheid in het rechtsverkeer (R.v.St. nv Maes, nr. 45.332, 16 december 1993. Zie ook P. LEFRANC, *a.w.* 80).

Een andere uitzondering is terug te vinden in de Gecoördineerde Wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken (*B.S.* 2 augustus 1966. Zie ook P. LEWALLE, *a.w.* 78-79). Artikel 58 verbindt aan de niet-naleving van de formele of inhoudelijke vereisten van deze wet de sanctie van nietigheid. Eén van die vormvereisten is terug te vinden in artikel 56 en bepaalt dat de koninklijke en ministeriële besluiten in principe worden gepubliceerd in het Nederlands én in het Frans.

31 De datum vermeld op het publicatieblad, en niet die van de werkelijke verspreiding, vormt het uitgangspunt voor de datum van inwerkingtreding (Cass. 4 juni 1919, *Pas.* 1919, I, 97; R.v.St. Baeyens, nr. 8.417, 7 februari 1961. Indien het Staatsblad meerdere data vermeldt, geldt de laatste dag, R.v.St. Rijksdienst voor de

Pensioenen der Zelfstandigen t. Callens, nr. 8.345, 10 januari 1961. De termijn voor een beroep bij de Raad van State begint wel pas te lopen vanaf de verschijningsdatum, niet noodzakelijk vanaf de datum die het publicatieblad draagt, R.v.St. nv Usines Gustave Boël, nr. 26, 239, 5 maart 1986. Zie P. POPELIER, *a.w.* 260 en 566; vgl. ook J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *a.w.* 404. *Anders*: R.v.St. Baeyens, nr. 8.417, 7 februari 1961).

Voor EG-regelgeving geldt slechts een weerlegbaar vermoeden van bekendmaking op de datum vermeld op het Publicatieblad (H.v.J. 25 januari 1979, z. 98/78, Racke, *Jur.* 1979, 69; H.v.J. 25 januari 1979, z. 99/7, Decker, *Jur.* 1979, 101; H.v.J. 9 januari 1990, z. 337/88, Safa, *Jur.* 1990, I-1). Het vermoeden kan worden weerlegd door het bewijs, niet van de dag waarop het blad in een bepaalde lidstaat verkrijgbaar was, maar van de dag van de daadwerkelijke uitgifte. De eenheid en de eenvoudige toepassing van het EG-recht verlangen nl. dat een verordening op dezelfde dag in alle lidstaten in werking treedt, ongeacht de vertraging die zich, ondanks de inspanningen om een snelle verspreiding van het Publicatieblad in de gehele Unie te verzekeren, zou kunnen voordoen (zie de zopas geciteerde arresten Racke en Decker). De dag van daadwerkelijke uitgifte is de dag waarop het Publicatieblad verkrijgbaar was bij het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen (H.v.J. 9 januari 1990, z. 337/88, Safa, *Jur.* 1990, I-1).

Voor beslissingen waarvoor geen rechtsregel voorziet in de wijze waarop de bekendmaking wordt vastgesteld, kan de bekendmaking door alle wettelijke bewijsmiddelen worden bewezen (R.v.St. Andries e.a., nr. 17.355, 6 januari 1976 en Delsupehe e.a., nr. 20.681, 4 november 1980). Wanneer deze bekendmaking van substantiële aard is om de belanghebbenden over de juiste stand van zaken in te lichten, moet de overheid zelf zorgen voor het onbetwistbare bewijs van de bekendmaking (*t.a.p.*: bv. de bekendmakingen betreffende de aanvraag, het onderzoek en de genomen beslissingen met betrekking tot hinderlijke en ongezonde inrichtingen).

Steeds geldt dat data vermeld op authentieke akten, maar kunnen worden weerlegd door betichting van valsheid (hierover M. PAQUES, "Acte administratif et acte authentique", *Adm. Publ. (T.)* 1996, 90 e.v.). De vermelding van een latere datum op het Publicatieblad dan die waarop het blad in werkelijkheid werd gedrukt, is schriftvervalsing; het tegenbewijs dient te worden geleverd door betichting van valsheid (R.v.St. Baeyens, nr. 8.417, 7 februari 1961). Ook bv. een inschrijving van bekendmaking en datum van bekendmaking van gemeentelijke reglementen en verordeningen in een register, waartoe artikel 114, tweede lid Gemeentewet verplicht (ingevoegd bij de Wet van 8 april 1991, *B.S.* 27 april 1991), heeft een authentiek karakter en kan maar worden aangevochten door een betichting van valsheid (hierover J. DE JONGHE, *a.w.* 107).

De datum van betekening is de dag waarop de betrokkene de beslissing ontvangt. Een ter post aangetekende brief wordt geacht te zijn betekend de dag volgend op de dag van verzending, zon- en feestdagen niet meegerekend (A. VRANCKX, *a.w.* 65 en de daar vermelde rechtspraak. Zie ook bv. R.v.St. Sint-Niklaas, nr. 63.636, 18 december 1996).

32 De verplichting tot bekendmaking is van openbare orde, zodat het middel dat steunt op het niet bekendmaken van een rechtsregel op elk moment kan worden ingeroepen (R.v.St. Demaegt, nr. 18.930, 26 april 1978).

Ontstentenis van bekendmaking of onregelmatige betekening tast echter de geldigheid of uitvoerbaarheid van de beslissing niet aan (R.v.St. Moens, nr. 20.864, 15 januari 1981; Wolters, nr. 48.390, 30 juni 1994). Het gevolg is slechts dat de norm niet tegenwerpelijk is aan de rechtssubjecten, wat betreft de verplichtingen die ze hen oplegt (vb. R.v.St. Claeys, nr. 17.095, 25 juni 1975; R.v.St. Laureyssens, nr. 26.043, 9 januari 1986; R.v.St. Vereniging van de Nederlandstalige keurders, nr. 42.728, 3 mei 1993), echter niet wat betreft de rechten die ze hen verleent (R.v.St. vzw Centrale voor Socialistisch Cultuurbeleid, nr. 27.569, 24 februari 1987. In dat geval dient de verzoeker echter ook te voldoen aan de voorwaarden die het niet-bekendgemaakte besluit oplegt om een bepaald voordeel te bekomen, R.v.St. Depaepe, nr. 5.374, 20 november 1956).

Gebrekkige bekendmaking of betekening op zich is niet vatbaar voor vernietiging (R.v.St. Goblet, nr. 26.145, 5 februari 1986, Arbitragehof nr. 67/94, 14 juli 1994, B.S. 27 juli 1994).

AFDELING IV

INWERKINGTREDING

33 De datum van inwerkingtreding van een norm is de datum waarop deze norm verbindend wordt en dus aan de rechtssubjecten kan worden tegengeworpen.

De inwerkingtreding dient te worden onderscheiden van de temporele functie van een norm. Dat een verplichtende bepaling maar in werking kan treden ten vroegste vanaf haar bekendmaking, verhindert niet dat zij rechtsgevolgen kan verbinden aan feiten die dateren van vóór de bekendmaking. Ook retroactieve bepalingen kunnen echter maar worden toegepast vanaf de datum van inwerkingtreding van de norm (R.v.St. Rijksdienst voor de Pensioenen der Zelfstandigen t. Gaillet, nr. 12.423, 1 juni 1967. Men kan het bestuur derhalve niet verwijten dat het voorschriften die, hoewel retroactief, niet verbindend waren op het ogenblik dat het bestreden besluit werd genomen, niet heeft toegepast, R.v.St. De Weggeheleire en Van Gasse, nr. 64.240, 29 januari 1997 en Bosman, nr. 66.950, 24 juni 1997. Zie ook M. LEROY, *a.w.* Brussel, Bruylant, 1987, 169).

De omschrijving van retroactieve werking als een “inwerkingtreding” vóór de datum van ondertekening of bekendmaking, wijst dan ook op een verwarring tussen inwerkingtreding en temporele functie (zie R.v.St. Van Schoote, nr. 57.850, 26 januari 1996, waarin de Raad van State uit het feit dat aan een gewestplanbestemming een retroactiviteit van meer dan tien jaar werd gegeven, ten onrechte afleidt dat voor de planschadevergoeding de verjaringstermijn van tien jaar te rekenen vanaf de inwerkingtreding van het plan, meteen is verstreken, waarbij de Raad de paradoxale term “retroactieve inwerkingtreding” hanteert; vgl. ook de omschrijving van H. COREMANS en M. VAN DAMME, *a.w.* 51).

Deze omschrijving door de rechter is vaak te wijten aan de normsteller, die een gewenste retroactiviteit formuleert in termen van een inwerkingtreding vóór de bekendmaking van de norm (zie bv. R.v.St. Fédération des unions professionnelles reconnues des charbonniers détaillants de Belgique, nr. 1.839, 26 september 1952 en de kritiek van P. LEWALLE, *a.w.* 183, vtnt. 8; Arbitragehof nr. 32/93, 22 april 1993, *B.S.* 20 mei 1993).

34 Een individueel besluit wordt in de regel verbindend ten aanzien van de betrokken persoon door zijn betekening (zie *boven*, nr. 28). Niets belet echter dat het bestuur een latere datum van inwerkingtreding bepaalt.

De terminologie wordt al eens door elkaar gehaald. Zo het arrest volgens hetwelk een individuele bestuurshandeling bestaat “met bindende kracht” zodra ze door het bestuur is verricht, maar slechts “uitvoerbare kracht” heeft vanaf haar betekening aan de betrokkene en derhalve pas dan in werking treedt (R.v.St. *nv Les Sablières réunies*, nr. 39.207, 10 april 1992. Dezelfde verwarring is ook terug te vinden bij A. VAN MENSEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK en S. WYCKAERT, *a.w.* 133-134).

35 Voor de inwerkingtreding van een algemene rechtsregel volstaat de bekendmaking niet; artikel 190 G.W. vereist bovendien het verloop van een bepaalde termijn.

De regelgever kan deze termijn zelf bepalen. Hij kan een factor nul dragen, zodat de dag van inwerkingtreding samenvalt met de dag van bekendmaking. Hij kan echter niet negatief zijn wanneer het verplichtende bepalingen betreft: artikel 190 G.W. bepaalt immers dat geen rechtsregel verbindend kan zijn dan na te zijn bekendgemaakt in de vorm bij de wet bepaald (Zie ook P. DE VISSCHER, “La promulgation, la signature et la publication des lois en droit belge”, in *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, B. HERZOG en G. VLACHOS, (eds.), Parijs, Les eds. de l'épargne, 1961, 52, P. POPELIER, *a.w.* 562 en “De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel”, *a.w.* 76-77 en A. VRANCKX, *a.w.* 66).

RUTTIENS (*La technique législative*, Brussel, Bruylant, 1945, 19) noemt de interpretatieve wet een uitzondering op die regel, omdat de interpretatieve wet “samenvalt” met de uitgelegde wet. COREMANS en VAN DAMME (*a.w.* 53) stellen in die zin dat een interpretatieve wet noodzakelijkerwijze in werking treedt op de dag waarop de geïnterpreteerde wet zelf in werking is getreden.

Die redenering kan niet worden gevolgd (zie P. POPELIER, *a.w.* 563).

De wet die eigenlijk wordt toegepast, is de uitgelegde wet die reeds in werking was getreden. Zij wordt wel uitgelegd in de zin die de interpretatieve wet voorschrijft, maar die betekenis lag reeds in de oorspronkelijke wet besloten. Wanneer de interpretatieve wet iets nieuws toevoegt aan de uitgelegde wet, kan zij niet worden toegepast vóór haar inwerkingtreding. Niets verhindert bovendien dat de overheid uitdrukkelijk een latere datum van inwerkingtreding of een andere dan retroactieve temporele functie meegeeft aan de interpretatieve wet, bv. wanneer er toch enige lijn zat in de interpretatie door de rechtspraak en de interpretatieve wet daarvan erg afwijkt (vgl., weliswaar met betrekking tot een interpretatieve omzendbrief, R.v.St. Lommaert, nr. 43.884, 31 augustus 1993).

Anders is het voor een coördinatie of codificatie van wetten. Een coördinatie brengt wetten met betrekking tot één rechtsmaterie samen in één doorlopende tekst, een codificatie brengt inhoudelijk verwante wetten samen in één, systematisch ingedeeld corpus (H. COREMANS en M. VAN DAMME, *a.w.* 59 e.v. en C. LAMBOTTE, *Technique législative et codification*, Gent, E. Story-Scientia, 1988, 185-187).

Een coördinatie en een codificatie bevatten in principe slechts teksten die reeds bindende kracht hebben (H. COREMANS en M. VAN DAMME, *a.w.* 62 e.v. en C. LAMBOTTE, *a.w.* 188). Omdat de bepalingen zelf in principe niet zijn gewijzigd, blijft de inwerkingtreding van elke bepaling van het wetboek behouden op de dag van inwerkingtreding van de oorspronkelijke bepaling (vb. Cass. 20 januari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 80). Enkel voor bepalingen die zijn herwerkt met het oog op hun inpassing in de codificatie, geldt dit niet.

Artikel 4 van de Wet betreffende de coördinatie en de codificatie van wetten (Wet van 13 juni 1961, *B.S.* 11 juli 1961) schrijft daarom voor dat het besluit tot coördinatie of codificatie verwijzingen bevat aan de hand waarvan de oorspronkelijke tekst van elke gecoördineerde en gecodificeerde bepaling kan worden teruggevonden. Zo kan voor iedere bepaling de eigen datum van inwerkingtreding worden achterhaald.

Voor provinciale reglementen en verordeningen kan krachtens artikel 118 Provinciewet bovendien geen langere termijn dan acht dagen worden bepaald (zie boven, nr. 14).

De regelgever kan het bepalen van de datum van inwerkingtreding ook overlaten aan de uitvoerende macht. Als deze het ogenblik van inwerkingtreding eenmaal heeft bepaald, is haar bevoegdheid uitgeput, en kan zij deze datum niet meer door een nieuw besluit wijzigen (R.v.St. Caloon, nr. 13.834, 10 december 1969; Fedis en Abeas, nr. 29.953, 29 april 1988; vzw Vereniging van de Nederlandstalige keurders, nrs. 42.726-42.728, 3 mei 1993). Wanneer de regelgever niet zelf een termijn bepaalt of laat bepalen, geldt de wettelijke termijn. Voor wetten, decreten, ordonnanties, koninklijke, regerings- en ministeriële besluiten geldt een termijn van tien dagen vanaf de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad (artt. 4 tweede lid en 6 eerste lid van de Wet van 31 mei 1961, *B.S.* 21 juni 1961, artt. 56 en 84, 2° BWHI, artt. 33 en 39 Brusselwet, artt. 48 en 53 van de Wet van 31 december 1983). Artikel 114 Gemeentewet bepaalt een termijn van vijf dagen voor gemeentelijke reglementen en verordeningen; artikel 118 bepaalt een termijn van acht dagen voor provinciale reglementen en verordeningen.

Artikel 114 Gemeentewet stelt dat gemeentelijke reglementen en verordeningen verbindend worden de vijfde dag volgend op de dag van bekendmaking, behalve wanneer zij het anders bepalen. Volgens DE JONCKHEERE (*a.w.* 328 en "Het niet-retroactiviteitsbeginsel in het fiscaal recht, bekeken vanuit het perspectief van de gemeentebelastingen", in *De retroactiviteit van rechtsregels*, Leuven, *Jura Falc.* 1998, 134) blijkt uit deze formulering dat een gemeente de inwerkingtreding ook kan laten ingaan op een dag voorafgaand aan de bekendmaking. Deze stelling berust echter op een verwarring tussen de bekendmaking, de inwerkingtreding en de temporele functie van een norm. De auteur volgt de definitie van COREMANS en VAN DAMME (*a.w.* 51), volgens welke er sprake zou zijn van terugwerkende kracht indien de "datum van inwerkingtreding voorafgaat aan het tijdstip waarop de norm volkomen is". Hij houdt geen rekening met artikel 190 G.W.

36 In de rechtspraak rees de vraag wanneer een beslissing, die aan de goedkeuring van de toezichthoudende overheid is onderworpen, in werking treedt.

Volgens de Raad van State betekent het feit dat de goedkeuring terugwerkt tot de datum waarop de goedgekeurde beslissing werd genomen, dat de inwerkingtreding van de goedgekeurde norm kan worden bepaald op een datum die voorafgaat aan het moment van de goedkeuring (R.v.St. Wintgens, nr. 14.131, 22 mei 1970).

Ook het artikel dat de inwerkingtreding bepaalt, is echter opgeschort tot het moment van de

goedkeuring, zodat het besluit toch niet eerder kan worden ingeroepen (R.v.St. nv Minkranck L. Van Himbeek, nrs. 11.608 en 11.609, 25 januari 1966 en R.v.St. Baes e.a., nr. 25.433, 6 juni 1985). In die redenering kan een besluit niet eerder worden toegepast dan op het ogenblik waarop de goedkeuring in werking treedt, maar kan de aanknopng van rechtsgevolgen aan feiten die dateren van na de inwerkingtreding van het goedgekeurde besluit, maar van vóór de goedkeuring, niet worden gelijkgesteld met een retroactieve werking (vgl. ook Cass. 12 december 1921, *Pas.* 1922, 99 en Cass. 15 mei 1955, *Arr.Cass.* 1955, 759 en de conclusie van Advocaat-Generaal Delange, *Pas.* 1955, I, 998; zie ook M. DE JONCKHEERE, *a.w.* 319-320 en 329-330).

Bij dit alles wordt echter uit het oog verloren dat de uitvoerbare kracht van een beslissing wordt opgeschort tot het moment van de goedkeuring en dat ook de bekendmaking of de betekening, die een noodzakelijke voorwaarde is voor de inwerkingtreding, reeds een daad van uitvoering is. De bekendmaking of betekening zou dan ook pas ten vroegste kunnen gebeuren vanaf de datum waarop de goedkeuring wordt gegeven (R.v.St. Dufrene, nr. 21.018, 12 maart 1981. Zie K. MEES, *Gemeentebelastingen*, in *Administratief Lexicon*, 48). Een eerdere bekendmaking zou de rechtssubjecten kunnen misleiden over een verplichting die in werkelijkheid nog niet verbindend is en dat, wanneer geen goedkeuring volgt, ook niet wordt (K. MEES, *a.w.* 48).

Artikel 112 Gem.W. bepaalt nu dat de bekendmaking van de gemeentelijke reglementen en verordeningen in voorkomend geval de beslissing van de toezichthoudende overheid moet vermelden. In dat geval kan een gemeentelijke rechtsregel niet meer worden bekendgemaakt en in werking treden alvorens de goedkeuring is gegeven.

AFDELING V

TEMPORELE FUNCTIE

37 De temporele functie van een norm wijst op de periode waarop deze norm uitwerking heeft. Het kan daarbij gaan om een onmiddellijke werking, een retroactieve werking, een uitgestelde of een eerbiedigende werking. Vaak worden aan een norm ook verschillende temporele functies tegelijk toegekend.

De temporele functie van een norm bepaalt de toepassing van de norm in de tijd: in welke periode dienen rechtsfeiten zich te hebben voorgedaan, opdat de door de norm gedicteerde rechtsgevolgen erop van toepassing zouden zijn. Steeds dient in de eerste plaats te worden gekeken naar de temporele functie van de nieuwe norm; deze bepaalt zelf of ze ook ten aanzien van verleden rechtsfeiten de oude rechtsregel vervangt. Daarvoor moet worden gelet op de aanknopingspunten die de rechtsregel formuleert en op het ogenblik waarop die aanknopingspunten zich moeten voordoen.

38 Over de precieze omschrijving van de temporele functies bestaat nogal wat verwarring in rechtspraak en rechtsleer, ofschoon deze omschrijving cruciaal is voor een goed begrip van de werking van normen in de tijd. Daarom wordt hieraan een afzonderlijk, tweede hoofdstuk besteed.

Voor de analyse van de tijdsstructuur is het alvast relevant op te merken dat de temporele functie verwijst naar de periode waarin de rechtsfeiten zich dienen voor te doen; het moment waarop de rechtsgevolgen zich voordoen is daarentegen afhankelijk van het moment waarop de norm in werking treedt (zie

over het onderscheid tussen terugwerkende kracht en inwerkingtreding ook G. KNIGGE, *a.w.* 37 e.v.).

Vaak wordt de opvatting geuit dat de retroactieve werking een "fictie" is, die erin bestaat dat men ervan uitgaat dat het verleden anders was dan het geweest is (vb. R.v.St. Lefils, nr. 2.016, 5 december 1952; Janssens, nr. 21.954, 2 februari 1982; Vandaele, nr. 22.295, 1 juni 1982; Otte, nr. 29.459, 1 maart 1988. Zie o.m. F. DELPEREE, "Le principe de non rétroactivité des lois – Belgique", *Ann.internat.just.const.* 1990, 333, M. PAQUES, "De l'effet direct d'un décret comme condition de son entrée en vigueur et de la licéité de son exécution par une mesure aux effets rétroactifs", *Adm.Publ.(T.)* 1991, 158, L.P. SUETENS, "De retroactiviteit van wetten, decreten en ordonnanties", *T.P.R.* 1993, 218 en A. VAN MENDEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK en S. WYCKAERT, *a.w.* 137. Zie ook P. ROUBIER, *a.w.* 10).

Die opvatting wijst op een verkeerd begrip van de temporele functie (hierover G. KNIGGE, *a.w.* 29 e.v. Zie ook W. DUK, *t.a.p.*, 9-12 en 15 en H.J.M. JEUKENS, *t.a.p.* 61).

Ook de arresten, waarin een retroactieve norm wordt beschouwd als een inbreuk op de in artikel 190 G.W. neergelegde bekendmakingsplicht (vb. R.v.St. vzw Katholieke Vereniging voor Gehandicapten, nr. 22.768, 16 december 1982; in dezelfde zin, maar zonder uitdrukkelijke verwijzing naar art. 190 G.W., R.v.St. Lejeune, nr. 41.140, 24 november 1992), berusten op een verwarring tussen de temporele functie van een norm, die de periode aanwijst waarin rechtsfeiten zich moeten voordoen om de geformuleerde rechtsgevolgen te sorteren, en de van de bekendmaking afhankelijke inwerkingtreding van de norm, die de dag aanwijst vanaf wanneer een norm verbindend is en de rechtsgevolgen derhalve kunnen intreden.

AFDELING VI

OVERGANGSMAATREGELEN

39 Overgangsmatregelen zijn maatregelen die de overgang van de oude naar de door de nieuwe regel in het leven geroepen rechtstoestand begeleiden (zie ook boven, inleidend hoofdstuk, nr. 13).

Deze kunnen betrekking hebben op de datum van inwerkingtreding – bv. een langere termijn die wordt opgehouden tussen de bekendmaking en de inwerkingtreding van de norm, of een gefaseerde inwerkingtreding – of op de temporele functie – bv. de eerbiedigende of uitgestelde werking van een aantal bepalingen ten aanzien van bepaalde personen die op basis van de oude regeling zekere rechten hadden verkregen of verwachtingen hadden gekoesterd.

Het kan ook gaan om maatregelen die los staan van de eigenlijke norm, bv. de aankondiging dat een bepaalde norm zal worden ingevoerd, of een gedogen door het bestuur gedurende een bepaalde periode, om aanpassing aan de nieuwe rechtsplichten mogelijk te maken.

In de regel mag de uitvoerende macht echter niet zelf overgangsmaatregelen treffen die door de wetgever niet zijn gewenst, of die niet noodzakelijk zijn voor een effectieve uitvoering van de wet, bv. door de bekendmaking van een goedgekeurde wet onredelijk lang uit te stellen (R.v.St. Beerten, nr. 71.761, 12 februari 1998 en nr. 76.007, 30 september 1998. Zie ook de noot daarbij, P. POPELIER, "De laattijdige bekendmaking van de wet: over de bindende kracht van nog niet in werking getreden wetten en de techniek van overgangsmaatregelen", *R.W.* 1997-98, 1474-1476).

AFDELING VII

VERDWIJNEN VAN EEN NORM UIT DE RECHTSORDE

40 Een norm kan zelf bepalen tot op welk ogenblik hij gelding zal hebben. Zijn gelding kan ook afhangen van een ontbindende voorwaarde. Dat geldt zowel voor algemene rechtsregels als voor individuele besluiten. Indien bv. de houder van een bouwvergunning niet binnen één jaar na afgifte van de vergunning met de werken is begonnen, is de vergunning vervallen (art. 52 Stedenbouwwet; art. 50 Decr.VI.Parl. 22 oktober 1996 betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996, *B.S.* 15 maart 1997).

Ook een hogere norm kan bepalen dat een lagere norm slechts tijdelijk gelding zal hebben of kan de verdere werking doen afhangen van een voorwaarde. Een bijzondere machtenwet kan bv. bepalen dat de op deze wet gebronde bijzondere-machtenbesluiten door de wetgever moeten worden bekrachtigd, bij gebreke waarvan het besluit zijn gelding verliest. Indien de bijzondere macht erin bestaat dat aan de uitvoerende macht bevoegdheid wordt gegeven om op te treden in het door de Grondwet aan de wetgever voorbehouden fiscaal domein, dient de wet zelfs verplicht een dergelijke bepaling te bevatten; bij gebreke van bekrachtiging verliest het besluit bovendien met terugwerkende kracht zijn gelding (Arbitragehof, nr. 18/98, 18 februari 1998, *B.S.* 3 april 1998; zie P. POPELIER, "Bijzondere machten en het Arbitragehof: over het legaliteitsbeginsel en de werking van normen in de tijd", *T.V.W.* 1998/1, I-12-16).

De aan de Koning verleende bijzondere macht brengt geen ontoelaatbaar verschil in behandeling tussen belastingplichtigen 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, behoudens in zoverre zij toestaat dat besluiten die niet bekrachtigd zijn hun uitwerking behouden voor de periode tussen hun inwerkingtreding en de uiterste data waarop zij bekrachtigd dienen te worden. Hierdoor zou een categorie van personen immers, zij het tijdelijk, kunnen worden geraakt door een fiscale maatregel zonder dat deze het voorwerp heeft uitgemaakt van een beslissing genomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering (Arbitragehof, nr. 18/98, 18 februari 1998, *B.S.* 3 april 1998).

41 Indien niet vooraf een termijn is vastgesteld, geldt de norm voor onbepaalde tijd. Hij kan dan nog uit de rechtsorde verdwijnen door zijn wijziging, opheffing, intrekking of vernietiging. Elke modaliteit beïnvloedt het moment vanaf wanneer de norm zijn geldingskracht verliest. De wijziging van een norm kan overeenkomen

met een gehele of gedeeltelijke opheffing of met een gehele of gedeeltelijke intrekking (R.v.St. Readymix Belgium, nr. 26.337, 8 april 1986; Ilegems, nr. 29.100, 5 januari 1988).

42 In de regel worden opheffing en intrekking tegenover elkaar geplaatst. Met name voor (individuele) bestuurshandelingen hebben zij een specifieke betekenis. De term “opheffing” verwijst naar de overheidshandeling die slechts voor de toekomst een einde maakt aan de gelding van een norm (R.v.St. Dutry, nr. 33.449, 22 november 1989. Zie o.m. A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, Brussel, Larcier, 1966, I, 352, M.-A. FLAMME, *a.w.* I, 513, P. LEWALLE, “L’abrogation des actes administratifs unilatéraux”, *Ann.Fac.dr.Liège* 1970, 72 en *a.w.* 219, A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 617, M. VAN DAMME, en F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Brugge, Die Keure, 1994, 6 en 12-13 en A. VRANCKX, *a.w.* 78).

De door die norm bepaalde rechtsgevolgen worden niet meer gehecht aan na die opheffing voorgevallen feiten (G. KNIGGE, *a.w.* 51). Omgekeerd betekent dit dat hij nog wordt toegepast op aan de opheffing anterieure feiten: hij is dus nog niet geheel uit de rechtsorde verdwenen (*t.a.p.* 52).

De term “intrekking” verwijst naar de overheidshandeling die ook voor het verleden een norm tenietdoet (R.v.St. Borremans, nr. 47.504, 19 mei 1994). Aan anterieure feiten worden niet meer de door het ingetrokken besluit bepaalde rechtsgevolgen verbonden.

In de rechtsleer wordt dit gewoonlijk gedefinieerd als een tenietdoen *ab initio* (zie de hierboven geciteerde rechtsleer). De terugwerkende kracht van een intrekking kan echter ook gedeeltelijk zijn (R.v.St. Delmotte, nr. 31.905, 7 februari 1989).

Deze definitie kan enigszins worden genuanceerd. Kenmerkend aan de intrekking is dat wordt teruggekomen op een norm om redenen die daarmee direct verband houden: de oorspronkelijke beslissing wordt bij nader inzien onrechtmatig of inopportuun gevonden (G. VLACHOS, “Le retrait des actes administratifs”, *R.A.* 1970, 413; zie ook P. POPELIER, “De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel”, *a.w.* 87 en M. VAN DAMME, “Zijn er nog grenzen aan de intrekbaarheid van bestuurshandelingen?”, *T.B.P.* 1996, 325). Daartegenover staat de hypothese dat een norm wordt gewijzigd door een nieuwe norm, die met terugwerkende kracht gelding heeft, om redenen die niet met de oude norm maar met nieuwe omstandigheden of inzichten verband houden.

De intrekking of opheffing van een norm gaat in principe uit van het overheidsorgaan dat de ingetrokken of opgeheven beslissing had genomen (zie o.m. A. BUTTGENBACH, *a.w.* 352, A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *a.w.* 616-617 en M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *a.w.* 6 en 20 e.v.) of daartoe bevoegd is op het ogenblik dat de beslissing wordt ingetrokken (R.v.St. Huyghe, nr. 56.408, 22 november 1995). Het kan echter ook voorkomen dat de intrekking of opheffing van een besluit of sommige bepalingen daarvan gebeurt door de formele wetgever. Vanuit wetgevingstechnisch oogpunt is een dergelijke

werkwijze voor kritiek vatbaar, omdat de normen zo een hybridisch karakter krijgen (zie P. POPELIER, *a.w.* 461 e.v. en de daar geciteerde adviezen van de Raad van State, Afdeling Wetgeving; zie ook R. ANDERSEN, “La sécurité juridique et la section de législation du Conseil d’Etat”, in *La sécurité juridique*, Luik, Ed. du jeune barreau de Liège, 1993, 207, J. BYVOET, *Wetgevingstechniek*, Heule, UGA, 1971, 69, C. HUBERLANT en B. HAUBERT, “Aperçu du rôle du Conseil d’Etat, section de législation”, *Adm. Publ.(T.)* 1987, 162 en C. LAMBOTTE, *a.w.* 70).

43 Een norm kan ook ophouden te bestaan wanneer de beslissing werd genomen onder een ontbindende voorwaarde en deze voorwaarde zich inderdaad voordoet. Zo bv. de benoeming van een ambtenaar onder de ontbindende voorwaarde dat deze persoon aan een geneeskundig onderzoek zou voldoen: de handeling waardoor hij wegens lichamelijke ongeschiktheid wordt ontheven, maakt dan geen intrekking van de benoeming uit (R.v.St. Lauwens, nr. 37.216, 18 juni 1991).

Wanneer de overheid het onderzoek naar de vraag of de ontbindende voorwaarde zich al dan niet heeft voorgedaan zelf in handen heeft, moet zij dit ook onverwijld doen. Het voorbehoud mag niet zodanig werken dat het aan de overheid zonder tijdsbeperking de mogelijkheid biedt terug te komen op een beslissing; de regels van toepassing op de intrekking (zie verder, nrs. 244-273) zijn dan analoog toepasbaar (R.v.St. Gielen, nr. 43.406, 21 juni 1993). Anders is het wanneer de duur van dat onderzoek grotendeels aan de invloed van het beslissende overheidsorgaan ontsnapt (R.v.St. Lauwens, nr. 37.216, 18 juni 1991).

44 De vernietiging is de handeling waarmee een ander orgaan, na een beoordeling van de voorliggende norm, een einde maakt aan het bestaan van deze norm. Ze gaat uit van een toezichthoudende overheid of van de Raad van State indien het gaat om een bestuurshandeling en van het Arbitragehof indien het gaat om een wet, decreet of ordonnantie; ordonnanties van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw of inzake openbare werken en vervoer, kunnen, aldus artikel 45 van de Brusselwet, ter vrijwaring van de internationale rol en de hoofdstedelijke functie van Brussel worden vernietigd door de Kamer van Volksvertegenwoordigers bij meerderheid in beide taalgroepen.

In principe werkt de vernietiging *ab initio*: de vernietigde norm wordt geacht nooit te hebben bestaan (A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *a.w.* 616). Het Arbitragehof en de Raad van State kunnen deze werking echter verzachten. Artikel 8 tweede lid van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof (*B.S.* 7 januari 1989) bepaalt dat het Arbitragehof die gevolgen van de vernietigde bepalingen kan aanwijzen welke als gehandhaafd moeten worden beschouwd of voorlopig gehandhaafd worden voor de termijn die het vaststelt. Artikel 14^{ter} R.v.St.-wet (ingevoegd bij Wet van 4 augustus 1996, *B.S.* 20 augustus 1996, *err. B.S.* 8 oktober 1996) wijst eenzelfde bevoegdheid toe aan de Raad van State, Afdeling Administratie.

45 Ook het arrest dat slechts de schending kan vaststellen van een norm met een hogere rechtsregel, kan, omwille van de rechtszekerheid, een beperkte werking in de tijd hebben. Dat kan ertoe leiden dat de betrokken norm nog kan worden toegepast op rechtsfeiten die zijn voorgevallen vóór de uitspraak van het arrest, maar niet meer op de rechtsfeiten die zich nadien voordoen. Het voorbeeld bij uitstek is het

vroegere artikel 756 B.W., dat het erfrecht van natuurlijke kinderen beperkte en dat, na het arrest Marckx van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 13 juni 1979 (Eur. Hof Marckx, 13 juni 1979, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 31), waarin zijn strijdigheid met de artikelen 8 en 14 EVRM werd vastgesteld, nog slechts kon worden toegepast op erfenissen die zijn opgevallen vóór 13 juni 1979 (vb. Cass. 21 oktober 1993, *Arr.Cass.* 1993, 418; 7 april 1995, *Arr.Cass.* 1995, 387. Zie ook Arbitragehof 18/91, 4 juli 1991, *B.S.* 22 augustus 1991).

Vraag is of ook het Arbitragehof de werking in de tijd van zijn prejudiciële arresten kan beperken.

In het arrest 18/91 leek het die weg op te gaan. Het Hof achtte het gelijkheidsbeginsel slechts geschonden door het aangevochten wetsartikel “inzoverre het toepasselijk is op nalatenschappen opgevallen vanaf 13 juni 1979” (Arbitragehof nr. 18/91, 4 juli 1991, *B.S.* 22 augustus 1991. Zie ook Cass. 15 mei 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 862, met conclusie Advocaat-Generaal D’Hoore). Deze beperkte terugwerking ging terug op het arrest Marckx, waarin de schending van het betrokken artikel met de artikelen 8 *juncto* 14 EVRM was vastgesteld maar de uitwerking werd beperkt tot rechtssituaties die zich voordeden na de uitspraak van dat arrest (Eur. Hof Marckx, 13 juni 1979, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 31). In de overgangsregeling bij de Wet van 31 maart 1987 bleef het oude artikel 756 B.W. nochtans toepasselijk op erfenissen die waren opgevallen vóór de inwerkingtreding van deze wet. Het Arbitragehof oordeelde dat strijdig met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, maar achtte het “omwille van de rechtszekerheid verantwoord dat de nalatenschappen opgevallen vóór de uitspraak van het arrest Marckx onverlet zouden blijven” (overw. B.11.).

In een arrest van 19 februari 1997 echter oordeelde het Arbitragehof, op de vraag om de werking van zijn uitspraak in de tijd te beperken, dat het daarmee zijn bevoegdheid te buiten zou gaan. Het vond dat het aan de wetgever toekomt om “te oordelen in welke mate het past de rechtsonzekerheid te voorkomen die zou voortvloeien uit de omstandigheid dat voorbije situaties, die niet het voorwerp hebben uitgemaakt van in kracht van gewijsde gegane beslissingen, opnieuw aan de orde zouden kunnen worden gesteld” (Arbitragehof nr. 8/97, 19 februari 1997, *B.S.* 3 april 1997. Kritisch: M. MATHIEU, *J.T.* 1997, 294-296. Zie ook P. DE HERT, “De mechanistische activiteit van het Hof van Cassatie betreffende de strafrechtelijke verjaringstermijnen en de wetgevende activiteit tot wijziging van de burgerrechtelijke verjaringstermijnen”, *Rec.Arr.Cass.* 1997, 243 e.v.).

De overheid zou dergelijke matiging alleszins wel kunnen verkrijgen wanneer zij gebruik maakt van de in artikel 4, 2° Bijz. W. Arbitragehof geboden mogelijkheid om binnen een nieuwe termijn van zes maanden de vernietiging te vorderen van de betrokken akte.

46 De nietigheids- en prejudiciële arresten doen de overgangsrechtelijke vraag rijzen naar de gevolgen ervan voor het bepalen van de toepasselijke wet op een hangende zaak. Het antwoord op die vraag staat los van de normaal geldende principes van het overgangsrecht. Dat wordt duidelijk geïllustreerd door de aanleiding tot het arrest van 19 februari 1997.

Het Hof van Beroep verwerpt een burgerlijke rechtsvordering, omdat die met toepassing van artikel 26 V.T.Sv. is verjaard. De zaak komt tot bij het Hof van Cassatie, die een prejudiciële vraag stelt aan het Arbitragehof over de grondwettigheid van artikel 26 V.T.Sv. Het Arbitragehof acht de bepaling ongrondwettig, voor zover zij de verjaringstermijn van burgerlijke rechtsvorderingen die volgen uit een misdrijf, beperkt tot vijf jaar (Arbitragehof nr. 25/95, 21 maart 1995, *B.S.* 31 maart 1995).

Het Hof van Cassatie casseert met toepassing van dit arrest het arrest van het Hof van Beroep (Cass. 19 december 1996, *Rec.Arr.Cass.* 1997, 255). Ook in andere hangende procedures moet het arrest van het Arbitragehof meteen worden toegepast, zodat artikel 26 V.T.Sv. buiten toepassing moet worden gelaten ook voor die vorderingen die op grond van dat artikel reeds waren verjaard, nog vóór de uitspraak van het Arbitragehof (Luik 28 november 1995, *J.L.M.B.* 1996, 110 en P. DE HERT, *t.a.p.* 243 e.v. *Anders*: Rb. Bergen 13 mei 1996, *J.L.M.B.* 1996, 1055).

Indien artikel 26 V.T.Sv. bij wet was opgeheven, zou een andere oplossing hebben gegolden. Als principe van overgangsrecht geldt in dat geval het behoud van verworven verjaringen (zie verder, nrs. 134-135). Zoals vermeld, acht het Arbitragehof zich in het arrest van 19 februari 1997 echter niet bevoegd om een gelijklopende overgangsregel voor te schrijven.

HOOFDSTUK II

TEMPORELE FUNCTIES

AFDELING I

FORMELE BENADERING

47 De temporele functie omschrijft het toepassingsgebied *ratione temporis* van een norm. Het kan dan gaan om een onmiddellijke, een retroactieve, een eerbiedigende of een uitgestelde werking. Het bepalen van dit temporeel toepassingsgebied is een louter technisch procédé, dat op zich nog geen beoordeling van de temporele functie zou mogen inhouden.

De temporele functie van een norm is dan ook niet afhankelijk van de waardering van een rechtssituatie onder de oude regeling, maar slechts van de aanwijzingen hierover in de nieuwe norm. De hierbij aansluitende definiëring van de temporele functies gaat uit van een formele benadering, waarbij wordt nagegaan welke feiten de nieuwe norm noemt als determinerend om haar temporele uitwerking te bepalen. Er wordt dan gekeken op welk tijdstip deze feiten zich moeten voordoen of hebben voorgedaan opdat de nieuwe norm er bepaalde rechtsgevolgen aan zou verbinden.

Dit louter technisch karakter maakt dat het toekennen van een temporele functie aan een norm enigszins kan worden gemanipuleerd.

Welk feit determinerend is voor de verbinding van de nieuwe rechtsgevolgen, wordt niet bepaald door de oude, maar door de nieuwe norm (zie G. KNIGGE, *a.w.* 20-21). Wat, het normale zwaartepunt van een rechtsverhouding in aanmerking genomen, als retroactief voorkomt, kan dan vaak als een onmiddellijke werking worden geformuleerd, door de keuze van een ander aanknopingspunt (zie W. DUK, *t.a.p.* 9 en 50, K.H. FRIAUF, *t.a.p.* 674 en D. VEEGENS, "Algemene en bijzondere overgangsbepalingen in het ontwerp-invoeringswet boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek", *W.P.N.R.* 1966, 160).

Daarom volgt later nog een tweede stap, waarin de gekozen temporele functie wordt beoordeeld, ook indien het formeel niet om een retroactieve norm gaat.

48 Deze formele benadering is het zuiverste terug te vinden in KNIGGE's omschrijving van de temporele functies (G. KNIGGE, *a.w.* 21, 27, 28, 43 e.v. 85 en 87 e.v.), waarop de hier gevolgde definities zijn geïnspireerd.

De auteur ziet evenwel de term "onmiddellijke werking" als een synoniem voor "niet-terugwerking", dat zowel een zogenaamde "exclusieve" als een eerbiedigende werking kan inhouden. Dit is vreemd aan de in de Belgische rechtsleer en rechtspraak gangbare terminologie. In wat volgt wordt onder "onmiddellijke werking" enkel de "exclusieve" werking begrepen, en wordt geen verzamelnaam gehanteerd voor de temporele functies die geen terugwerkende kracht aanduiden.

Als uitgangspunt geldt het moment van inwerkingtreding van de norm (over de

keuze van de inwerkingtreding, en niet bv. het ontstaan of de bekendmaking van de norm, P. POPELIER, *a.w.* 570-571. Ook in de meeste rechtspraak en rechtsleer wordt de inwerkingtreding als uitgangspunt genomen. Soms wordt al eens naar de bekendmaking verwezen, vb. R.v.St. Caesar, nr. 17.412, 3 februari 1976; Katholieke Vereniging voor Gehandicapten, nr. 22.768, 16 december 1982; eveneens J. SALMON, *a.w.* I, 351, G. VAN FRAEYENHOVEN en F. LEURQUIN-DE VISSCHER, “La rétroactivité et l’effet d’annonce en matière fiscale”, in *Protection des droits fondamentaux du contribuable*, R. ANDERSEN en J. MALHERBE, (eds.), Brussel, Bruylant, 1993, 288 en E. WYMEERSCH, “Intertemporaal recht in verband met de Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet”, *R.W.* 1992-93, 1007).

Bij individuele handelingen komt dat in de regel overeen met het moment van betekening, zodat rechtsleer en rechtspraak die de betekening als criterium noemen voor de omschrijving van de temporele functie van een beschikking, aanvaardbaar is (zie R.v.St. Goblet, nr. 26.144, 5 februari 1986; Mannekens, nr. 27.511, 10 februari 1987; Graas, nr. 49.729, 19 oktober 1994. Eveneens J. SALMON, *a.w.* 351-352).

Een norm heeft onmiddellijke werking, wanneer hij rechtsgevolgen vastknoopt aan rechtsfeiten die zich voordoen vanaf de inwerkingtreding van de norm. Rechtsfeit, rechtsgevolg en de tegenwerpelijkheid daarvan liggen dan binnen dezelfde periode van het regelverloop.

Een norm is retroactief, wanneer hij rechtsgevolgen vastknoopt aan rechtsfeiten die dateren van vóór zijn inwerkingtreding (zie ook R. ERGEC, *Introduction au droit public*, I, Brussel, E. Story Scientia, 1990, 99. Vgl. P. VAN ORSHOVEN, “De kraai en de puid”, in *De retroactiviteit van rechtsregels*, *a.w.* 94). Dat wil zeggen dat evengoed van retroactiviteit sprake is, wanneer deze rechtsfeiten zich vóór de inwerkingtreding, maar na het ontstaan en de bekendmaking van de norm hebben voorgedaan.

Een norm heeft eerbiedigende werking, wanneer hij de oude regeling nog van toepassing laat op bepaalde rechtsfeiten, die nochtans dateren van na zijn inwerkingtreding. Dit kan enkel ten aanzien van bepaalde rechtsfeiten of ten aanzien van bepaalde personen, omdat technisch gezien de nieuwe norm anders nooit uitwerking krijgt.

Een norm heeft uitgestelde werking, wanneer hij de oude regeling slechts voorlopig nog van toepassing laat op bepaalde rechtsfeiten, die nochtans dateren van na zijn inwerkingtreding. Na verloop van tijd valt ook deze categorie van rechtsfeiten onder de nieuwe regeling.

49 De formele benadering wordt vaak gevolgd in de rechtspraak. De omschrijving zelf, die ook in de meeste rechtsleer wordt gevolgd, is echter nogal verwarrend want beïnvloed door een meer materiële benadering (zie volgende afdeling).

Meestal wordt de onmiddellijke werking omschreven als de toepassing van de nieuwe norm “niet alleen op feiten die zich voordoen na het inwerkingtreden van de nieuwe wet, maar ook op na die inwerkingtreding ontstane rechtsgevolgen van voordien voorgevallen feiten” (vb. Cass. 22 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 808; 27 april 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1118; 12 februari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 179; 2

mei 1994, *Arr.Cass.* 1994, 443; 13 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, 431; 10 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 195; R.v.St. Peeters, nr. 24.072, 13 maart 1984; Arbitragehof nr. 88/93, 22 december 1993, *B.S.* 1 maart 1994 en nr. 46/94, 16 juni 1994, *B.S.* 6 juli 1994).

De slotformulering van deze omschrijving verliest uit het oog dat de nieuwe norm juist bepaalt of bepaalde rechtsfeiten rechtsgevolgen zullen meebrengen en welke deze gevolgen zijn. Ook bij een retroactieve werking kan de norm slechts de intrede bepalen van rechtsgevolgen na de inwerkingtreding van de norm, zij het ten aanzien van rechtsfeiten die dateren van voordien.

Wat de definitie in werkelijkheid tracht uit te leggen, is dat óók van onmiddellijke werking sprake is wanneer wordt verwezen naar rechtsfeiten die zich afzonderlijk beschouwd voordoen na de inwerkingtreding van de nieuwe norm, maar die eigenlijk behoren tot een geheel complex van feiten en handelingen, dat reeds voordien een aanvang had genomen en waaronder zich het door de nieuwe norm als zwaartepunt genoemde rechtsfeit bevindt. Hiervoor wordt ook wel de term “retrospectiviteit” gebruikt. Het Duitse Bundesverfassungsgericht spreekt in dat verband van “onechte terugwerking” (vb. BVerfGE 11, 139 (146); 30, 367 (386); 51, 356 (362); 69, 272 (309); 76, 256 (346)).

Gaat het om het vaststellen, niet van de aanvang, maar van het einde van de geldingsperiode van een opgeheven norm, dan geldt *mutatis mutandis* hetzelfde: een norm die met onmiddellijke werking wordt opgeheven “vindt geen toepassing op de toekomstige gevolgen van situaties die tijdens haar geldingsperiode zijn ontstaan en zich voordoen of zich voortzetten binnen de geldingsperiode van de nieuwe wet” (*Cass.* 6 september 1993, *Arr.Cass.* 1993, 659; 22 mei 1995, *Arr.Cass.* 1995, 506).

De retroactiviteit wordt in de rechtspraak omschreven als de toepassing van een norm op “toestanden of feiten die vóór de inwerkingtreding van de nieuwe norm definitief voltrokken waren” (vb. *Cass.* 6 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1161; Arbitragehof nr. 25/90, 5 juli 1990, *B.S.* 6 oktober 1990 en nr. 36/90, 22 november 1990, *B.S.* 28 december 1990). Ook bij deze definitie wordt uit het oog verloren dat de nieuwe norm bepaalt of een rechtsverhouding definitief is voltrokken, m.a.w. welke feiten precies het zwaartepunt uitmaken van deze rechtsverhouding. Bedoeld wordt dat een norm retroactief is, wanneer zij rechtsgevolgen vastknoopt aan rechtsfeiten die zij bepalend acht voor een rechtsverhouding en die zich situeren in een periode vóór haar inwerkingtreding.

AFDELING II

MATERIËLE BENADERING

50 De in het vorige randnummer geciteerde definities, die in de rechtspraak zijn terug te vinden, wijzen ook op een mogelijke materiële benadering. Volgens het materiële criterium is het onderzoek naar het tijdstip waarop de feitelijke rechtseffecten zich voordoen, determinerend. Onderzocht wordt wanneer, vanuit juridisch-technisch oogpunt, een rechtsverhouding aanvangt of beëindigd is. De

nieuwe norm kan geen ander aanknopingspunt meer kiezen als zwaartepunt van die rechtsverhouding.

51 In een dergelijke benadering wordt uitgegaan van de waardering van een rechtsverhouding door de oude rechtsregeling. De beoordeling van de gevolgen van de temporele functie bepaalt dan de formulering ervan mee.

Dat is met name terug te vinden in de gevallen waarin de temporele functie van een norm wordt omschreven aan de hand van het concept van de verkregen rechten. Dergelijke formuleringen zijn nog vaak terug te vinden in de rechtspraak. Retroactiviteit wordt dan gelijkgesteld met “inbreuk maken op rechten die zijn verkregen krachtens de bepalingen die worden gewijzigd” (vb. R.v.St. Dendelot, nr. 25.811, 6 november 1985; Nationaal Verbond van Socialistische Mutualiteiten, nr. 26.688, 18 juni 1986; zie ook R.v.St. Beysen e.a., nr. 43.103, 1 juni 1993).

Over de precieze invulling van het begrip “verkregen rechten”, bestaat niet steeds duidelijkheid (zie o.m. H. DE PAGE, *a.w.* 327, W. DUK, *t.a.p.* 6, I.S. JOPPE, *Overgangsrecht in het internationaal privaatrecht en het fait accompli*, Arnhem, Gouda Quint, 1987, 120 e.v., P. LEWALLE, “L’abrogation”, *t.a.p.* 117 en *a.w.* 172 e.v. en 309, P. POPELIER, “De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel”, *t.a.p.* 73 en M. VAN DAMME, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, in *Beginselen van behoorlijk bestuur*, *a.w.* 120).

Dat geeft de rechter enerzijds soepelheid om zelf de temporele werking van de norm te bepalen aan de hand van de vastgestelde effecten van die norm in een concreet geval. Zo verwerft de rechter ook over normen die hij niet vermag te toetsen, toch enige beoordelingsbevoegdheid. Een “verkregen recht” acht hij dan aanwezig, wanneer hij van oordeel is dat de stabiliteit van een bepaalde rechtssituatie bescherming verdient (P. LEWALLE, “L’abrogation”, *t.a.p.* 117). Anderzijds is het concept strakker dan bv. het beoordelingsperspectief van het vertrouwensbeginsel, omdat het alleszins niet toelaat “gerechtvaardigde verwachtingen” mee in de beoordeling te betrekken.

In werkelijkheid wordt met het concept van “verkregen rechten” het onderscheid tussen retroactiviteit en onmiddellijke werking vermeden (vgl. ook I.S. JOPPE, *a.w.* 120 en P. ROUBIER, *a.w.* 170-171 en 174). Het is irrelevant welke temporele werking een norm precies heeft, zolang maar geen “verkregen rechten” worden aangetast. Dat komt ook terug in de formulering in de rechtspraak dat een nieuwe wet in beginsel onmiddellijke werking heeft, voor zover die toepassing geen afbreuk doet aan reeds “onherroepelijk” vastgestelde rechten (Cass. 22 februari 1988, *Arr.Cass.* 1990-91, 144; 31 oktober 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 252; 8 oktober 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 144; 12 februari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 179; 9 september 1993, *Arr.Cass.* 1993, 678; 3 oktober 1994, *Arr.Cass.* 1994, 809; 13 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, 431; 10 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 195) of, omgekeerd, dat de retroactiviteit “van beslissingen die verworven rechten aantasten” is verboden (R.v.St. Beysen e.a., nr. 43.103, 1 juni 1993).

AFDELING III

KEUZE TUSSEN DE FORMELE EN DE MATERIËLE BENADERING

52 De benaming van de temporele functie van een norm kan verschillen, naargelang men de formele dan wel de materiële benadering volgt. Enkele voorbeelden kunnen dit illustreren.

De Wet van 1 december 1995 betreffende de verlenging van bepaalde huurovereenkomsten (*B.S.* 5 december 1995), verlengde bepaalde woninghuurovereenkomsten die normalerwijze afliepen op 31 december van dat jaar.

De materiële benadering neemt de opzegging als juridisch zwaartepunt voor de beëindiging van een overeenkomst (zie *Cass.* 25 maart 1976, *Arr.Cass.* 1976, 863 en *Cass.* 6 september 1993, *Arr.Cass.* 1993, 664. Vgl. *Cass.* 25 november 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 270. Zie in het bijzonder *Cass.* 4 oktober 1993, *Arr.Cass.* 1993, 798: de opzegging heeft een definitief karakter, ook al blijft de overeenkomst nog voortbestaan tot het verstrijken van de opzeggingstermijn. Wanneer een werknemer wordt ontslagen door een opzegging vóór de inwerkingtreding van een nieuwe wet die bepaalde gevolgen van de rechtsverhouding regelt, is deze nieuwe wet niet van toepassing, ook al verstrijkt de opzeggingstermijn pas na de inwerkingtreding van de nieuwe wet).

Overeenkomstig deze benadering, was deze wet retroactief ten aanzien van die overeenkomsten welke reeds door de verhuurder waren opgezegd.

Volgens de formele definitie daarentegen duidt de nieuwe wet zelf het beslissende rechtsfeit aan, *in casu* niet de opzegging, maar het daadwerkelijk beëindigd zijn van de overeenkomst. De wet is dan met onmiddellijke werking van toepassing (zie ook A. VAN OEVELEN, "Wettelijke verlenging van bepaalde woninghuurovereenkomsten", *R.W.* 1995-96, 1085) op alle overeenkomsten die na het in werking treden van de wet nog steeds bestaan, en slechts op het einde van het jaar definitief beëindigd zouden zijn.

Het "Duinendecreet" (Decreet van de Vlaamse Raad van 14 juli 1993 houdende maatregelen tot bescherming van de kustduinen, *B.S.* 31 augustus 1993, *err. B.S.* 12 oktober 1993, dat een hoofdstuk IX toevoegt aan de Wet van 12 juli 1973 op het natuurbehoud) bepaalde dat een (later te bekrachtigen) regeringsbesluit gebieden kon aanduiden als "beschermd duingebied" of als "voor het duingebied belangrijk landbouwgebied", en dat deze aanduiding vanaf de publicatie van het besluit een volledig bouwverbod inhield.

Dat bouwverbod gold ook voor wie in het bezit was van een bouwvergunning, afgegeven op een tijdstip vóór de inwerkingtreding van het besluit (*Cass.* 5 oktober 1995, *Arr.Cass.* 1995, 845, met *concl. Advocaat-Generaal M. De Swaef*).

Volgens de materiële benadering, en meer bepaald vanuit het oogpunt van de leer van de verkregen rechten, betreft dat een retroactieve werking, aangezien de bouwvergunning reeds een subjectief, "verkregen" recht had verleend om te bouwen (in die zin P. FLAMEY, en E. EMPEREUR, "Het Duinendecreet of de betonning van de duinenbescherming", *R.W.* 1994-95, 379 e.v. en "En dan nu iets totaal anders: moet er nog zand zijn?", *R.W.* 1995-96, 349).

Volgens de formele benadering betreft het daarentegen een onmiddellijke werking: als relevant rechtsfeit werd de bouwactiviteit aangewezen op een toekomstig tijdstip, namelijk op de dag van bekendmaking – tevens inwerkingtreding – van het regeringsbesluit.

53 In de rechtspraak blijkt niet eenduidig of de materiële dan wel de formele definitie wordt gevolgd. Deze vaagheid geeft de rechter ruimte om zelf een keuze te maken, met het oog op de effecten in een concreet geval. Reeds vroeger werd vastgesteld dat in de rechtspraak de temporele functie van een rechtsregel eerder volgens de vermoedelijke wil van de regelgever en "het gezond verstand" worden vastgesteld, dan volgens een doctrinale constructie (P. LEWALLE, *a.w.* 176. Zie ook

P. LEWALLE, "L'abrogation", *t.a.p.* 117 en A. VRANCKX, *a.w.* 72-73).

Vaak, maar niet altijd, blijkt de voorkeur te gaan naar het criterium dat leidt tot een onmiddellijke werking (T. HEUKELS, *Intertemporales Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1990, 64 merkt op dat ook het Hof van Justitie het materiële criterium meestal hanteert om aan te tonen dat er géén sprake is van retroactiviteit).

Een voorbeeld waarin de vaststelling van een materiële werking voor de toekomst werd verkozen boven de vaststelling van een formele retroactiviteit: het Organieke Besluit van 1 augustus 1977 had weliswaar uitwerking met ingang van 1 juni 1977, maar er was volgens de Raad van State geen echte retroactiviteit aanwezig omdat het besluit er niet op was gericht voor het verleden in werking te treden; de overigens erg beperkte formele retroactiviteit beoogde alleen het besluit zo spoedig mogelijk – d.i. op een nuttige wijze voor het schooljaar 1977-78 – effectief te laten werken (R.v.St. Galle, nr. 10.926, 3 februari 1981).

Een voorbeeld waarin de vaststelling van een materiële retroactiviteit werd verkozen boven de vaststelling van een formele onmiddellijke werking: het KB, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 8 mei 1965 en in werking getreden op 18 mei 1965 waarbij voor de toekomst een diploma wordt verleend, werkt wel degelijk terug, nu het diploma wordt verleend aan een studierichting voor onderwijs dat in het verleden, tussen 1954 en 1964, was verstrekt. Voor een formele terugwerking zou het diploma ook verleden rechtshandelingen hebben gedekt, voor het stellen waarvan per hypothese dergelijk diploma was vereist.

54 Het door elkaar gebruiken van materiële en formele benaderingen werkt verwarring in de hand over een op zich reeds complexe problematiek. De consequente toepassing van een formele definitie valt te verkiezen, omwille van de duidelijkheid en omdat zo meer ruimte wordt gelaten voor een beoordeling van de – ook niet-retroactieve – door de normsteller gekozen temporele functie vanuit verschillende mogelijke invalshoeken (zie verder, titel III). Dat geldt temeer nu ook formele wetgeving aan een steeds verdergaande juridische controle kan worden onderworpen.

TITEL II

**VASTSTELLING VAN HET TEMPORELE
TOEPASSINGSGEBIED**

HOOFDSTUK I

PRINCIPES VAN OVERGANGSRECHT. ALGEMENE REGEL

AFDELING I

FORMULERING VAN DE PRINCIPES VAN OVERGANGSRECHT

55 De principes van overgangsrecht kennen een temporele functie toe aan nieuwe normen, wanneer de normsteller dat niet zelf heeft gedaan. Zij geven eveneens richtlijnen om de draagwijdte te interpreteren van de temporele functies die de normsteller wel uitdrukkelijk heeft bepaald.

Het gaat nog louter om het vaststellen van het temporele toepassingsgebied van een norm. Het al dan niet begunstigend karakter heeft daarop in principe geen invloed (P. ROUBIER, *a.w.* 232-234: zeker niet in het burgerlijk recht, waar wordt uitgegaan van een gelijkheid van partijen. Anders, zij het voorzichtig: H. DE PAGE, *a.w.* 334) maar speelt pas bij de beoordeling van de temporele functie. Ook het karakter van de norm – al dan niet van openbare orde of met betrekking tot de werking van een openbare dienst – is irrelevant (Cass. 22 oktober 1970, *Arr.Cass.* 1971, 173 en concl. Procureur Generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Pas.* 1971, I, 156-160; eveneens zijn conclusie bij Cass. 5 februari 1970, *Pas.* 1970, I, 489. Vgl. tevens R.v.St. pvba Ferronneries Alexandre e.a., nr. 18.308, 9 juni 1977. Zie ook o.m. F. AMERIJCKX, “Niet-retroactiviteit terzake rijksbelastingen”, in *Liber Amicorum A. Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 11-12 en P. LEWALLE, *a.w.* 162 e.v. en 338 e.v. Zie over de opvatting in een vroegere periode dat het retroactiviteitsverbod niet geldt voor normen die de openbare orde aanbelangen, o.m. M. DE JONCKHEERE, *a.w.* 302).

VAN GERVEN leest in twee uitspraken van het Hof van Cassatie dat wetten die van openbare orde zijn, onmiddellijke werking hebben (W. VAN GERVEN, *Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, I, *Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1973, 72-73; zie Cass. 29 januari 1951, *Arr.Cass.* 1951, 295 en Cass. 21 oktober 1966, *Pas.* 1967, I, 243. Vgl. overigens ook R.v.St. Gemeente Remersdaal, nr. 13.575, 21 mei 1969). Hij leest vervolgens “van openbare orde” als “van openbare orde of van dwingend recht” en leidt daaruit dan *a contrario* af dat suppletieve rechtsregels eerbiedigende werking hebben.

De arresten beklemtonen nochtans het openbare-orde-karakter in enge zin van de betrokken wetten. Evenmin valt eruit af te leiden dat wetten die niet van openbare orde zijn, eerbiedigend moeten worden toegepast. In de regel laat het Hof van Cassatie het openbare-orde-karakter van de norm buiten beschouwing, maar formuleert het de onmiddellijke werking als het gewone gevolg van elke rechtsregel (zie verder, nr. 58). Het heeft bovendien expliciet bevestigd dat het openbare-orde-karakter geen relevant criterium is (zie het net geciteerde arrest van Cass. 22 oktober 1970).

Dat karakter kan wel een rol spelen bij de bijzondere principes van overgangsrecht die worden geformuleerd voor specifieke rechtsmateries. Het al dan niet begunstigend karakter bv. speelt een rol bij het vaststellen van het temporele toepassingsgebied van een strafwet; het openbare-orde-karakter speelt een rol in het contractuele overgangsrecht (zie verder in deze titel, hoofdstuk II, afdelingen II en III).

56 Als algemene regel geldt de onmiddellijke werking van de rechtsregel: retroactiviteit, eerbiedigende en uitgestelde werking zijn de uitzonderingen die uitdrukkelijk moeten bepaald zijn of minstens duidelijk blijken uit de bewoordingen of de strekking van de norm. Individuele besluiten daarentegen kunnen in principe niet met onmiddellijke werking worden opgeheven. Dat steunt op een concept van verkregen rechten, dat in de rechtspraak ook ten aanzien van rechtsregels de algemene principes van overgangsrecht soms nuanceert.

57 Uitgangspunt is dat de regelgever de principiële vrijheid geniet om zijn regelgeving te wijzigen. In het algemeen moet de overheid haar beleid kunnen aanpassen aan de wisselende omstandigheden van het algemeen belang (zie Arbitragehof nr. 40/95, 6 juni 1995, *B.S.* 4 augustus 1995 en nr. 30/96, 15 mei 1996, *B.S.* 6 juni 1996).

Dat geldt ook voor lagere overheden, ten aanzien van wie het veranderlijkheidsbeginsel van de openbare dienst met zich meebrengt dat lagere regelgeving steeds kan worden opgeheven of gewijzigd (D. D'HOOGHE, "Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid", *R.W.* 1993-94, 1102. Zie ook M. VAN DAMME, "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel", *t.a.p.* 143).

58 Deze wijzigingen gelden in principe slechts voor de toekomst. Het is, aldus de rechtspraak, het gewone gevolg van elke rechtsregel dat hij geacht wordt in beginsel van onmiddellijke toepassing te zijn (Arbitragehof nr. 88/93, 22 december 1993, *B.S.* 1 maart 1994 en nr. 46/94, 16 juni 1994, *B.S.* 6 juli 1994. Zie ook o.m. Cass. 22 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 808; 31 oktober 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 252; 27 april 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1118; 2 mei 1994, *Arr.Cass.* 1994, 443).

Een eerbiedigende of uitgestelde werking is een uitzondering op de regel en moet derhalve restrictief worden geïnterpreteerd (R.v.St. Gemeente Remersdaal, nr. 13.575, 21 mei 1969; Paquet, nr. 16.005, 20 september 1973; Rombaut, nr. 37.650, 17 september 1991).

Retroactieve werking is in beginsel afkeurenswaard en kan nooit worden vermoed (zie Arbitragehof nr. 25/90, 5 juli 1990, *B.S.* 6 oktober 1990; zie ook Arbitragehof nr. 36/90, 22 november 1990, *B.S.* 28 december 1990, Cass. 15 april 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 828, R.v.St. nv Denkavit België, nr. 39.262, 30 april 1992 en R.v.St. nv d'Exploitation des sablières de Mont-Saint-Guibert, nr. 44.739, 27 oktober 1993. Zie, voor de rechtspraak van het Hof van Cassatie, ook P. CLAEYS BOUÛAERT, "Algemene beginselen van het recht. 15 jaar rechtspraak van het Hof van Cassatie", *R.W.* 1986-87, 915 en L.P. SUETENS, "De retroactiviteit van wetten, decreten en ordonnanties", *t.a.p.* 219. Hetzelfde geldt voor EG-regelgeving, vb. H.v.J., 25 januari 1979, z. 98/78, Racke, *Jur.* 1979, 69 en z. 99/78, Decker, *Jur.* 1979, 101; 12 november 1981, gev.z. 212-217/80, Salumi, *Jur.* 1981, 2735; 14 juli 1983, z. 224/82, Meiko-Konservenfabrik, *Jur.* 1983, 2539; 1 april 1993, gev.z. 260-261/91, Diversinte en Iberlacta, *Jur.* 1993, I-1885).

Een rechtsregel moet zo mogelijk worden uitgelegd conform het verbod van retroactiviteit (zie ook P. CLAEYS BOUÛAERT, *t.a.p.* 917 en P. LEWALLE, *a.w.* 148

e.v. en 197 e.v.). Bestuurshandelingen en -verordeningen kunnen terugwerken op grond van de wet; de wettelijke machtiging wordt echter strikt geïnterpreteerd (P. LEWALLE, *a.w.* 158, J. SALMON, *a.w.* 354 en M. VAN DAMME, *t.a.p.* 150. Zie verder, nr. 197).

Indien de wet de Koning machtigt om terugwerkende kracht te verlenen aan bijzondere-machtenbesluiten, geldt dat niet voor besluiten die hun rechtsgrond enkel vinden in dat bijzonder besluit (R.v.St. Hossen, nr. 24.292, 27 april 1984).

Wanneer de wetgever bepaalt dat een uitvoeringsbesluit moet worden genomen binnen een bepaalde termijn, impliceert dat niet dat nadien geen uitvoeringsbesluit meer kan worden genomen en het impliceert evenmin dat een later uitvoeringsbesluit retroactief zou mogen werken (R.v.St. nv d'Exploitation des sablières de Mont-Saint-Guibert, nr. 44.739, 27 oktober 1993: dat het uitvoeringsbesluit laattijdig werd genomen omdat een eerder, oorspronkelijk uitvoeringsbesluit door de Raad van State was vernietigd, doet daaraan geen afbreuk).

59 In principe moet de retroactiviteit niet uitdrukkelijk worden bepaald; ze kan ook worden afgeleid uit de bewoordingen of doelstellingen van de rechtsregel (Cass. 18 januari 1924, *Pas.* I, 141; 21 september 1956, *Arr.Cass.* 1957, 17; 9 november 1956, *Arr.Cass.* 1957, 166; 22 oktober 1970, *Arr.Cass.* 1971, 173. Zie F. AMERICKX, *t.a.p.* 6, E. CEREXHE, B. HAUBERT, en J. REGNIER, *Principes généraux et fondements du droit*, Namen, P.U.Namur, 1977, 358 en A. VANWELKENHUYZEN, "Le principe de la non-rétroactivité de la loi et le fonctionnement des services publics", *R.C.J.B.* 1972, 311-312 en 316. Hierover ook G. VAN FRAEYENHOVEN en F. LEURQUIN-DE VISSCHER, *t.a.p.* 286 en de concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH bij Cass. 22 oktober 1970, *t.a.p.* 157. Dat geldt ook voor EG-regelgeving, zie H.v.J. 27 mei 1982, z. 113/81, Reichelt, *Jur.* 1982, 1957; 29 januari 1985, z. 234/83, Gesamthochschule Duisberg, *Jur.* 1985, 327 en 15 juli 1993, z. 34/92, Firma Grusa Fleisch, *Jur.* 1993, I-4147. Zie ook T. HEUKELS, *a.w.* 78 e.v.).

Enkel voor besluiten ter uitvoering van een belastingwet, moet de wettelijke machtiging krachtens artikel 108 van de Wet van 4 augustus 1986 houdende fiscale bepalingen (*B.S.* 20 augustus 1986, err., *B.S.* 15 oktober 1986) uitdrukkelijk worden gegeven.

In de rechtsleer wordt ook wel eens de stelling verdedigd dat uitzonderingen op het principe van de onmiddellijke werking steeds uitdrukkelijk moeten zijn (bv. H. DE PAGE, *a.w.* 329 en 334. W. VAN GERVEN, *a.w.* 64 steunt dat slechts *de lege feranda*. Zie, m.b.t. het gelijklopende Franse artikel 2 C.c., P. ROUBIER, *a.w.* 10, 162 en 278 e.v.; dit geldt enkel voor de retroactieve, niet voor de erbidigende werking, p. 351).

Dat wordt niet gevolgd in de rechtspraak.

Volgens een andere stelling, gebaseerd op de beginselen van behoorlijke regelgeving die onder meer toegankelijkheid van het recht en duidelijkheid over de inhoud en het toepassingsgebied van de rechtsregels vereisen, dient een afwijking op het principe zo niet uitdrukkelijk te gebeuren, dan toch bijzonder te worden gemotiveerd, bv. in de parlementaire voorbereidingen, een considerans of een verslag aan Koning of Regering (P. POPELIER, *a.w.* 576). De beoordeling door de rechter van de temporele functie via een belangenafweging dwingt de regelgever tot een dergelijke motivering (zie verder, nr. 179. Zie ook P. POPELIER, *a.w.* 352 e.v. en 472, en de daar geciteerde rechtspraak en legisprudentie van de Raad van State, Afdeling Wetgeving).

Voor EG-regels heeft het Hof van Justitie uit de uitdrukkelijke motiveringsplicht, neergelegd in artikel 190 EG, de verplichting afgeleid om aan te geven welke omstandigheden een retroactieve

werking rechtvaardigen (H.v.J. 1 februari 1984, Ilford, z. 1/84R, *Jur.* 1984, 423 en 1 april 1993, gev.z. 260-261/91, Diversint SA en Iberlacta SA, *Jur.*, 1993, I-1885. Zie ook T. HEUKELS, a.w. 288 e.v., P. POPELIER, a.w. 354 en H.G. SCHERMERS en D. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Communities*, Deventer, Kluwer, 1987, 53).

Dergelijke motiveringen versterken het expliciete karakter van een uitzondering op de onmiddellijke werking, maar enkel wanneer deze motivering zelf toegankelijk is voor het rechtssubject.

60 In de eerste plaats moet de norm zelf worden onderzocht op aanwijzingen over de temporele functie en het door de normsteller determinerend geachte aanknopingspunt. Hierbij spelen zowel een grammaticale ontleding van de tekst als een teleologische interpretatie een rol (G. KNIGGE, a.w. 48). In tweede instantie gelden de algemene principes van overgangsrecht.

Indien onduidelijk is welk aanknopingspunt de regelgever als meest relevant beschouwde, moet worden gekeken naar het rechtsfeit dat gewoonlijk in rechtspraak en/of rechtsleer wordt beschouwd als het juridische zwaartepunt van de rechtsverhouding. In dat geval kan ook de beoordeling van de temporele functie meespelen in de interpretatie ervan. Bij verschillende mogelijke interpretaties, dient te worden gekozen voor de interpretatie die conform hogere rechtsnormen en algemene rechtsbeginselen is (zie P. POPELIER, a.w. 285 e.v. en de daar vermelde rechtspraak).

Zoals verder bij de toepassingen en nuanceringen van de principes van overgangsrecht in specifieke rechtsmateries nog zal blijken, is het precies de keuze van het aanknopingspunt die bij het bepalen van de temporele werking van een rechtsregel voor de meeste interpretatieproblemen zorgt.

Uit de volgende toepassingen van het principe van de onmiddellijke werking van een nieuwe wet blijkt reeds dat het belangrijkste probleem ligt in het aanknopingspunt dat zich na de inwerkingtreding van deze wet dient voor te doen.

In de materie van de onrechtmatige daad geldt, voor het vaststellen van de toepasselijke wet die de aansprakelijkheid van een persoon vastlegt en de vraag beantwoordt of al dan niet een vergoeding is verschuldigd, als relevant rechtsfeit de schadeveroorzakende daad (vb. Cass. 5 februari 1970, *Arr.Cass.* 1970, 522; 22 maart 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 904; 9 november 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 357; 15 november 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 241. Zie ook R.v.St. Mommens, nr. 9.669, 30 oktober 1962). Anders is het wat de betalingsmodaliteit en de berekening van de vergoeding betreft: dan wordt gekeken naar het moment waarop de betaling wordt gedaan of de vergoeding definitief wordt vastgesteld, ongeacht het ogenblik waarop het schadeverwekkend feit zich heeft voorgedaan (vb. Cass. 21 oktober 1966, *Arr.Cass.* 1967, 246; 25 september 1974, *Arr.Cass.* 1975, 116; 23 maart 1977, *Arr.Cass.* 1977, 796; 28 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1198; 2 februari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 715).

Voor de toepasselijkheid van een besluit dat de erkenning van aannemers regelt, is het aanknopingspunt niet het uitschrijven van de opdracht, maar de gunning ervan (R.v.St. pvba Cams, nr. 28.551, 6 oktober 1987).

Voor bepalingen met betrekking tot het verlenen van een vergunning of een uitkering, wordt niet gekeken naar het moment waarop de aanvraag werd ingediend, maar geldt de beslissing over het al dan niet toekennen van de vergunning of uitkering als aanknopingspunt (vb. R.v.St. Mathys, nr. 2.923, 20 november 1953; Cass. 25 november 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 268; Cass. 6 november 1993, *Arr.Cass.* 1993, 659). Dat geldt ook indien de voorwaarden voor het verkrijgen van de uitkering zo zijn gewijzigd, dat van de verzoeker een gedrag wordt vereist in het verleden, waarvan hij toen de draagwijdte onmogelijk kon kennen (zie R.v.St. Nationale Kas voor bediendenpensioenen, nr. 12.464, 15 juni 1967). Bij de bespreking van de beoordeling van de eenmaal vastgestelde

temporele functie, zal blijken dat een dergelijke regel eventueel wel zou kunnen worden aangevochten vanuit het perspectief van het vertrouwensbeginsel.

61 Dit algemeen principe van overgangsrecht geldt ook als een internationaalrechtelijk principe. Het Verdrag van Wenen legt het voor verdragen neer in artikel 28, maar, zoals artikel 2 B.W., enkel voor zover het een retroactieve functie ontzegt aan de bepalingen. Onder de titel van niet-terugwerking van verdragen bepaalt artikel 28 dat, tenzij uit het verdrag of op een andere wijze een andere bedoeling blijkt, de bepalingen van een verdrag een partij niet binden met betrekking tot een handeling of een feit die voorafgaan aan de datum van inwerkingtreding van het verdrag voor die partij of met betrekking tot enige situatie die op die datum niet bestond. Het gaat in dat geval echter om een rechtsbron van conventionele aard, wat buiten het bestek valt van deze verhandeling.

De toepassing van het verdrag in de interne rechtsorde hangt af van een instemmingshandeling van de bevoegde wetgevende vergadering (art. 77, 6° G.W. vereist goedkeuring bij formele wet. Voor de Gemeenschapsraden kan de vereiste verplichting van een goedkeuring bij decreet worden afgeleid uit de artikelen 127 § 1, 128 § 1 en 130 G.W.; voor alle wetgevende vergaderingen blijkt de vereiste van verplichte goedkeuring bij wet, decreet of ordonnantie uit de geest van de nieuwe grondwettelijke regeling van de buitenlandse betrekkingen, aldus G. CRAENEN, *De staatsrechtelijke regeling van aanvaarding en invoering van verdragen in België*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 20-21).

Daarvoor gelden de normale tijdsstructuur en de algemene principes van het overgangsrecht. Wel dienen zowel de instemmingsakte als het verdrag in werking te zijn getreden.

62 Voor individuele besluiten wordt de onschendbaarheid van individuele situaties als uitgangspunt genomen (zie echter genuanceerd P. LEWALLE, *t.a.p.* 77 e.v. en 101 e.v. en *a.w.* 366 e.v. en 381).

Volgens A. VANWELKENHUYZEN, *t.a.p.* 315 is artikel 2 B.W. niet rechtstreeks van toepassing op individuele besluiten, maar kan men niet aannemen dat het bestuur afbreuk zou kunnen doen aan "verleden juridische situaties", zonder aan de wet die de bevoegdheid toekent tot het nemen van individuele besluiten, retroactieve werking toe te kennen.

Aangenomen wordt dat de stabiliteit van gevestigde, individuele situaties een zwaarder *prima facie* gewicht krijgt dan de beslissingsvrijheid van de overheid. Dat verschil in uitgangspunt heeft in principe geen invloed op de vaststelling van de temporele functie: als regel geldt dat, behoudens afwijkende bepaling, het besluit onmiddellijk uitwerking krijgt vanaf zijn inwerkingtreding. Het heeft wel invloed op de beoordeling van het besluit, en wordt dan ook verder onder dat opschrift besproken (zie verder, titel III, hoofdstuk II, afdeling I).

63 De grond voor het genoemde uitgangspunt bij individuele besluiten is te vinden in de leer van de verkregen rechten. Besluiten die een individuele rechtstoestand scheppen of wijzigen, verlenen een verkregen recht waaraan door een volgend besluit geen afbreuk mag worden gedaan.

Deze leer laat echter ook zijn invloed voelen op de principes van overgangsrecht die de temporele uitwerking van een algemene rechtsregel bepalen. De standaardformule van het Hof van Cassatie luidt dat een rechtsregel onmiddellijke werking heeft, voor zover geen afbreuk wordt gedaan aan verkregen rechten (zie boven, nr. 52). Het Hof onderzoekt dan niet enkel of het rechtsfeit dat als aanknopingspunt dient zich heeft voorgedaan na de inwerkingtreding van de nieuwe regel, maar bovendien of de toepassing van de rechtsregel daarop geen afbreuk

doet aan een “verkregen recht”. Op die manier verwerkt het Hof de beoordeling van de temporele functie bij de vaststelling ervan – wat met name meer soepelheid geeft wanneer het om een formele wet gaat, ten opzichte waarvan het Hof in feite wel over een interpretatie- maar niet over een beoordelingsbevoegdheid beschikt. Een beroep op de verkregen rechten zou zo het principe van de onmiddellijke werking kunnen uithollen (aldus de kritiek van H. DE PAGE, *a.w.* 326. Zie ook P. ROUBIER, *a.w.* 339).

Uit een analyse van de rechtspraak blijkt echter dat het concept van verkregen rechten vrij eng wordt toegepast. Het vaststellen van het aanknopingspunt voor de onmiddellijke werking komt vaak neer op een onderzoek naar verkregen rechten. De vaststelling van het aanknopingspunt wordt dan gerechtvaardigd door de vaststelling dat er geen verkregen recht aanwezig is, ook als er wel sprake zou kunnen zijn van “beschermenswaardige verwachtingen”, die relevant zijn vanuit het beoordelingsperspectief van het vertrouwensbeginsel (zie verder, titel III, hoofdstuk II, afdeling II).

De beslissing van het bestuur om het bestaansminimum toe te kennen doet geen verkregen recht ontstaan ten voordele van de rechtsbehoevende, zodat de regeling van de toekenningsvoorwaarden van toepassing is op de concrete uitkeringsbeslissingen; er is slechts sprake van een verkregen recht op vervallen betalingen van de uitkering (Cass. 8 oktober 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 144).

Anderzijds bestaat er volgens het Hof wel een verkregen recht op het volgens het internationaal privaatrecht toepasselijk rechtsstelsel vanaf het moment waarop het internationaal privaatrechtelijk aanknopingspunt daarvoor zich voordoet. Een wijziging in de regels die het rechtsstelsel aanwijzen dat het huwelijksvermogensrecht regelt, is daarom maar van toepassing op de huwelijken die nadien worden voltrokken (Cass. 9 september 1993, *Arr.Cass.* 1993, 678).

Het concept van verkregen rechten kan ook de gevolgen van een terugwerking verzachten. Het KB van 4 april 1967 heeft artikel 192 van het KB van 29 augustus 1966 weliswaar vervangen met uitwerking op 1 september 1966, maar die nieuwe regeling kan, door haar terugwerking, geen afbreuk doen aan rechten verkregen krachtens het KB van 1966, *in casu* de gelijkstelling van vaste interimis met stagiars (R.v.St. Walrand, nr. 15.444, 12 juli 1972).

AFDELING II

JURIDISCHE GRONDSLAG VAN DE PRINCIPES VAN OVERGANGSRECHT

64 De principes van overgangsrecht – al dan niet genuanceerd door het concept van verkregen rechten – hebben een vaste waarde verworven in zowel rechtspraak als rechtsleer. Het onderzoek naar de juridische grondslag van de principes van overgangsrecht is nog voornamelijk relevant, omdat deze grondslag in de rechtsleer vaak tegelijk als referentienorm voor de b e o o r d e l i n g van de temporele functie wordt genomen.

De aard van de grondslag – wettelijke bepaling of rechtsbeginsel – beïnvloedt dan de afwijkingmogelijkheden van de normsteller. Zo schetst CLOSSET-MARCHAL (*L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Brussel, Bruylant, 1983, 51 e.v.), bij haar onderzoek naar de juridische grondslag van de principes van overgangsrecht, de verschillende hypothesen die in rechtsleer en rechtspraak

werden aangenomen als een keuze tussen artikel 2 B.W. en een algemeen rechtsbeginsel van onmiddellijke werking en niet-retroactiviteit.

65 Lange tijd verwees de rechtspraak als grondslag voor het principe van de onmiddellijke werking en het principiële verbod van retroactiviteit naar artikel 2 B.W. (zie G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 53 en de daar vermelde rechtspraak. Zie ook bv. R.v.St. Union nationale des mutualités socialistes e.a., nr. 2.668, 18 juni 1986). Dat artikel bepaalt: “De wet beschikt alleen voor het toekomstige; zij heeft geen terugwerkende kracht”.

In werkelijkheid kan artikel 2 B.W. geen verantwoording geven voor de drieledigheid onmiddellijke werking – retroactiviteit – uitgestelde of eerbiedigende werking. De formulering van het oorspronkelijke artikel 2 van de Code civil was geïnspireerd door de toen heersende leer van de verkregen rechten, die het drieledige onderscheid nog niet maakte (B. BOUCKAERT, *De exegetische school*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 283 e.v. Vgl. ook J.J.R. POLMAN, *a.w.* 10 en W. VAN GERVEN, *a.w.* 66).

Vanuit het concept van de verkregen rechten, is niet de temporele functie van de norm relevant, maar wel zijn effect, het al dan niet inbreuk maken op een verkregen recht. Een norm kan steeds worden toegepast, met onmiddellijke dan wel terugwerkende werking, *voor zover* geen afbreuk wordt gedaan aan verkregen rechten. De regel van artikel 2 B.W. geeft in dat opzicht geen oplossing voor de formulering van de principes van overgangsrecht, maar stelt de problematiek alleen maar scherper (L.J. HUMANS VAN DEN BERGH, *a.w.* 150-153 en verder; hierover J.J.R. POLMAN, *a.w.* 185).

66 Ofschoon artikel 2 B.W. formeel slechts een retroactiviteitsverbod formuleert, worden meestal zowel dat retroactiviteitsverbod als het principe van onmiddellijke werking in die bepaling gelezen (zie P. CLAEYS BOUÛAERT, *t.a.p.* 915, H. DE PAGE, *a.w.* 324 en J. SCHAMP en M. VAN DEN ABEELE, “La nouvelle réglementation des clauses abusives: champ d’application et problèmes de droit transitoire”, *J.T.* 1992, 586. Kritisch: G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 52-53 en P. ROUBIER, *a.w.* 337 en 341. *Anders*: W. VAN GERVEN, *a.w.* 65).

In andere rechtspraak wordt enkel het retroactiviteitsverbod uit artikel 2 B.W. gehaald, maar wordt daaruit meteen, als een logisch gevolg, het principe van onmiddellijke werking afgeleid (vb. Cass. 2 mei 1994, *Arr.Cass.* 1994, 443).

Nog afgezien van de oorspronkelijke betekenis van “het toekomstige” en “retroactiviteit” als een verbod van schending van verkregen rechten (zie het vorige nr.; zie ook G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 56), doet de bepaling dat de wet over het toekomstige beschikt, nochtans geen uitspraak over de onmiddellijke, dan wel uitgestelde of eerbiedigende werking van een rechtsregel.

67 Wanneer artikel 2 B.W. als rechtsgrond wordt genomen, zijn het principe van onmiddellijke werking en het retroactiviteitsverbod in een wet vastgelegd. Dat heeft implicaties voor de beoordeling van de temporele functie. De wetgever kan steeds van de ene wet afwijken in een andere wet (zie verder, nr. 191).

Voor de lagere besturen, die door het legaliteitsbeginsel zijn gebonden, zou volgens

sommigen nochtans geen afwijkingsmogelijkheid bestaan, tenzij deze zou steunen op een wettelijke machtiging (E. CEREXHE, B. HAUBERT en J. REGNIER, *a.w.* 357 en P. CLAEYS BOUÛAERT, *t.a.p.* 917). Ofschoon in artikel 2 B.W. slechts sprake is van “de wet”, zou het gaan om alle normen. De bepaling is *a fortiori* toepasselijk op besluiten (R.v.St. Orfinger, nr. 62.920, 5 november 1996).

68 Een andere stelling noemt een algemeen rechtsbeginsel als rechtsgrond voor de principiële onmiddellijke werking en de niet-retroactiviteit (zie o.m. G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 52, L. PAQUES, “De l’effet direct”, *t.a.p.* 158 en J. SALMON, *a.w.* 353. P. LEWALLE, *a.w.* 141 e.v. enkel wat betreft de niet-retroactiviteit). Artikel 2 B.W. wordt dan nog slechts geciteerd als de uitdrukkelijke neerlegging van wat zijn eigenlijke rechtsgrond vindt in een algemeen rechtsbeginsel (vb. R.v.St. Debruyne en Van Baelenberghe, nr. 28.574, 13 oktober 1987; Orfinger, nr. 62.920, 5 november 1996 en Cass. 22 oktober 1970, *Arr.Cass.* 1971, 173; 31 oktober 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 252; 27 april 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1118; 2 mei 1994, *Arr.Cass.* 1994, 443; 10 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 195).

Dat een algemeen rechtsbeginsel, en niet een wetsbepaling als rechtsgrond voor de principes van overgangsrecht wordt aangenomen, heeft gevolgen voor de mogelijkheden tot afwijking van het principe: voor de wetgever verkleinen die, voor het bestuur worden ze groter. Rechtsbeginselen stellen immers geen rigide regel vast, maar hebben een oriënterende functie waarvan de afwijkingsmogelijkheden worden bepaald middels een belangenafweging (hierover P. POPELIER, *a.w.* 14 e.v.).

In de praktijk blijkt echter dat artikel 2 B.W. ook het concept van het algemeen rechtsbeginsel als rechtsgrond nog beïnvloedt.

Vooral het Hof van Cassatie noemt, na enige aarzeling, het algemeen rechtsbeginsel wel als rechtsgrond, maar geeft hieraan in de concrete toepassingen de betekenis van een positieve rechtsregel, zodat in feite eerder naar artikel 2 B.W. wordt verwezen (zie G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 54-55).

De Raad van State leidt uit het feit dat het retroactiviteitsverbod in artikel 2 B.W. is vastgesteld af, dat het niet om een “grondwettelijk beginsel” kan gaan, waarvan de wetgever niet zou mogen afwijken (R.v.St. Gooris, nr. 12.072, 24 november 1996. Zie overigens ook de concl. Procureur-Generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH bij Cass. 22 oktober 1970, *t.a.p.* 154). Hij spreekt dan ook slechts van het beginsel van niet-terugwerking van de b e s t u u r s handelingen en -verordeningen (R.v.St. Hossen, nr. 24.292, 27 april 1984; R.v.St. De Rijck, nr. 28.466, 17 september 1987. Vgl. overigens ook Cass. 22 januari 1996, *Arr.Cass.* 1996, 84). Er zou dan sprake zijn van een “wettelijk”, maar geen “grondwettelijk” rechtsbeginsel van niet-retroactiviteit (o.m. A. ALEN, *a.w.* 88 en A. VANWELKENHUYZEN, *t.a.p.* 303. Over dat onderscheid, verder, nr. 184)

69 In de rechtsleer wordt gesteld dat de precieze rechtsgrond geen belang heeft: de keuze voor een rechtsbeginsel zou geen waarde toevoegen ten opzichte van de keuze voor een positieve wetsbepaling, omdat algemene rechtsbeginselen niet hoger zouden staan dan een wet. In dat geval is het eenvoudiger naar een positieve bepaling

als artikel 2 B.W. te verwijzen (zie G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 54 en A. VANWELKENHUYZEN, *t.a.p.* 305).

Uit het voorgaande blijkt dat die redenering niet kan worden gevolgd. Behalve het feit dat deze stelling over de hiërarchische verhouding tussen algemene rechtsbeginselen en wetten voor discussie vatbaar is (zie verder, nrs. 180-186), beïnvloedt de verschillende werking van rechtsbeginselen en van positieve normen ook de beoordeling van de temporele functie en met name de mogelijke afwijkingen van het principe van onmiddellijke werking.

70 Vraag is echter, of ook hier de verwarring tussen enerzijds de vaststelling van temporele functies en anderzijds hun beoordeling, het onderzoek naar de juridische grondslag van de principes van overgangsrecht niet vertroebelt. De juridische grondslag van deze principes is niet noodzakelijk tegelijk de beoordelingsnorm voor de uiteindelijk vastgestelde temporele functie.

In dat opzicht volstaat de vaststelling dat het principe van onmiddellijke werking is vastgelegd als een jurisprudentiële interpretatieregel, neergelegd in artikel 2 B.W. en geldend voor alle normen. In die zin moet het arrest van de Raad van State worden gelezen, waarin artikel 2 B.W. wordt verworpen als referentienorm voor de *b e o o r d e l i n g* van de temporele functie van een norm, maar waarin het wel blijft gelden als rechtsgrond voor de *i n t e r p r e t a t i e* van de temporele uitwerking van algemene voorschriften (R.v.St. Caesar, nr. 17.412, 3 februari 1976).

De vaststelling van onmiddellijke werking als principe en de retroactiviteit en uitgestelde en eerbiedigende werking als uitzonderingen, zijn jurisprudentiële aanpassingen van de oorspronkelijke betekenis van artikel 2 B.W. aan in de doctrine neergelegde inzichten over de werking van wetten in de tijd (in Frankrijk en België onder invloed van R. ROUBIER, *a.w.* 590 p., in Nederland ook onder invloed van HJUMANS VAN DEN BERGH).

Zoals gebleken, speelt in de rechtspraak niettemin de invloed van het oorspronkelijk concept van verkregen rechten nog steeds een rol bij de formulering van de principes van overgangsrecht.

Aangezien artikel 2 B.W. slechts een tot de rechter (en andere rechtstoepassende en -uitvoerende organen) gerichte interpretatieregel betreft, zijn afwijkingen door de normsteller – zowel formele wetgever als bestuur – mogelijk. De rechter dient deze afwijkingen echter strikt te interpreteren. Over het precieze beoordelingsperspectief van de uiteindelijk vastgestelde temporele functie, is dan nog geen uitspraak gedaan.

71 LEWALLE tenslotte ziet de principiële onmiddellijke werking van de normen als een corrolarium van hun verbindende kracht (P. LEWALLE, *a.w.* 328 en 329).

Indien de normsteller een norm totstandbrengt, vereist het imperatief karakter van die norm een onmiddellijke toepassing vanaf haar inwerkingtreding, tenzij een andere bedoeling blijkt. Dat verheldert waarom de uitgestelde en eerbiedigende werking als uitzonderingen moeten worden beschouwd, maar verklaart niet het verbod van terugwerkende kracht. Voor dat verbod verwijst de auteur naar een

algemeen rechtsbeginsel (*t.a.p.* 141).

Deze stelling moet wel worden genuanceerd met verwijzing naar wat over de tijdsstructuur van de normen werd gesteld. De imperatieve kracht van een norm geldt voor de overheid zelf reeds vanaf het ontstaan van de norm; slechts ten opzichte van derden is hij pas verbindend vanaf zijn inwerkingtreding. De overheid is dus, op grond van het imperatief karakter, verplicht reeds vanaf het ontstaan van de norm hieraan de nodige uitvoering te geven, zonder evenwel derden reeds te mogen binden.

AFDELING III

RECHTVAARDIGING VOOR DE PRINCIPES VAN OVERGANGSRECHT

72 In de vorige paragraaf is vastgesteld dat de driedeligheid van de temporele functies en de formulering van de onmiddellijke werking als principe eigenlijk van doctrinale oorsprong is. Het werd vervolgens door de rechtspraak verwerkt in de toepassing van artikel 2 B.W., een interpretatieregel die dient als eigenlijke rechtsgrond voor het bepalen van de principes van overgangsrecht. Omdat echter het principe van onmiddellijke werking – en met name het retrospectieve effect daarvan op een nog niet voltooid complex van rechtshandelingen – niet rechtstreeks uit artikel 2 B.W. valt af te leiden, zijn in de rechtspraak en rechtsleer veelvuldige pogingen ondernomen om een rechtvaardiging te bieden voor de keuze van deze temporele functie als principe.

73 In de rechtspraak is als rechtvaardiging voor het principe van onmiddellijke werking terug te vinden, dat de nieuwe norm moet worden beschouwd als “beter” dan de oude (Cass. 3 november 1941, *Arr.Cass.* 1941-44, 227 en R.v.St. C.O.O. Brussel, nrs. 11.998 en 11.999, 7 oktober 1966; Godelaine, nr. 12.805, 6 februari 1968; Ostijn, nr. 17.563, 13 april 1976. Zie ook H. DE PAGE, *a.w.* 325 en 336 en de concl. Proc.Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH bij Cass. 22 oktober 1970, *t.a.p.* 154).

Uitgegaan wordt dan van de vaststelling dat de regelgever nu eenmaal een regelgevende functie heeft en dat vele normen dienen te worden aangepast aan nieuwe behoeften en omstandigheden. Het Arbitragehof (nr. 40/95, 6 juni 1995, *B.S.* 4 augustus 1995; nr. 30/95, 15 mei 1996, *B.S.* 6 juni 1996; nr. 25/98, 10 maart 1998, *B.S.* 7 april 1998) stelt dat de overheid haar beleid moet kunnen aanpassen aan de wisselende omstandigheden van het algemeen belang en dat elke dringende beleidswijziging onmogelijk zou zijn, mocht men aannemen dat de artikelen 10 en 11 G.W. vereisen dat men het vroegere stelsel gedurende een bepaalde periode alsnog moet handhaven. De eventuele keuze van de uitgestelde werking als principe zou dus botsen met de normerende functie van de overheid. Een rechtsregel regelt immers bijna steeds toestanden die een bepaald “verleden” hebben, omdat hun oorzaken en de omstandigheden waarin zij zijn totstandgekomen, dateren uit periodes van vóór de inwerkingtreding van de rechtsregel.

De gedachte dat de nieuwe norm beter is, zegt nochtans niets over de toepasselijke regels van overgangsrecht (P. ROUBIER, *a.w.* 341 en 462. Kritisch ook L.J. HIJMANS VAN DEN BERGH, *a.w.* 74 en 81 en P. LEWALLE, *a.w.* 341).

Het is mogelijk dat een nieuwe norm enkel voor nieuwe rechtsfeiten "beter" is en het is evenzeer mogelijk dat ze zoveel beter is, dat ze bij voorkeur de daarin geformuleerde rechtsgevolgen ook laat intreden voor oude rechtsfeiten. Het louter imperatieve karakter van de norm, inherent aan de normatieve functie, maar niet de waardering van de nieuwe regeling, kan wel een verklaring bieden voor het principe dat de uitgestelde en eerbiedigende werking als uitzonderingen moeten worden beschouwd (zie boven, nr. 71).

74 Het principe van niet-retroactiviteit wordt gewoonlijk gebaseerd op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel (Arbitragehof nr. 25/90, 5 juli 1990, *B.S.* 6 oktober 1990, nr. 36/90, 22 november 1990, *B.S.* 28 december 1990 en nr. 76/97, 17 december 1997, *B.S.* 28 januari 1998; Cass. 19 april 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 846 en R.v.St. pvba Ferronnerie Alexandre e.a., nr. 18.308, 9 juni 1977. Zo ook voor EG-recht: H.v.J. 25 januari 1979, z. 98/78, Racke en z. 99/78, Decker, *Jur.* 1979, 69 resp. 101; 1 april 1993, gev.z. 260-261/91, Diversinte SA en Iberlacta SA, *Jur.* 1993, I-1885. Zie ook o.m. P. CLAEYS BOUÛAERT, *t.a.p.* 917, H. DE PAGE, *a.w.* 323, M.-A. FLAMME, *a.w.* 499 en P. ROUBIER, *a.w.* 223).

Vanuit dat perspectief verliest het onderscheid tussen de temporele functies nochtans aan relevantie (P. POPELIER, *a.w.* 310, 572 e.v. en 595, "Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak", *T.P.R.* 1995, 1092 e.v. en "De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel", *t.a.p.* 87 en A. VAN OEVELEN en P. POPELIER, *De gevolgen van onrechtmatige wetgeving in het Belgische recht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, 58. Zie ook o.m. M. DE JONCKHEERE, *a.w.* 364, T. HEUKELS, *a.w.* 115, G. KNIGGE, *a.w.* 63, K. MORTELMANS, *De invloed van het Europees Gemeenschapsrecht op het Belgisch economisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1978, 630 e.v. en J.J.R. POLMAN, *a.w.* 215 e.v.).

Ook regelgeving met onmiddellijke werking kan het vertrouwen schenden, bv. met betrekking tot plannen waarin reeds aanzienlijk is geïnvesteerd, maar die nog niet volledig zijn afgewikkeld. Ook regelgeving met uitgestelde werking kan het vertrouwen schenden, bv. omdat wel enige, maar niet voldoende aanpassingstijd wordt gegeven. Bovendien werd het bij de omschrijving van de temporele functies duidelijk dat de toekenning van een temporele functie aan een norm slechts een juridisch-technische operatie is. Naargelang van de keuze van het aanknopingspunt, kan een bepaling zowel worden geformuleerd als een onmiddellijk werkende dan wel als een retroactief werkende norm (zie boven, nr. 47).

De keuze van de temporele functie belet overigens niet het vaststellen van andere overgangsmaatregelen, zoals bv. de tijd die wordt gelaten tussen de momenten van bekendmaking en van inwerkingtreding.

Bijvoorbeeld. Een regel die ontstaat op 1 februari, wordt gepubliceerd op 1 maart, treedt drie maanden later, op 1 juni, in werking en knoopt rechtsgevolgen vast aan rechtsfeiten die dateren van 1 mei - twee maanden na de bekendmaking. Dat betekent dat aan de regel een retroactieve werking wordt toegekend, maar niet noodzakelijk dat het vertrouwen van het rechtssubject in het behoud van zijn

rechtstoestand wordt geschonden door een onvoorzien overheidsingrijpen.

Omgekeerd zou er niets aan de hand zijn met een regel die ontstaat en wordt bekendgemaakt op dezelfde data, maar in werking treedt op dezelfde dag als de bekendmaking en onmiddellijk rechtsgevolgen knoopt aan rechtsfeiten die zich voordoen op diezelfde dag. Het rechtssubject wordt in dat geval nochtans meer verrast door de nieuwe regel dan in de eerste hypothese.

Wanneer men het vertrouwensbeginsel wil nemen als oriënterend principe voor de formulering van de principes van overgangsrecht, dan zou niet de onmiddellijke werking, maar de eerbiedigende of uitgestelde werking als principiële regel moeten gelden ten aanzien van rechtsfeiten die dateren van na de inwerkingtreding, maar hun oorsprong vinden in een verleden situatie. In dat geval wordt het gehele rechtsverloop van een handeling steeds door dezelfde regel gewaardeerd, ook als het gaat om een complexe, in de tijd voortdurende handeling (vgl. F. KLEIN en G. BARBEY, *Bundesverfassungsgericht und Rückwirkung von Gesetzen*, Bonn. a. Rh., Institut Finanzen und Steuern, 1964, 133 p., ihb. 68 en 84 e.v., die elke nieuwe juridische waardering van rechtsverhoudingen als “terugwerkende kracht” definiëren en dat beschouwen als een inbreuk op de principiële onverbreekbaarheid van het rechtsverloop).

75 De nuancering van het principe van onmiddellijke werking door de voorwaarde dat geen verkregen rechten mogen worden geschonden, is gebaseerd op de leer van de verkregen rechten. In dat concept wordt de verboden retroactiviteit ook geformuleerd als een schending van verkregen rechten. In dat geval wordt ook verwezen naar het rechtszekerheidsbeginsel, maar wordt rechtszekerheid verengd tot een spanningsveld tussen enerzijds het legaliteitsbeginsel, dat de eerbiediging vereist van de gestelde regels, en anderzijds de eerbiediging van de verkregen rechten (zie R.v.St. Cooleman, nr. 19.619, 14 mei 1979; Belgisch Rode Kruis e.a., nr. 40.885, 29 oktober 1992).

Eerder is hier echter reeds vastgesteld, dat het concept van verkregen rechten vaststelling en beoordeling van temporele functies met elkaar verwart en niet zelf een onderscheid maakt tussen onmiddellijke en retroactieve werking.

76 In de rechtsleer is als verantwoording voor de drielichheid van de temporele functies ook gewezen op de overeenstemming met de drie dimensies van een statische tijdsbeleving (hierover boven, nr. 4). Daartegenover staat echter een meer dynamische tijdsbeleving, waarin verleden, heden en toekomst in elkaar overlopen tot één geheel waarbinnen voorbereidingen, rechtsverhoudingen en rechtsgevolgen zich ontwikkelen (zie boven, nr. 5).

Aansluitend op die statische tijdsbeleving wordt in de rechtsleer verwezen naar een “metafysische” rechtvaardiging: de wetgever leeft in het heden en heeft slechts greep op heden en toekomst; retroactiviteit zou enkel een fictie zijn (G. CLOSSET-MARCHAL, a.w. 56).

Dat gaat echter uit van een verkeerd begrip van retroactiviteit als temporele functie. Eerder is al duidelijk gemaakt dat een retroactieve norm niet tracht het verleden te wijzigen, maar slechts voor de toekomst andere rechtsgevolgen vastknoopt aan verleden rechtsfeiten.

77 Een meer aanvaardbare want objectieve rechtvaardiging voor de principes van overgangsrecht gaat uit van de structuur van het rechtssysteem zelf, eerder dan vanuit een subjectief vertrouwensbeginsel van de zijde van het rechtssubject, een individueel verkregen recht of een “metafysische” tijdsbeleving. Daarvoor wordt verwezen naar het principe van de eenheid van het recht, dat veronderstelt dat niet twee verschillende regels van toepassing zijn op eenzelfde situatie en voor eenzelfde periode (zie G. KISKER, *Die Rückwirkung von Gesetzen*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1963, 14. Vgl. ook E. CEREXHE, B. HAUBERT en J. REGNIER, *a.w.* 349 en 350, B. PEETERS, “Het zijdelings terugwerkend effect”, *a.w.* F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Brussel, Ed. Vie Ouvrière, 1974, 99 en P. ROUBIER, *a.w.* 345. Zie ook T. HEUKELS, *a.w.* 46 e.v., 82 en 114 over het principe “tempus regit actum”). ROUBIER formuleert het aldus, dat het “abnormale” van een retroactieve rechtsregel ligt in de omstandigheid dat de regelgever niet meer garandeert dat wat onder een voorgaande rechtsregel is gebeurd, onder de gelding van die rechtsregel blijft (P. ROUBIER, *a.w.* 224).

Omdat het ook bij retroactieve rechtsregels uiteindelijk om toekomstige rechtsgevolgen gaat, verdient de formulering van het principe van de eenheid van het recht enige nuancering. De onmiddellijke werking van een rechtsregel waarborgt dat de waardering van een rechtsfeit dezelfde blijft voor eenzelfde situatie en voor eenzelfde periode. Verleden rechtsfeiten worden gewaardeerd – dit wil zeggen hun rechtsgevolgen worden bepaald – door de verleden rechtsnorm; toekomstige rechtsfeiten door de nieuwe rechtsnorm. Zeker een eerbiedigende of uitgestelde werking ten aanzien van bepaalde personen zou in dat opzicht voor complexe situaties zorgen, waarbij voor elke rechtsverhouding moet worden uitgerekend welke rechtsregel op wie van toepassing is.

HOOFDSTUK II

PRINCIPES VAN OVERGANGSRECHT IN SPECIFIEKE RECHTSMATERIES

78 De algemene principes van overgangsrecht worden soms voor specifieke rechtsmateries genuanceerd. Zo bv. in het overeenkomstenrecht, waar de eerbiedigende werking als principe geldt, of in het strafrecht, waar de mildere wet wordt toegepast. In andere rechtsmateries kennen de algemene principes bijzondere toepassingen, bv. wat de keuze van het aanknopingspunt betreft. Zo herhaalt artikel 3 Ger.W. inzake burgerlijk procesrecht de algemene regel, maar geeft het meer aanwijzingen over het juiste aanknopingspunt. Ook inzake verjaringstermijnen bestaat de grootste moeilijkheid in het vinden van het juiste aanknopingspunt. In het fiscaal recht bestaat nog onenigheid of de regel, volgens welke een fiscale bepaling van toepassing is op belastbare materies vanaf 1 januari van het dienstjaar, een toepassing is van het algemene principe van onmiddellijke werking en slechts aanwijzingen geeft over het aanknopingspunt, dan wel in werkelijkheid terugwerking als regel formuleert. Bijzondere aandacht verdient ook de toepassing van de principes van overgangsrecht in het internationaal privaatrecht. Een geval apart vormen de interpretatieve normen, die worden geacht reeds vanaf het ontstaan van de geïnterpreteerde norm daarvan deel uit te maken. Ten slotte verdienen ook de beslissingen die worden getroffen na een vernietigingsarrest van de Raad van State bijzondere aandacht, omdat voor een herstemaatregel in sommige gevallen van de beslissingsinstantie wordt verwacht dat ze zich terug in de tijd plaatst, tot het moment waarop de vernietigde beslissing werd getroffen.

In dit hoofdstuk worden deze specifieke problemen van overgangsrecht niet uitputtend behandeld. De bespreking illustreert slechts het bestaan van bijzondere principes van overgangsrecht en de complexiteit van de keuze van het aanknopingspunt. Vastgesteld wordt dat het aanwijzen van de toepasselijke wet in de tijd in een concreet geval een deskundigheid vergt zowel in de techniek van het overgangsrecht als in de betrokken rechtsmaterie.

AFDELING I

OVEREENKOMSTEN

79 Inzake privaatrechtelijke overeenkomsten formuleert het Hof van Cassatie, overeenkomstig de traditionele stelling in de rechtsleer, het principe van overgangsrecht volgens hetwelk de oude wet van toepassing blijft, tenzij de nieuwe wet van openbare orde is of uitdrukkelijk toepassing voorschrijft op de lopende overeenkomsten (Cass. 12 februari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 181; 13 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, 531; 3 maart 1997, nog niet gepubliceerd. Kritisch m.b.t. de uitzondering voor wetten van openbare orde, P. ROUBIER, *a.w.* 363 e.v. en 415 e.v. en E. WYMEERSCH, *a.w.* 1002 e.v.).

Het principe is dus eerbiedigende werking ten aanzien van bestaande

overeenkomsten. Ten aanzien van overeenkomsten die worden gesloten na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, geldt onmiddellijke werking.

Het wettelijk vermoeden dat de huurder bij het uittreden het goed achterlaat in de staat waarin hij het bij de aanvang van de huur heeft ontvangen indien geen omstandige plaatsbeschrijving is opgesteld, werd in artikel 1731 B.W. ingevoegd bij Wet van 29 december 1983 en is in werking getreden op 1 januari 1984. Ook wanneer als normaal aanknopingspunt het einde van de huur zou worden genomen, kan dat vermoeden toch niet worden toegepast op de plaatsbeschrijvingen of als zodanig geldende clausules in de huurovereenkomsten die werden gesloten vóór 1 januari 1984. De wet schrijft immers niet uitdrukkelijk toepassing op lopende overeenkomsten voor en is met betrekking tot het bewijs van de huurschade niet van openbare orde (Cass. 12 februari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 181).

Deze regel betreft slechts de voortdurende rechtsgevolgen van lopende overeenkomsten. Wat bv. de totstandkoming, de geldigheidsvoorwaarden en vormvereisten van de overeenkomst betreft, geldt onmiddellijke werking, waarbij het sluiten van de overeenkomst als aanknopingspunt wordt genomen (H. DE PAGE, *a.w.* 343 en E. WYMEERSCH, *a.w.* 1003. Zie voor voorbeelden *t.a.p.* 1013 e.v. Volgens W. VAN GERVEN, *a.w.* 72, vtnt. 102, is dat omdat de wetsbepalingen die de geldigheidsvereisten van overeenkomsten regelen uiteraard van dwingend recht zijn).

80 Ten aanzien van administratieve overeenkomsten zou de onmiddellijke werking als principe blijven gelden, omdat deze overeenkomsten zijn gebaseerd op een per definitie evoluerend algemeen belang (zie P. LEWALLE, *a.w.* 382-383 en P. ROUBIER, *a.w.* 398-399. Vgl. ook A. VANWELKENHUYZEN, *a.w.* 318, vtnt. 89). Een schadevergoeding aan de contractspartij kan niettemin verschuldigd blijken in geval van verstoring van het financiële evenwicht (*t.a.p.*), gezien het hybride karakter van administratieve overeenkomsten.

81 WYMEERSCH (*a.w.* 1002) noemt deze regel voor privaatrechtelijke overeenkomsten slechts een schijnbare, maar geen werkelijke uitzondering op het algemeen principe van onmiddellijke werking, omdat hij “slechts geldt voor de materies die het voorwerp waren en zijn van de vrije wilsvorming van de partijen. Nieuwe suppletiefrechtelijke regelen gelden derhalve niet voor voortdurende rechtsgevolgen van vroegere overeenkomsten, daar zowel onder de oude als onder de nieuwe regelingen de materie aan de vrije beoordeling van de partijen was overgelaten. De oude aanvullende wet blijft, ook bij wijziging van de suppletiefrechtelijke regeling, de rechtspositie van de partijen bepalen”.

Die stelling zou kunnen worden gevolgd, moest de uitzondering volgens WYMEERSCH enkel gelden voor uitdrukkelijke contractsbepalingen. In dat geval gaat het niet om een regel van overgangsrecht, maar om een hiërarchie van rechtsbronnen, waarbij als regel geldt dat uitdrukkelijke contractsclausules voorrang hebben op suppletiefrechtelijke rechtsregels.

Dat de oude suppletiefrechtelijke rechtsregels van toepassing zouden blijven wanneer geen uitdrukkelijke clausule was of wordt opgenomen (aldus E. WYMEERSCH, *a.w.* 1002; zie volgend nummer), wijst er nochtans duidelijk op dat,

inzake overeenkomsten, het principe van eerbiedigende werking geldt. Dat maakt wel degelijk een uitzondering uit op het algemeen principe van overgangsrecht dat een onmiddellijke werking dicteert. Van onmiddellijke werking zou in dat geval slechts sprake zijn wanneer zou worden aangenomen dat in het algemeen voor alle rechtsregels die de rechtsgevolgen van overeenkomsten kunnen beïnvloeden, het sluiten van de overeenkomst als aanknopingspunt zou gelden. Dat zou dan echter ook gelden voor wetten van openbare orde.

Uit de formulering van een specifieke wet kan wel worden afgeleid dat de wetgever voor de toepassing van deze wet het ontstaan van de overeenkomst als aanknopingspunt heeft genomen.

Zo bepaalt artikel 6 § 1, tweede lid van de Loonbeschermingswet van 12 april 1965 dat het gedeelte van het loon dat *in natura* wordt uitbetaald, schriftelijk wordt geschat en ter kennis gebracht van de werknemer bij zijn indienstneming. Aangezien de wetgever zo de indienstneming als aanknopingspunt neemt, geldt deze verplichting maar voor werknemers die vanaf de inwerkingtreding van de wet in dienst treden. Met betrekking tot arbeidsovereenkomsten aangegaan vóór die datum, kan niet van de werkgever worden geëist dat hij alsnog het loon *in natura* schriftelijk schat en ter kennis brengt van de werknemer (Cass. 3 mei 1993, *Arr. Cass.* 1993, 424).

Bovendien noemt het Hof van Cassatie enkel regels van openbare orde als uitzondering. Anders dan een aanzienlijk deel van de rechtsleer stelt (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 21, H. DE PAGE, *a.w.* 341, B. PONET en H. LAMON, “De intertemporele werking van de Handelspraktijkenwet van 14 juli 1991”, *T.B.H.* 1993, 11, W. VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, 72; WYMEERSCH gaat uit van die stelling, maar acht ze wel voor kritiek vatbaar, *a.w.* 1002 en 1003. *Anders*: E. CEREXHE, B. HAUBERT en J. REGNIER, *a.w.* 351, P. CLAEYS BOUÛAERT, *a.w.* 918, H. COUSY, “Invloed van de nieuwe wet op lopende overeenkomsten”, in *De retroactiviteit van rechtsregels*, *a.w.* 44, J. SCHAMP en M. VAN DEN ABEELE, *a.w.* 589-590 en Vred. Brussel, 26 juli 1995, *R.W.* 1996-97, 264), zou dat betekenen dat de eerbiedigende werking niet alleen geldt met betrekking tot nieuwe suppletiefrechtelijke, maar ook met betrekking tot nieuwe, dwingende bepalingen. Het is echter niet steeds gemakkelijk om uit te maken of een bepaalde regel van dwingende aard dan wel van openbare orde is.

De term “van openbare orde” kan in het arrest van 12 februari 1993 niet, zoals DE PAGE (*a.w.* 341 en vntn. 3) bij andere arresten deed, worden gelezen als “van openbare orde of van dwingend recht”, nu dit arrest betrekking had op een bepaling van dwingend recht: eerbiedigende werking werd toegekend aan een bepaling die, in het belang van de huurder bij een huurovereenkomst, bij gebrek aan een omstandige plaatsbeschrijving het vermoeden instelde dat het goed in dezelfde staat werd achtergelaten als die waarin het was ontvangen.

82 WYMEERSCH laat, in navolging van ROUBIER, de wet eerbiedigend werken ten aanzien van lopende contractuele verhoudingen, ook indien geen clause werd opgenomen die van de wet afwijkt (P. ROUBIER, *a.w.* 366 en 391 en E. WYMEERSCH, *a.w.* 1002. In die zin ook G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 22). Op die wijze wordt impliciet in elke overeenkomst die niet uitdrukkelijk van de suppletiefrechtelijke bepalingen afwijkt, de overeenstemming tussen partijen gelezen, niet om de regeling van die bepaalde materie aan de wet over te laten, maar om de bestaande wetgeving in die overeenkomst te bevriezen (vgl. P. ROUBIER, *a.w.* 366).

Die stelling kan worden betwijfeld. Ze zou betekenen dat alle wetsbepalingen waarvan bij overeenkomst kan worden afgeweken, zouden blijven gelden voor de bestaande contractuele verhoudingen, ook zonder afwijkend beding. Bv.: indien in een overeenkomst voor geschillen met betrekking tot de interpretatie of uitvoering niet uitdrukkelijk een toepasselijk rechtsstelsel of territoriaal bevoegde rechter is aangewezen, zou dit worden geregeld door de oude wet. De eerbiedigende werking zou dus niet enkel gelden ten aanzien van alle lopende overeenkomsten, maar ook met betrekking tot alle clausules die niet zijn geschreven. Met evenveel grond kan nochtans worden aangenomen dat wat de contractspartijen niet uitdrukkelijk regelen, kan worden gelezen als een dynamische verwijzing naar de wettelijke regeling – inclusief toekomstige wijzigingen. De vereiste om desnoods bestaande wetgeving in de overeenkomst op te nemen, is dus niet zo absurd als het wordt voorgesteld (door bv. P. ROUBIER, *a.w.* 366). Ze heeft bovendien als voordeel dat indien de ene partij bewust en blijvend voor de op dat ogenblik geldende wettelijke regeling opteert, ook de partij die minder eenvoudig toegang vindt tot de bestaande wetgeving, wordt geïnformeerd over de juridische gevolgen van de overeenkomst.

In de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court is deze evolutie zichtbaar. In de redenering van de klassieke leer van de verkregen rechten werd eerst geoordeeld dat een contract in zijn termen het positief recht incorporeert van het tijdstip en de plaats waarop het contract werd gesloten (Ogden v. Saunders, 25 US 213, 257-262 (1827); hierover J. NOWAK, R. ROTUNDA en J. NELSON YOUNG, *Constitutional law*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1986, 375 en L. TRIBE, *American constitutional law*, N.Y., The Foundation Press, 1988, 615).

Later wordt dit gewijzigd door de overweging dat met het bestaande positieve recht, ook de mogelijkheid tot wijziging van dat recht in het contract wordt geïncorporeerd (zie Home Building & Loan Association v. Blaisdell, 290 US 398 (1934), ook gepubliceerd in G. GUNTHER, *Cases and materials on constitutional law*, Mineola, N.Y., The Foundation Press, 1980, 557; hierover ook L. TRIBE, *a.w.* 615 e.v.).

83 Als rechtvaardiging voor het principe van eerbiediging van lopende overeenkomsten, wordt verwezen naar de verscheidenheid van contractuele situaties, waardoor de ratio voor onmiddellijke werking, de eenheid van rechtssituaties, niet meer aan de orde is (zie E. CEREXHE, B. HAUBERT en J. REGNIER, *a.w.* 350 en 351, H. COUSY, *t.a.p.* 43, P. ROUBIER, *a.w.* 346, W. VAN GERVEN, *a.w.* 71 en E. WYMEERSCH, *a.w.* 1004. *Anders*: G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 21, die dergelijke “filosofische” uitleg niet dienend acht voor een in wezen technisch fenomeen).

De “stabiliteit van de contractuele betrekkingen” heeft dan voorrang (F. AMERIJCKX, *a.w.* 11, E. CEREXHE, B. HAUBERT en J. REGNIER, *a.w.* 351, J. SCHAMPS en M. VAN DEN ABEELE, *a.w.* 586 en A. VANWELKENHUYZEN, *a.w.* 307. Zie ook de concl. Proc.Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH bij Cass. 22 oktober 1970, *a.w.* 156).

De rechtskracht die aan de overeenkomst toekomt is precies een zekerheid die de wetgever toekent om de onzekerheid in de verhoudingen tussen particuliere partijen te verminderen (E. WYMEERSCH, *a.w.* 1004. Vgl. ook H. COUSY, *t.a.p.* 43. Zie over het contract als zekerheid N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijks-vermogensrecht”, *T.P.R.* 1989, 934). Door het sluiten van een overeenkomst tracht men juist zekerheid te krijgen over de

toekomstige rechtsgevolgen van een bepaalde rechtsverhouding.

De Raad van State, Afdeling Wetgeving (advies van 4 mei 1988, *Gedr.St.* VI.R., B.Z. 1988, 139/5, 16) noemt het beginsel van de onaantastbaarheid van het verbindend karakter van wettig gesloten overeenkomsten in dat verband als één van de pijlers van het recht zelf. Zijn verwijzing naar artikel 1134 B.W. – op grond waarvan hij de bevoegdheid tot ingrijpen in contractuele verhoudingen voorbehoudt aan de formele wetgever – is nochtans niet terecht. ROUBIER merkte reeds op dat de bepaling volgens welke de overeenkomst de partijen “tot wet” strekt, geen probleem van overgangsrecht regelt, en zeker niet impliceert dat in het rechtssysteem contracten en rechtsregels in een evenwaardige verhouding zouden staan, noch verklaart waarom een nieuwe wet geen voorrang zou hebben op een oudere overeenkomst (P. ROUBIER, *a.w.* 388; zie ook T. BONNEAU, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, Parijs, PUF, 1990, 103). Ook het beginsel van de contractsvrijheid kan in die zin niet worden ingeroepen als rechtvaardiging, daar dat beginsel evenmin noodzakelijk een bestaand contract boven een latere wet stelt (in die zin G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 21).

Een wettelijke rechtsgrond, die het in de doctrine ontwikkelde en jurisprudentieel erkende principe van eerbiediging van lopende overeenkomsten neerlegt, is in het Belgische recht niet te vinden.

84 Een afwijkende mening in de rechtsleer vertolkt het standpunt dat bij gebreke van uitdrukkelijke overgangsbepalingen, de rechter de temporeel toepasselijke wet behoort vast te stellen aan de hand van een belangenafweging (E. WYMEERSCH, *a.w.* 1010 e.v., hierin gevolgd door F. MORTIER, “De werking van de Wet van 14 juli 1991 in de tijd: schadebedingen en overgangsrecht”, *R.W.* 1996-97, 268).

Hierbij wordt onterecht ervan uitgegaan dat bij gebreke van uitdrukkelijke overgangsbepalingen, de wetgever de belangenafweging die voorafgaat aan het toekennen van een temporele functie achterwege heeft gelaten en de rechter dat in zijn plaats dient te doen (E. WYMEERSCH, *a.w.* 1011).

In werkelijkheid wordt de wetgever juist geacht wel degelijk in elk geval een belangenafweging door te voeren, maar daarbij uit te gaan van de algemeen geldende principes van overgangsrecht. Pas wanneer hij op grond van een door hemzelf gevoerde belangenafweging tot de vaststelling komt dat een afwijking van die principes is aangewezen, dient hij een uitdrukkelijke overgangsbepaling te formuleren. In de redenering van de afwijkende leer, zou de wetgever ook indien hij de algemene regel van overgangsrecht volgt, de temporele functie uitdrukkelijk moeten formuleren, als hij wil voorkomen dat de vaststelling van het temporele toepassingsgebied wordt overgelaten aan de vrije beoordeling door de rechter.

Indien men in elke contractuele situatie de vaststelling van de temporele functie van de nieuwe wet zou laten afhangen van een belangenafweging door de rechter, zou het resultaat bovendien een grote verscheidenheid aan oplossingen opbrengen en vooral een grote onzekerheid geven over de vraag welke wet van toepassing is op een bepaalde contractuele verhouding. Pas in tweede instantie, bij de beoordeling van de temporele functie, kan de rechter nagaan of de wetgever wel in voldoende, redelijke mate rekening heeft gehouden met de verschillende *in abstracto*

op het spel staande belangen.

85 Soms bestaat er onduidelijkheid over de vraag of voor het bepalen van het temporele toepassingsgebied van een bepaalde wetswijziging de principiële overgangsregels van het overeenkomstenrecht dan wel die van een andere rechtsmaterie dienen te worden toegepast.

ROUBIER (*a.w.* 423) onderzoekt of het gaat om normen die een geheel van rechten en plichten creëren voor al wie tot een bepaald rechtsinstituut toetreedt, dan wel om normen die een geheel van rechten en plichten tot stand brengen voor de partijen bij een overeenkomst, waarvan de inhoud door henzelf wordt bepaald. Slechts in het laatste geval is het contractuele overgangsrecht van toepassing. Zo raken bv. nieuwe belastingen op rechten die voortkomen uit een contract, zoals huurinkomsten of rente op spaargelden, een persoon in zijn hoedanigheid van belastingplichtige en niet als contractspartij (P. ROUBIER, *a.w.* 428).

CLOSSET-MARCHAL (*a.w.* 145) geeft als voorbeeld de wijziging van een suppletieve wetsbepaling inzake de territoriaal bevoegde rechter, door een wet die geen keuzemogelijkheid meer laat. De hypothese is dat voordien reeds een overeenkomst bestond met een attributieve bevoegdheidsclausule maar dat een juridisch conflict rijst na de wetswijziging volgens welke een andere rechter territoriaal bevoegd is geworden, zonder mogelijkheid tot afwijking bij overeenkomst.

Indien men van oordeel is dat de wetswijziging de gemaakte overeenkomsten substantieel aantast en dat derhalve het regime van het overeenkomstenrecht dient te worden gevolgd, blijft de overeenkomst gelden.

Indien men vindt dat de wetswijziging niet op substantiële wijze raakt aan de fundamentele principes van de verbintenissen en derhalve kiest voor het stelsel van het burgerlijk procesrecht, is de nieuwe wet van toepassing.

De auteur kiest voor een derde oplossing, die inhoudelijk neerkomt op wat het regime van het overeenkomstenrecht dicteert, maar formeel geen uitspraak wenst te doen over het gevolgde regime (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 147-148). Men kan nochtans moeilijk zonder enige rechtsgrond van de algemene principes van het overgangsrecht afwijken.

ROUBIER (*a.w.* 552) verdedigt de opvatting dat de wetswijziging van substantiële aard is en dat derhalve het regime van het overeenkomstenrecht dient te worden gevolgd. Indien de wetgever eerder bewust een regime inrichtte onder hetwelk bij overeenkomst een territoriaal bevoegde rechter kon worden aangewezen, dan raakt hij dergelijke overeenkomsten op substantiële wijze wanneer hij vervolgens zonder afwijkingmogelijkheid een welbepaalde territoriaal bevoegde rechter aanduidt.

Die redenering komt erop neer dat wordt gekeken naar de aard van de oude normen. De nieuwe wetgeving duidt immers de territoriale rechter aan als een onderdeel van het instituut van de rechterlijke bevoegdheid.

AFDELING II

STRAFRECHT

86 De werking van de strafwet in de tijd wordt naar intern recht beheerst door artikel 2 Sw. Artikel 14 G.W., luidens hetwelk "geen straf kan worden ingevoerd of toegepast dan krachtens de Grondwet" formuleert het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel, maar heeft geen betrekking op de temporele functie van de wet (M. VER-

DUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel*, Brussel, Bruylant, 1995, 90-92. Zie ook E. CEREXHE, B. HAUBERT en J. REGNIER, *a.w.* 354. Eveneens o.m. J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, "Het niet-terugwerken van strafwetten", *Ann. Rechtsgeleerdheid en Staatswetenschappen*, 1950, 125-126, F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, Brussel, E. Story-Scientia, 1997, 192 en O. VANDEMEULENBROEKE, "Propos sur la rétroactivité des incriminations pénales", in *Liber Amicorum J. Vanderveeren*, Brussel, Bruylant, 1997, 149, volgens welke auteurs niettemin het retroactiviteitsverbod een aspect van het legaliteitsbeginsel zou zijn).

De in artikel 2 Sw. geformuleerde principes vinden dus geen neerslag in de Grondwet (*Anders*: F. DELPEREE, "Le principe de la non-rétroactivité des lois", *a.w.* 334 en W. VAN ASSCHE, "De retroactiviteit der administratieve akten", *T.B.P.* 1950, 107).

Toch kan artikel 100 Sw., overeenkomstig hetwelk voor bijzondere misdrijven bij wet kan worden afgeweken van de bepalingen van het eerste boek – waaronder artikel 2 –, niet worden toegepast in die zin dat de wetgever voor bijzondere misdrijven zou kunnen afwijken van de algemene principes van overgangsrecht (B. SPRIET, "Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel toegepast op een gunstige wijziging van de uitvoeringsreglementering", in *Om deze redenen*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 349-350). Deze principes worden immers bevestigd in de artikelen 7 EVRM en 15 BUPO, die directe werking hebben, en worden bovendien door het Hof van Justitie als grondwettelijk rechtsbeginsel erkend (hierover T. HEUKELS, *a.w.* 232 e.v.). In het strafrecht gelden de principes van overgangsrecht door deze vastleggingen meteen als referentienormen bij de beoordeling van de temporele functie. De strafwet dient niet alleen overeenkomstig deze principes te worden geïnterpreteerd en toegepast; ook een afwijking ervan bij wet wordt door de rechter gesanctioneerd.

§ 1. Formulering en neerlegging van de strafrechtelijke principes van overgangsrecht

87 Artikel 2 Sw. luidt: "Geen misdrijf kan worden gestraft met straffen die bij de wet niet waren gesteld, voordat het misdrijf werd gepleegd. Indien de straf, ten tijde van het vonnis bepaald, verschilt van die welke ten tijde van het misdrijf was bepaald, wordt de minst zware straf toegepast". Zo wordt de niet-retroactiviteit als algemeen principe gesteld – de algemene principes van overgangsrecht vullen dan aan dat de onmiddellijke werking als regel blijft gelden –, maar wordt een uitzondering gesteld ten gunste van de mildste wet. Als aanknopingspunt geldt het misdrijf. Een nieuwe strafwet kan maar worden toegepast op misdrijven gepleegd vanaf de inwerkingtreding van deze wet. Zij kan retroactief worden toegepast op eerder gepleegde misdrijven, indien zij een mildere straf voorschrijft. De rechter dient na te gaan of de feiten strafbaar waren onder de oude wet en dat ook nog zijn volgens de nieuwe wet, en dient dan de wet toe te passen die de mildste straf oplegt (vb. Cass. 7 november 1995, *Arr.Cass.* 1995, 993).

ROUBIER stelt dat het principe dat de nieuwe, mildere wet moet worden toegepast

uit het principe van de onmiddellijke werking volgt en dat de regel volgens welke de oudere, maar mildere wet moet worden toegepast een toepassing is van het verbod van retroactiviteit (P. ROUBIER, *a.w.* 465 e.v. en, in navolging hiervan, M.J. LECLERCQ, "L'application dans le temps de la loi modifiant le délai de prescription de l'action publique", *Rev.dr.pén.* 1981, 954. Vgl. ook G. KNIGGE, *a.w.* 318-319. Over deze stelling in vooral de Franse rechtsleer, P.E. TROUSSE, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. I-I, 92-93).

Deze stelling kan niet worden gevolgd. Zij ziet de periode vanaf het misdrijf tot aan de ontkenning door een rechterlijke uitspraak als een voortdurende situatie, waarbij de veroordeling als aanknopingspunt wordt genomen (M.J. LECLERCQ, *a.w.* 954 en P. ROUBIER, *a.w.* 467-468. Zie G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 24. Kritisch: G. LEVASSEUR, "Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps", in *En hommage à Jean Constant*, Luik, Fac. dr. Liège, 1971, 195). De wet evenals de artikelen 7 EVRM en 15 BUPO, die in de volgende randnummers worden besproken, noemen hiervoor nochtans het als misdrijf omschreven handelen of nalaten.

Volgens ROUBIER, en in navolging daarvan LECLERCQ, is er sprake van een voortdurende situatie vanaf de feiten tot aan de veroordeling (M.J. LECLERCQ, *a.w.* 948-949 en 954 en P. ROUBIER, *a.w.* 465 e.v.).

Vanaf het ogenblik van de feiten hecht de strafwet hieraan gevolgen die maar worden voltrokken door de uitspraak van de rechter. Deze uitspraak is constitutief omdat er geen straf mogelijk is zonder rechterlijke tussenkomst. De nieuwe, mildere straf moet dan worden toegepast. Indien de nieuwe wet strenger is, zou de nieuwe straf geen deel meer uitmaken van de voortdurende situatie (P. ROUBIER, *a.w.* 467).

Onduidelijk is echter waarom bij feiten die zowel naar oud als naar nieuw recht een misdrijf uitmaken, een nieuwe, mildere straf wel, maar een nieuwe, strengere straf géén deel meer zou uitmaken van de "objectieve rechtssituatie".

88 Artikel 2 Sw. neemt bij de vergelijking slechts twee wetten in aanmerking: de wet ten tijde van de als misdrijf omschreven feiten en de wet ten tijde van het vonnis. Tussenwetgeving, tot stand gekomen na de wet ten tijde van het misdrijf en op haar beurt vervangen door de wet ten tijde van het vonnis, wordt volgens een grammaticale interpretatie niet in aanmerking genomen (G. KNIGGE, *a.w.* 315; zie daarentegen voor Nederland, *t.a.p.*, 248 e.v., 315 en 406-407).

In de rechtsleer wordt echter aangenomen dat tussenliggende wetten wél in aanmerking dienen te komen (J. CONSTANT, *Précis de droit pénal*, Luik, 1975, 65 en P.E. TROUSSE, *a.w.* 93. Ook J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 136, die er wel op wijzen dat deze stelling geen steun vindt in art. 2 Sw.). Daarbij wordt verwezen naar de leer van de verkregen rechten (zie J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 136) of naar de parlementaire voorbereidingen (P.E. TROUSSE, *a.w.* 93). Volgens TROUSSE (*t.a.p.*) werd een uitdrukkelijke bepaling die toeliet een tussentijdse wet in aanmerking te nemen, niet ingelast omdat ook in geval van meerdere opeenvolgende wetten, de toepassing van de mildste wet vanzelfsprekend werd geacht.

89 Artikel 7 EVRM luidt: "1. Niemand kan worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uit-

maakte 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. 2. Dat artikel staat niet in de weg aan het vonnis en de straf van iemand die schuldig is aan een handelen of nalaten, hetwelk ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde, een misdrijf was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen welke door de beschaafde volken worden erkend”.

Ook hier wordt het misdrijf – of het door de latere wet als misdrijf omschreven handelen – als aanknopingspunt genomen. De bepaling formuleert het principe van niet-retroactiviteit van de omschrijving als misdrijf en van de zwaardere strafwet. De retroactiviteit van de mildere strafwet wordt door de bepaling wel toegelaten, maar wordt niet uitdrukkelijk als principe geformuleerd (Eur. Hof, G. t. Fr., 24 september 1995, nr. 325-B, zie ook het verslag van de Commissie, p. 43. Zie eveneens o.m. G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 26, G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parijs, Economica, 1989, 446-447, L. DEPELCHIN, “Overwegingen bij artikel 2 van het strafwetboek”, *R.W.* 1965-66, 90, L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 133, J.E.S. FAWCETT, *The application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 206-207, B. SPRIET, *a.w.* 349-350, O. VANDEMEULEBROEKE, *a.w.* 153, en de verdere verwijzingen aldaar).

Het tweede lid van artikel 7 EVRM laat toe dat een persoon strafrechtelijk wordt veroordeeld voor een handelen of nalaten dat op dat ogenblik niet door de wet als misdrijf was omschreven, maar wel als zodanig gold overeenkomstig internationaal erkende “algemene rechtsbeginselen”.

In de rechtsleer is de mening terug te vinden dat artikel 7.2. niet afwijkt van het eerste lid, maar slechts een ruime omschrijving van het begrip “wet” geeft en met name geen schriftelijke neerlegging vereist (G. KNIGGE, *a.w.* 201 e.v. en C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1994, 75). In dat geval formuleert artikel 7.2. geen uitzondering op het algemene principe van overgangsrecht inzake strafrecht, maar op het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Ook in het eerste lid wordt het legaliteitsbeginsel overigens niet gezien als een vereiste dat de strafbaarstelling in een formele wet wordt neergelegd, zolang zij maar voldoende duidelijk en toegankelijk is (zie o.m. G. KNIGGE, *a.w.* 201 en J. VELU en R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 512).

Het tweede lid kan ook worden gezien als een neerlegging van het “natuurrechtelijk criterium”, volgens hetwelk een rechtsregel die een “natuurrechtelijke” of “goddelijke” regel neerlegt, principieel retroactief is (hierover B. BOUCKAERT, *a.w.* 267 e.v., J.R.R. POLMAN, *a.w.* 77 en P. ROUBIER, *a.w.* 282 e.v.). Toepassingen van dat criterium zijn te vinden in de processen van Nuremberg en Tokyo tegen Duitse en Japanse oorlogsmisdadigers; enkel het proces in Tokyo werd uitdrukkelijk in termen van natuurrecht gevoerd (zie hierover i.h.b. J. SHKLAR, *Legalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, 153 e.v. en 179 e.v.).

90 Artikel 15 BUPO luidt: “1. Niemand kan worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht maakte ten tijde dat het handelen 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. 2. Geen enkele bepaling van dit artikel staat in de weg aan het vonnis en de straf van iemand die schuldig is aan een handelen of nalaten, hetwelk ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde, van strafrechtelijke aard was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de volkerengemeenschap worden erkend”.

Ook hier geldt het misdrijf – of het door de latere wet als zodanig omschreven handelen of nalaten – als aanknopingspunt. Zowel het principe van de niet-retroactiviteit van de nieuwe wet als de uitzondering van de retroactiviteit van de mildere wet worden uitdrukkelijk geformuleerd. Ten aanzien van het tweede lid gelden dezelfde bedenkingen als bij artikel 7.2. EVRM.

91 Het Europees Hof van Justitie formuleert het retroactiviteitsverbod van strafbepalingen als een algemeen rechtsbeginsel dat deel uitmaakt van het gemeenschapsrecht (H.v.J., Kirk, z. 63/83, 10 juli 1984, *Jur.* 1984, 2689 en Fedesa, z. 331/88, 13 november 1990, *Jur.* 1990, I, 4023), met name wanneer de strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt bepaald of verzwaaard (H.v.J., Kolpinghuis Nijmegen, z. 80/86, 8 oktober 1987, *Jur.* 1987, 3969 en Fedesa, z. 331/88, 13 november 1990, *Jur.* 1990, I, 4023).

Het hecht aan dat beginsel op het domein van het strafrecht een absoluut karakter, zodat geen afwijkingen zijn toegelaten (H.v.J., Fedesa, z. 331/88, 13 november 1990, *Jur.*, 1990, I, 4023).

Volgens dat arrest is een afweging vanuit het perspectief van het rechtszekerheidsbeginsel wel mogelijk voor niet-strafrechtelijke bepalingen, maar niet voor strafrechtelijke bepalingen. Dat is volgens SPRIET (“De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht in de strafbaarstelling van het interne Belgische strafrecht”, *R.W.* 1995-96, 1163) omdat het volgens het Hof op strafrechtelijk gebied om een grondrecht gaat. Nochtans gaat de toepassing van grondrechten meestal juist gepaard met een belangenafweging.

Wanneer Europese regelgeving wordt gehandhaafd door middel van interne strafrechtsbepalingen, geldt het strafrechtelijk regime pas ten vroegste vanaf de inwerkingtreding van zowel de Europese norm als de Belgische strafrechtsbepaling (hierover B. SPRIET en R. VERSTRAETEN, “Tijdelijk ontbreken van rechtsgrond tot bestraffing van overtreding van het Europees transportrecht”, *R.W.* 1994-95, 223-225). De terugwerkende kracht van een verordening rechtvaardigt dan ook niet de strafrechtelijke nationale maatregelen, die ten tijde van de feiten reeds straffen oplegden, maar op dat ogenblik nog onverenigbaar waren met het Europees gemeenschapsrecht (H.v.J., Kirk, z. 63/83, 10 juli 1984, *Jur.* 1984, 2689).

92 Artikel 100 Sw. maakt Boek I van het Strafwetboek, inclusief artikel 2 Sw., principieel van toepassing op bijzondere strafwetten en verordeningen, “bij gebreke van andersluidende bepalingen”. Artikel 11, lid 1 BWHI, dat de Gemeenschappen en Gewesten de bevoegdheid toekent om de niet-naleving van hun rechtsregels strafbaar te stellen en hiervoor straffen te bepalen, maakt eveneens de bepalingen

van Boek I van het Strafwetboek hierop van toepassing, “behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere inbreuken door een decreet kunnen worden gesteld”. Artikel 4 van de Brusselwet kent aan het Brussels Hoofdstedelijk Gewest dezelfde bevoegdheden toe als aan de Vlaamse Raad en het Waalse Gewest. Een afwijking van artikel 2, lid 1 of lid 2 Sw., op grond van deze artikelen, zou echter in strijd zijn met artikel 15 BUPO (J. LECLERCQ, *a.w.* 944, vnt. 2, F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *a.w.* 195, vnt. 297, O. VANDEMEULEBROEKE, *a.w.* 164 en 165).

Niettemin zijn er nog jurisprudentiële afwijkingen op artikel 2, lid 2 Sw. ontwikkeld. Deze worden weergegeven in § 4. Hun beoordeling in het licht van artikel 15 BUPO wordt besproken in het tweede deel (zie verder, nr. 203).

§ 2. Rechtvaardiging voor de strafrechtelijke principes van overgangsrecht

93 Uit de vorige paragraaf bleek dat de strafrechtelijke principes van overgangsrecht hun juridische grondslag vinden in het positieve recht: zowel in wettelijke als verdragsrechtelijke bepalingen. In de Europese rechtsorde gelden zij als een algemeen rechtsbeginsel. Deze consensus is gegrond op een algemeen gedeeld “rechtvaardigheidsgevoel”. De precieze ratio is echter niet altijd even duidelijk.

94 Vaak wordt verwezen naar de rechtszekerheid, die verder niet wordt ontleed maar meestal uit het legaliteitsbeginsel wordt afgeleid, en waarbij niet wordt verhelderd waarom dit beginsel sterker zou spelen op strafrechtelijk gebied dan elders.

Zeker inzake strafrecht kan nochtans niet worden volgehouden dat het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel als grond voor de principes van overgangsrecht zouden gelden. Het retroactiviteitsverbod geldt ook voor bv. een verzwarende straf die staat op een reeds als misdrijf omschreven feit. Dat kan moeilijk worden gerechtvaardigd met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel, aangezien het recht voordien reeds het gepleegde feit uitsloot als handelingsalternatief en het derhalve niet opgaat de ernst van de straf als element op te nemen in de berekening om de daad al dan niet te stellen (zie P. POPELIER, *a.w.* 577).

95 Meer verhelderend is de verwijzing naar de bijzondere vorm van dwang die de staat in het strafrecht uitoefent vanuit zijn machtsmonopolie en waarbij een verregaande inbreuk wordt gemaakt op de vrijheid van de persoon (J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 128, die dit onder de noemer van “rechtszekerheid” brengen. Eveneens G. KNIGGE, *a.w.* 227. Hierover ook P. POPELIER, *a.w.* 578). Bij retroactieve strafwetgeving speelt daarenboven de vrees dat wetgeving wordt gemaakt met het oog op een welbepaald persoon (P.E. TROUSSE, *a.w.* 92) en onder druk van een opgezweepte publieke opinie. Dat was overigens de belangrijkste grondslag voor het strafrechtelijk retroactiviteitsverbod dat werd opgenomen in de Grondwet van de Verenigde Staten (K. LENAERTS, *Constitutie en rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 183). Een straf moet daarom noodzakelijk zijn om legitiem te zijn (P.E. TROUSSE, *a.w.* 92, J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 128 en F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *a.w.* 191). Nu één van de functies van een strafbepaling wordt

omschreven als een ontradingsmiddel, wordt de bestraffing zonder voorafgaande of voldoende waarschuwing ervaren als willekeur en machtsmisbruik (In die zin E. CEREXHE, B. HAUBERT en J. REGNIER, *a.w.* 354 en L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *a.w.* 130 en P.E. TROUSSE, *a.w.* 92. Vgl. ook de auteurs vermeld bij P. ROUBIER, *a.w.* 451).

Dat rechtvaardigt ook het tweede aspect van het strafrechtelijk overgangsregime, dat de retroactieve toepassing van de mildere strafwet voorschrijft: de repressie door de staat mag niet groter zijn dan de staat noodzakelijk acht op het ogenblik van de bestraffing (C. HENNAU en J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Brussel, Bruylant, 1991, 78-79, G. KNIGGE, *a.w.* 317 en J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 131. In die zin ook P. DE VROEDE en J. GORUS, *Inleiding tot het recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 195). Deze vereiste valt terug te brengen tot het evenredigheidsbeginsel (P. POPELIER, *a.w.* 578).

Die motivering is ook terug te vinden in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Volgens dit Hof moet de nieuwe, mildere wet worden toegepast, wanneer niet blijkt dat de noodzaak van bestraffing van de feiten zich nog langer voordoet (Cass. 17 november 1993, *Arr.Cass.* 1993, 975 (samenvatting); *Rev.dr.pén.* 1994, 799). Vervolgens steunt het Hof op deze ratio een ruime interpretatie van artikel 2, tweede lid Sw. (zie verder, nr. 97).

Deze rechtvaardigingsgrond kan echter niet verklaren waarom bv. zware administratieve sancties onder een ander regime vallen dan strafrechtelijke boetes (hierover verder, nr. 101).

96 De rechtsleer baseert meestal het principe van de niet-retroactiviteit op het legaliteitsbeginsel en de uitzonderingsregel op de billijkheid (L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *a.w.* 130 en 133, J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 125 en 131, F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *a.w.* 146, O. VANDEMEULEBROEKE, *a.w.* 141 e.v. en C. VAN DEN WYNGAERT, *a.w.* 89. Zie ook P.E. TROUSSE, *a.w.* 92).

Hierboven werd reeds vastgesteld dat het legaliteitsbeginsel geen betrekking heeft op de temporele functie van een wet (zie boven, nr. 86). De stelling dat de regel, volgens welke een gedraging slechts door een voorafgaandelijke wettelijke strafbaarstelling kan worden bestraft, voortvloeit uit het legaliteitsbeginsel (aldus G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 23, L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *a.w.* 130, J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 125 en C. VAN DEN WYNGAERT, *a.w.* 72 en 84), berust dan ook op een onjuist concept van het legaliteitsbeginsel. De vereiste dat de bestraffing gebeurt op basis van een wet, impliceert niet dat deze wet, die bestaat en in werking is getreden op het ogenblik dat het rechtsgevolg wordt uitgesproken, ook reeds moet zijn in werking getreden op het ogenblik waarop het rechtsfeit zich voordeed.

Onduidelijk is bovendien waarom, zoals bepaalde van deze rechtsleer stelt, de billijkheid een beperkte retroactiviteit rechtvaardigt wanneer de wetgever een gewijzigd inzicht krijgt over de strafwaardigheid van bepaalde feiten en/of de strafmaat daarvoor, maar niet de toepassing zou vragen van een mildere wet wanneer niet het inzicht van de wetgever over de strafbaarstelling of de strafmaat op zich is gewijzigd, maar wel over de omschrijving van het misdrijf (zie verder, nr. 97).

LEVASSEUR (*a.w.* 202-203) brengt het principe van de niet-retroactiviteit terug tot het legaliteitsbeginsel en ziet als rechtvaardiging hiervoor de bescherming van de individuele vrijheid zowel als de (preventieve) bescherming van de maatschappij. Om die laatste reden acht hij de uitzonderingsregel niet vanzelfsprekend.

§ 3. Toepassingsgebied van de strafrechtelijke principes van overgangsrecht

97 De strafrechtelijke principes van overgangsrecht zijn van toepassing op de eigenlijke strafwetten, waarbij een bepaald handelen of nalaten als misdrijf wordt omschreven of afgeschaft, de constitutieve bestanddelen van het misdrijf worden geformuleerd zodat de strafbaarstelling wordt verruimd of ingeperkt, of waarbij een bepaalde strafmaat wordt gesteld (zie B. SPRIET, "Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel", *a.w.* 350 en C. VAN DEN WYNGAERT, *a.w.* 85 e.v.). Het gaat dus om wetten die bv. het regime inzake de verzachtende of verzwarende omstandigheden of inzake de verschoningsgronden wijzigen (zie voor voorbeelden C. VAN DEN WYNGAERT, *a.w.* 86 en R. VERSTRAETEN, *a.w.* 142), maar ook om wetten die de omschrijving van het misdrijf beperken of verruimen.

Volgens een minderheidsstelling geldt de uitzondering, die de toepassing van de mildere strafwet voorschrijft, nochtans enkel indien het gaat om de afschaffing van een misdrijf of de verlaging van de strafmaat, maar niet indien de bestaande strafbaarstellingen en dus het toepassingsgebied van de strafwet worden beperkt (C. VAN DEN WYNGAERT, *a.w.* 90-91).

Dat standpunt volgt de letterlijke formulering van artikel 2 Sw., dat enkel spreekt over de "straf", maar wordt niet gevolgd in de doctrine (zie B. SPRIET, "Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel", *a.w.* 350-351, vtnt. 5 en de verwijzingen naar de Belgische rechtsleer; de auteur wijst erop dat ook in de omliggende landen de toepassing van de mildere wet in ruime zin wordt gehanteerd. Zie eveneens P. CLAEYS BOUÛAERT, *a.w.* 919 e.v., G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 27, L. DEPELCHIN, *a.w.* 68-70, L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *a.w.* 132, B. SPRIET, "Retroactiviteit in het strafrecht", in *De retroactiviteit van rechtsregels*, *a.w.* 153, P.E. TROUSSE, *a.w.* 95, O. VANDEMEULEBROEKE, *a.w.* 151 en 166 en R. VERSTRAETEN, "De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel", in M.E. STORME, P. POPELIER en R. VERSTRAETEN, *a.w.* 141). Het wordt evenmin gevolgd door de rechtspraak. Het Hof van Cassatie verwijst naar de *ratio* van artikel 2, tweede lid Sw. om te besluiten dat deze bepaling geldt voor "alles wat de toestand van de beklaagde verbetert" (Cass. 17 november 1993, *Arr.Cass.* 1993, 957 (uittreksel), *Rev.dr.pén.* 1994, 799).

In casu was ten tijde van de feiten de loutere niet-naleving van de verplichting om bepaalde sociale documenten te houden strafbaar gesteld. De nieuwe wet vereiste bovendien het bewijs van reële fraude, om te vermijden dat men zou worden bestraft voor een loutere administratieve vergissing. De rechter had derhalve ook de nieuwe voorwaarden voor de strafbaarstelling moeten nagaan vooraleer tot de vergoeding te veroordelen (Cass. 17 november 1993, *Rev.dr.pén.* 1994, 799).

Ook uit andere arresten van het Hof van Cassatie kan een ruime interpretatie worden afgeleid. In het geval van een wijziging van de misdrijfomschrijving én van de straffen, dient de rechter eerst vast te stellen of het ten laste gelege feit ook volgens de nieuwe wet nog strafbaar is en kan hij vervolgens pas de wet toepassen die de minst zware straf bepaalt (Cass. 26 oktober 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 297). *A contrario* blijkt een ruime interpretatie ook uit de uitzonderingen op artikel 2, tweede lid Sw. die worden geformuleerd, niet op grond van de gewijzigde strafbaarstelling, maar omdat het om uitvoeringsbesluiten gaat (zie Cass. 27 mei 1992, *Rev.dr.pén.* 1992, 875).

VAN DEN WYNGAERT verwijst, ter verdediging van haar strikte interpretatie, naar een arrest van het Hof van Beroep van Bergen (C. VAN DEN WYNGAERT, *a.w.* 90-91; Bergen, 9 april 1985, *J.T.* 1985, 699). In dat arrest gaat het echter om een wet die het moreel bestanddeel en dus de strafbaarstelling

niet beperkt, maar juist verruimt en die dus alleszins niet milder is. De regel van artikel 2, tweede lid Sw. wordt in dat arrest enkel met betrekking tot de strafmaat geciteerd; de bepaling had in dit geval echter ook maar zin in dat verband, omdat de straf wèl was verlaagd door de nieuwe wet. Andere hoven en rechtbanken hebben bovendien ondubbelzinnig artikel 2, tweede lid Sw. ruim toegepast (vb. Corr. Brussel 30 mei 1995, *Rev.dr.pén.* 1995, 879, Corr. Luik 6 februari 1996, *Rev.dr.pén.* 1996, 763 en *anders*: Brussel, 25 februari 1982, *A.F.T.* 1985, 190).

98 De rechter dient eerst op basis van de oude wet na te gaan of er sprake is van een misdrijf, vervolgens of de feiten ook volgens de nieuwe wet nog strafbaar zijn, en kan dan toepassing te maken van de nieuwe wet die een mildere strafmaat bepaalt (Cass. 26 januari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 654; 17 november 1993, *Arr.Cass.* 1993, 957 (uittreksel); 7 november 1995, *Arr.Cass.* 1995, 973; Eur. Hof, G. t. Frankrijk, 27 september 1995, *Publ.C.E.D.H.* serie A, nr. 325-B).

Een gecombineerde toepassing van beide wetten is dus mogelijk voor enerzijds de strafbaarstelling en anderzijds de strafmaat. Een gecombineerde toepassing voor enerzijds de minimum- en anderzijds de maximumstraf wordt daarentegen afgewezen.

Bij de afweging van de strafmaat in de verschillende wetten wordt de relatieve zwaarte van de wet bepaald aan de hand van enkele kenmerken, die in de rechtsleer, op grond van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, worden ondergebracht in zes criteria (zie o.m. L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *a.w.* 136-137 en 488-490 en B. SPRIET, "Vergelijking van de zwaarte van straffen", *R.W.* 1993-94, 1302-1303).

Deze criteria zijn achtereenvolgens: 1) de categorie van de hoofdstraf (crimineel, correctioneel of politiestraf), 2) de aard van de hoofdstraf (een gevangenisstraf is zwaarder dan een geldboete), 3) het maximum van de hoofdstraf, 4) het maximum van de bijkomende straf, 5) het minimum van de hoofdstraf en 6) het minimum van de bijkomende straf.

Een volgend criterium komt pas aan de orde, indien beide straffen met toepassing van het vorige criterium evenwaardig bleken. Dat laat geen gecombineerde toepassing van bv. minimum- en maximumgrenzen toe. Indien voor de hoofdstraf, de oude wet een lagere minimumstraf voorschrijft en de nieuwe wet een lagere maximumstraf, moet de rechter de nieuwe wet, die de laagste maximumstraf voorschrijft, in zijn geheel toepassen (Cass. 17 maart 1924, *Pas.* 1924, I, 252). Pas wanneer beide wetten eenzelfde maximumstraf bepalen, wordt gekeken naar de wet die de laagste bijkomende straf of, vervolgens, de laagste minimumstraf voorschrijft (Cass. 5 mei 1969, *Arr.Cass.* 1969, 861 resp. Cass. 17 maart 1924, *Pas.* 1924, I, 252. Bijkomende straffen worden niet vergeleken indien de hoofdstraffen verschillen, aldus o.m. Cass. 11 februari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 808. Zie verder ook J. CONSTANT, *a.w.* 68, C. HENNAU en J. VERHAEGEN, *a.w.* 79, A. DE NAUW, "De gelding in de tijd van de wet betreffende het verstrekken van sterke drank", *R.W.* 1986-87, 1090, J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 132 en G. SCHUIND, *Traité pratique de droit criminel*, bewerkt door A. VANDEPLAS, Brussel, Bruylant, 1993, I, 91).

Voor de vaststelling welke wet de mildste straf bepaalt, worden deze criteria dus *in*

abstracto toegepast. Dat kan *in concreto* een zwaardere straf opleveren voor de veroordeelde. Zo bv. wanneer hij wordt veroordeeld tot de minimumstraf, maar de wet die volgens een voorgaand criterium de mildste straf bepaalt, een hoger minimum oplegt (zie voor andere voorbeelden ook B. SPRIET, "Vergelijking van de zwaarte van straffen", *a.w.* 1302-1303).

De oude wet bepaalde een gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en/of een geldboete van 500 tot 2000 fr. De nieuwe wet verlaagde het minimumbedrag van de geldboete tot 200 fr. maar bracht de minimumduur van de gevangenisstraf op vijftien dagen. De maxima bleven telkens gelijk. De rechter in laatste aanleg, die tot de minimumstraf van 200 fr. had veroordeeld met toepassing van de nieuwe wet, werd terechtgewezen door het Hof van Cassatie (Cass. 29 september 1993, *Arr.Cass.* 1993, 774). Volgens de eerste vier criteria waren beide strafbepalingen gelijk. Volgens het vijfde criterium was de oude wet de minst strenge, zodat het zesde criterium niet meer aan de orde had mogen komen. De rechter had dus minstens een boete van 500 fr. moeten opleggen.

Volgens andere rechtsleer daarentegen zou de rechter voor het bepalen van de strafmaat deze respectieve grenzen moeten hanteren (zie G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 27, G. KNIGGE, *a.w.* 267 en P. ROUBIER, *a.w.* 499 e.v.).

De stelling dat de wet die de hoogste maximumstraf bepaalt in zijn geheel moet worden toegepast, is gebaseerd op de regel dat voor de strafmaat geen combinatie van wetten is toegelaten. Volgens ROUBIER (*a.w.* 505) leidt dat combinatieverbod echter niet noodzakelijk tot de toepassing van de wet met de hoogste maximumstraf in zijn geheel. Indien niet *in abstracto* kan worden uitgemaakt welke wet de mildste is, dient te worden gekeken naar welke wetsbepaling de meest gunstige is *in concreto*.

99 In geval van samenloop van misdrijven of recidive dient voor de kwalificatie van de feiten als misdrijf de oude wet of de mildere, nieuwe wet te worden toegepast, en voor de kwalificatie als samenloop of recidive de wet van het laatste misdrijf (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 25-26 en P.E. TROUSSE, *a.w.* 98 e.v.).

Het aanknopingspunt van de als misdrijf omschreven feiten vormt een probleem wanneer sprake is van een voortdurend misdrijf. Indien het feit door beide wetten als misdrijf wordt omschreven, dient de wet van kracht op het ogenblik van het laatst vastgestelde feit dat het misdrijf doet voortduren, te worden toegepast, ook indien de wet van kracht op het ogenblik van de aanvang van de feiten een mildere straf bepaalde (Cass. 24 september 1974, *Arr.Cass.* 1975, 100. Zie ook G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 25-26, C. HENNAU en J. VERHAEGEN, *a.w.* 81 en P. ROUBIER, *a.w.* 470 e.v.). Hetzelfde geldt bij voortgezette misdrijven, wanneer twee opeenvolgende gelijkaardige misdrijven één enkele strafbare gedraging opleveren (Cass. 17 mei 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1143).

100 Normen die gedeeltelijk strafrechtelijke en gedeeltelijk niet-strafrechtelijke bepalingen bevatten, volgen elk hun eigen overgangsrechtelijk regime. Ook indien uitdrukkelijk en in het algemeen een temporele functie is vastgesteld, wordt die bepaling zo gelezen dat zij niet geldt voor de strafrechtelijke bepalingen.

Hoewel het KB tot algemeenverbindendverklaring van de verplichtingen die aan de werkgever zijn opgelegd ingevolge een in een paritair comité gesloten CAO uitwerking heeft op datum van de inwerkingtreding van de overeenkomst, met het voorbehoud dat dit KB niet meer dan één jaar vóór de bekendmaking mag terugwerken, zijn de straffen wegens het niet-nakomen van bedoelde verplichtingen daarentegen slechts toepasselijk op de overtredingen begaan na de bekendmaking van genoemd KB (Cass. 4 januari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 8).

101 Niet-strafrechtelijke sancties vallen niet onder de hier besproken principes. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wijst er echter op dat de strafrechtelijke aard van een rechtsregel een autonome betekenis heeft en ruim dient te worden beoordeeld aan de hand van de reële gevolgen, en met name de ernst en de draagwijdte van de maatregel (zie bv. Eur. Hof, Welch, 9 februari 1995, *Publ.C.E.D.H.*, reeks A, nr. 307-A; Eur. Hof, Jamil, 8 juni 1995, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 320). In bepaalde omstandigheden zouden sommige administratieve sancties dan ook onder het retroactiviteitsverbod van artikel 7 EVRM kunnen vallen (zie ook R. VELU en R. ERGEC, *a.w.* 511. Hierover A. ALEN, "Administratieve geldboeten: hun internationaal en internrechtelijke kwalificatie", in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 265-314, A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 58 e.v., i.h.b. 62 en D. YERNAULT, "Le fisc, ses amendes et la matière pénale", *R.T.D.H.* 1995, 427-442. Zie ook W. VAN GOETHEM, "De inwerkingtreding van de bepalingen van de Programmawet van 30 december 1988 m.b.t. de administratieve geldboetenwet", *R.W.* 1989-90, 477-478. Dat geldt overigens ook voor de interpretatie van het "strafbaar feit" waarvan de toepasselijkheid van art. 6.2 en 6.3 EVRM afhangt, vb. Eur. Hof Öztürk, 21 februari 1984, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 73 en de arresten van 23 oktober 1995, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nrs. 329-A, -B en -C. Zie ook het preadvies van M. BOES, *Administratieve sancties en art. 6 EVRM in België*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 12 e.v. en D. YERNAULT, "Une administration doit-elle respecter les règles du droit à un proces équitable?", *Adm.Publ.(T.)* 1995, 241-294).

Ook volgens het Arbitragehof gelden de algemene beginselen van het strafrecht onafhankelijk van de al dan niet strafrechtelijke kwalificatie die de regelgever zelf geeft aan de norm (Arbitragehof nr. 72/92, 18 november 1992, *B.S.* 16 januari 1993 en nr. 82/93, 1 december 1993, *B.S.* 16 december 1993).

Beveiligende maatregelen vallen in principe niet onder het strafrechtelijk overgangsregime, ook indien zij een vrijheidsberovend karakter hebben (zie C. HENNAU en J. VERHAEGEN, *a.w.* 80, G. SCHUIND, *a.w.* 89-90 en P.E. TROUSSE, *a.w.* 101. Kritisch: R. VERSTRAETEN, *a.w.* 138).

De opsluiting in toepassing van de Vreemdelingenwet is een administratieve veiligheidsmaatregel en geen straf: de verdubbeling van de maximumduur van de opsluiting tot twee maanden is van toepassing op de veiligheidsmaatregel waarvan de termijn bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet nog niet verstreken is (Cass. 9 juli 1993, *Arr.Cass.* 1993, 649). Hetzelfde oordeel werd geveld in verband met de internering van zwakzinnige, krankzinnige of ernstig geestesgestoorde delinquenten (Cass. 26 februari 1934, *Pas.* 1934, I, 180, Cass. 21 juni 1965, *Pas.* 1965, I, 1149; zie ook Cass. 22 november 1977, *Arr.Cass.* 1978, 335 (verkort). Zie L. DEPELCHIN, *a.w.* 82-83). Ook de rechtspraak van het Europees Hof is in die zin (bv. Eur. Hof, Lawless, 14 november 1960, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 1 en De Wilde, Ooms en Versyp, 18 juni 1991, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 12. Zie J. VELU en R. ERGEC, *a.w.* 511). In het licht van artikel 7 EVRM en het autonome begrip van strafrechtelijke regels door dit Hof dient echter in de eerste plaats te worden gekeken naar de feitelijke effecten van de maatregel. Zeker het feit dat het om een vrijheidsberoving gaat, zou in bepaalde omstandigheden kunnen leiden tot de kwalificatie als strafsancie.

Ook vergoedingen en bijdragen die automatisch worden opgelegd bij bepaalde veroordelingen, worden niet als straffen beschouwd, maar onmiddellijk toegepast, met de veroordeling als aanknopingspunt.

Zo de veroordeling tot betaling van een vaste vergoeding voor elke criminele, correctionele of

politiezaak (Cass. 31 maart 1993, *Arr.Cass.* 1993, 346; 9 november 1994, *Arr.Cass.* 1994, 938) of de bijdrage tot de financiering van het Bijzonder Fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden (Cass. 9 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 724; 30 juni 1993, *Arr.Cass.* 1993, 647; 9 november 1994, *Arr.Cass.* 1994, 938; 8 oktober 1996, *Arr.Cass.* 1996, 881).

Ook de veroordeling tot betaling aan de RSZ van een vergoeding gelijk aan het drievoud van de bijdragen bedoeld in artikel 38 §§ 2 en 3 van de Wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers, heeft een vergoedend karakter en is geen straf. De rechter dient ambtshalve tot betaling van die bijdrage te veroordelen, telkens hij veroordeelt wegens overtreding van het KB nr. 51 van 23 oktober 1978 betreffende het bijhouden van sociale documenten, ongeacht de datum van de bewezen verklaarde feiten (Cass. 4 januari 1994, *Arr.Cass.* 1994, 6).

Hetzelfde geldt voor de veroordeling, bepaald in artikel 35, laatste lid, van de Programmawet van 6 juli 1989, van de werkgever en, in voorkomend geval, van de hoofdaannemer wat betreft de personen tewerkgesteld door de onderaannemer op de werf van de hoofdaannemer, bij niet-onderwerping van één of meer personen aan de toepassing van de wet tot betaling aan de RSZ, van een vergoeding gelijk aan het drievoud van de ontdoken bijdragen, zonder dat dit bedrag minder dan 51.000 fr per tewerkgestelde persoon en dit per maand of per fractie ervan, mag bedragen (Cass. 22 maart 1994, *Arr.Cass.* 1994, 294). De stelling van het Hof van Cassatie dat “derhalve” het “algemeen beginsel van retroactiviteit van de strafsancie” niet van toepassing is, dient wel te worden genuanceerd: de niet-retroactiviteit geldt ook in strafzaken als principe, zoals neergelegd in artikel 2 B.W., zij het dat een uitzonderingsregel wordt toegepast voor nieuwe, mildere strafwetten.

Daarentegen worden verbeurdverklaringen van vermogensvoordelen wel als straffen beschouwd, ondanks de opwerping dat zij naar aard meer weg hebben van een systeem van voordeelsontneming (C. VAN DEN WYNGAERT, *a.w.* 323-324 en R. VERSTRAETEN, *a.w.* 138). De verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen die verkregen zijn uit een misdrijf dat is gepleegd vóór de inwerkingtreding van de wet op grond waarvan de verbeurdverklaring wordt uitgesproken, is strijdig met artikel 2 Sw. (Cass. 23 november 1993, *Arr.Cass.* 1993, 979).

102 Wetten die op zich niet strafrechtelijk van aard zijn, maar wel gevolgen hebben voor de vaststelling van een misdrijf of een strafmaat, vallen voor die aspecten ook onder het stelsel van artikel 2 Sw. VERSTRAETEN geeft als voorbeelden de verlaging van de leeftijd van de burgerlijke meerderjarigheid tot achttien in plaats van eenentwintig jaar, wat gevolgen heeft voor de strafbaarstelling van zedenmisdrijven met minderjarigen of het in aanmerking nemen van verzwarende omstandigheden bij drugsmisdrijven gepleegd ten aanzien van minderjarigen (R. VERSTRAETEN, *a.w.* 142. Zie, voor andere voorbeelden, G. KNIGGE, *a.w.* 247).

§ 4. Uitzonderingen op het principe van retroactieve werking van de mildere strafwet

103 Eerder werd reeds opgemerkt dat de artikelen 100 Sw en 11, eerste lid BWHI in principe een afwijking van artikel 2, tweede lid Sw. mogelijk maken in bijzondere strafwetten, decreten, ordonnanties en verordeningen, maar dat dergelijke afwijking strijdig wordt geacht met artikel 15 BUPO (zie boven, nr. 92).

Voorheen maakte het tweede lid van artikel 100 Sw. zelf reeds een uitzondering op artikel 2, tweede lid Sw. De bepaling dat de toepassing van het eerste lid van artikel 100 Sw. niet zou kunnen leiden tot vermindering van geldstraffen, gesteld om de inning van fiscale rechten te verzekeren, bracht mee dat ook artikel 2, tweede lid Sw. geen toepassing kon vinden. Bij artikel 105 van de Wet van 4 augustus 1986 (*B.S.* 20 augustus 1986) werd dit tweede lid opgeheven, zij het dat de wetgever zich

niet zozeer bewust leek te zijn van het effect van die bepaling op de temporele werking van fiscale strafwetten en dus ook de vraag naar de overeenstemming daarvan met artikel 15 BUPO niet opwierp, maar vooral oog had voor de mogelijke toepassing van verzachtende omstandigheden (zie *Gedr.St. Senaat* 1985-86, 5, 310 en *Kamer*, 1985-86, 576).

Toch blijkt uit de rechtspraak dat nog meer uitzonderingen voorkomen op artikel 2, tweede lid Sw. Soms zijn die van meer technische aard en volgen ze uit het karakter van de beoordeling door het Hof van Cassatie, de niet-materieel-strafrechtelijke aard van de bepaling of uit de gevolgde wetgevingstechniek bij de opeenvolging van strafwetten. Meer vragen over de overeenstemming met artikel 15 BUPO rijzen bij de uitzonderingen die in de laatste randnummers van deze paragraaf worden besproken en die betrekking hebben op tijdelijke wetten, gelegenheidswetten, wegverkeersreglementen en uitvoeringsbesluiten. Voor deze beoordeling wordt verwezen naar titel III (zie verder, nr. 203).

104 Toepassing voor het Hof van Cassatie. Wanneer een nieuwe, mildere wet tot stand komt of de toegepaste strafwet wordt afgeschaft na een rechterlijke uitspraak in laatste aanleg, maar beroep wordt aangetekend bij het Hof van Cassatie, past het Hof de nieuwe wet niet toe (*Cass.* 2 mei 1932, *Pas.* 1932, I, 145 en 25 november 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 396, impliciet). Het acht dat inherent aan zijn taak van strikte wettelijkheidscontrole: het moet de arresten ten gronde beoordelen en meer bepaald nagaan of de wetten, die op het ogenblik van de rechterlijke uitspraak dienden te worden toegepast, inderdaad werden toegepast en op de juiste wijze (zie ook G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 28, L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *a.w.* 134 en R. VERSTRAETEN, *a.w.* 141).

Indien het arrest om een andere reden wordt verbroken, dient de rechter in beroep echter wel de nieuwe wet toe te passen in het voordeel van de verdachte. De kritiek in de rechtsleer grijpt die consequentie aan om de rechtspraak van het Hof van Cassatie af te wijzen als onlogisch en inopportuun: de toepassing van de nieuwe wet hangt dan af van de toevalligheid dat ook andere cassatiemiddelen aanwezig en gegrond blijken (zie P. ROUBIER, *a.w.* 507 en P.E. TROUSSE, *a.w.* 105. Vgl. ook G. KNIGGE, *a.w.* 622. Kritisch ook G. SCHUIND, *a.w.* 58-59).

Een uitzondering op de regel dat het Hof van Cassatie zijn wettigheidstoezicht slechts kan uitoefenen rekening houdende met de wetten die golden op het ogenblik waarop de aan hem voorgelegde beslissing werd genomen, wordt nochtans wel aanvaard in geval van een legislatieve validatie, waarbij de wetgever een zaak beïnvloedt door middel van een wet met terugwerkende kracht (*Cass.* 8 september 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 31). Onduidelijk is waarom het Hof in deze gevallen niet meer het onderscheid maakt tussen enerzijds de inwerkingtreding en tegenwerpelijkheid van de nieuwe wet op het ogenblik waarop de rechter in laatste aanleg besliste, en anderzijds de temporele werking van de wet. Ofwel vindt het Hof dat wetten die pas tijdens de procedure in cassatie in werking zijn getreden voor hem kunnen worden ingeroepen op voorwaarde dat ze terugwerken tot de periode waarin de zaak in beroep werd behandeld, maar dan geldt dat ook voor strafwetten die terugwerken voor zover ze gunstiger zijn. Ofwel vindt het Hof dat enkel wetten die gelding hadden op het ogenblik waarop in laatste aanleg werd beslist voor hem

kunnen worden ingeroepen, maar dan geldt dat ook voor alle retroactieve wetten.

105 Niet-materieelrechtelijke bepalingen. De strafrechtelijke overgangsprincipes hebben enkel betrekking op het materiële recht (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 29. Kritisch: G. LEVASSEUR, *a.w.* 206 e.v.). Voor het bepalen van het bevoegde rechtscollege en de strafprocedure gelden dezelfde overgangsregels als voor de burgerlijke rechtspleging, zoals neergelegd in artikel 3 Ger.W. (Cass. 24 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 477 en 16 oktober 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 206; zie bij dit laatste arrest de noot van LECLERCQ, *Rev.dr.pén.* 1986, 410-414). De nieuwe wet is dan onmiddellijk van toepassing, ook als dat de verdachte minder voordelig zou uitkomen. Ook de wijze waarop misdrijven dienen te worden vastgesteld, wordt geregeld door de ten tijde van de vaststelling vigerende wetgeving (Cass. 16 juni 1975, *Arr.Cass.* 1975, 1096; 7 september 1994, *Arr.Cass.* 1994, 705).

Omgekeerd kunnen de strafrechtelijke principes van overgangsrecht ook de toepasselijke bevoegdheids- en procedureregels beïnvloeden. Een mildering van de wettelijk bepaalde straf bv. kan ertoe leiden dat een ander rechtscollege bevoegd wordt (G. CLOSSET-MARCHAL, G., *a.w.* 29).

Ook de verjaring van de strafvordering wordt louter procedureel benaderd (R. VERSTRAETEN, R., *a.w.* 139. Zie Cass. 7 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1120; 10 september 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 30; 10 december 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 391; 25 november 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 421; 9 december 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 497. Kritisch: G. LEVASSEUR, *a.w.* 220 e.v.). De problematiek van de verjaringstermijnen wordt verder afzonderlijk behandeld (zie verder, afdeling V).

106 Vervangende wetten. In principe kan iemand niet meer worden vervolgd of veroordeeld voor feiten die een misdrijf uitmaakten op het ogenblik waarop ze werden gepleegd, wanneer deze strafwet nadien wordt opgeheven.

De precies gehanteerde wetgevingstechniek speelt echter een minder grote rol. Wat de rechter in werkelijkheid dient na te kijken, is of de feiten onder zowel de wetgeving van toepassing op het ogenblik van de feiten, als deze van toepassing op het ogenblik van het vonnis, een misdrijf uitmaken. Wanneer een nieuwe strafwet de oude opheft en vervangt, maar dezelfde feiten onder beide wetten worden strafbaargesteld, blijven de feiten als misdrijf strafbaar (Cass. 24 januari 1966, *Pas.* 1966, I, 661; 21 november 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 391; 7 november 1995, *Arr.Cass.* 1995, 974. Zie ook J. CONSTANT, *a.w.* 55, G. SCHUIND, *a.w.* 87, B. SPRIET, *a.w.* 351, O. VANDEMEULEBROEKE, *a.w.* 166, C. VAN DEN WYNGAERT, *a.w.* 91 en R. VERSTRAETEN, *a.w.* 137).

107 Het ongewijzigd inzicht over de strafbaarheid op een bepaald moment. Tijdelijke wetten, gelegenheidswetten en wegverkeersreglementen.

Volgens het Hof van Cassatie is artikel 2, tweede lid Sw. enkel van toepassing op een nieuwe wet die de strafbaarstelling opheft, wanneer de wetgever duidelijk het inzicht heeft gehad zowel voor het verleden als voor de toekomst van de bestrafing af te zien (Cass. 12 juni 1922, *Pas.* 1922, I, 204). Indien de strafbaarstelling niet is gewijzigd, blijft voor het bepalen van de strafmaat artikel 2, tweede lid Sw.

wel gelden (Cass. 12 december 1955, *Arr.Cass.* 1956, 288). Dat inzicht is volgens het Hof niet aanwezig in het geval van tijdelijke wetten en gelegenheidswetten (Cass. 12 juni 1922, *Pas.* 1922, I, 204; 20 februari 1961, *Pas.* 1961, I, 662; 29 april 1969, *Pas.* 1969, I, 769. Zie L. DEPELCHIN, *a.w.* 76 e.v., P. ROUBIER, *a.w.* 481 e.v., J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 147, P.E. TROUSSE, *a.w.* 102 e.v., O. VANDEMEULEBROEKE, *a.w.* en C. VAN DEN WYNGAERT, *a.w.* 91-92).

LEVASSEUR (*a.w.* 203-204) baseert dat op zijn stelling dat het principe van niet-retroactiviteit zou voortvloeien uit het legaliteitsbeginsel, dat op zijn beurt is geïnspireerd door zowel de bescherming van het individu als van de maatschappij. Om die laatste reden kan de niet-toepassing van de uitzonderingsregel gewenst zijn. De rechter stelt dan vast dat een technische wijziging niet op een wijziging van het strafrechtelijk beleid is gegrond.

Het gaat dan om wetten, die het strafrechtelijk regime voor bepaalde feiten situeren in een bepaald tijdvak (tijdelijke wetten) of in de context van bepaalde omstandigheden zoals een oorlogssituatie of een economische crisis (gelegenheidswetten). Dergelijke wetten moeten steeds worden toegepast voor feiten die zich in die periode voordeden, ook indien later, door wijziging van de omstandigheden, de feiten worden gedepenaliseerd.

De *ratio legis* van de uitzonderingsregel, volgens dewelke de nieuwe wet dient te worden toegepast indien die milder is, bestaat erin dat de repressie door de staat niet groter mag zijn dan de staat noodzakelijk acht op het ogenblik van de bestraffing. Die *ratio* geldt niet in deze gevallen. Het strafrechtelijk stelsel is immers toegespitst op een welbepaalde periode of welbepaalde omstandigheden, die precies maken dat bepaalde feiten een bijzonder, ernstig karakter krijgen. De mildering na die bepaalde periode wordt niet geïnspireerd door een nieuw inzicht over de ernst van de feiten, maar door het feit dat de bijzondere omstandigheden of crisissituatie voorbij zijn (*vgl.*, in Nederland, over de vereiste van het gewijzigd inzicht van de wetgever als voorwaarde voor de toepassing van de nieuwe, mildere wet, H. KNIGGE, *a.w.* 423 e.v.). Zij doet dus niets af aan de ernst van de feiten die zijn gepleegd in die periode, ook als de vervolging daarvan niet volledig is afgewikkeld binnen de periode waarin de betrokken wet van kracht is. Aangezien het om wetten gaat die in de tijd beperkt zijn, zou de vereiste dat zij ook op het ogenblik van de veroordeling van kracht moeten zijn en derhalve dat de vervolging geheel wordt afgewikkeld binnen die beperkte tijdsperiode, de bestraffing van deze feiten in de praktijk onmogelijk maken (aldus C. VAN DEN WYNGAERT, *a.w.* 91).

Ook op wegverkeersreglementen, die als doel hebben een zo geordend en veilig mogelijk verkeer te verzekeren, is artikel 2, tweede lid Sw. niet van toepassing (o.m. Cass. 29 februari 1932, *Pas.* 1932, I, 87; 4 juli 1932, *Pas.* 1932, I, 222; 12 december 1955, *Arr.Cass.* 1956, 288; 22 november 1976, *Arr.Cass.* 1977, 322. Zie L. DEPELCHIN, *a.w.* 75 e.v. *Anders:* Cass. 10 oktober 1910, *Pas.* 1910, I, 437; 19 december 1910, *Pas.* 1911, I, 53; 18 januari 1926, *Pas.* I, 1926).

Ook hier wordt als rechtvaardiging ingeroepen dat het inzicht van de regelgever over de strafbaarheid van een feit, in het verleden gepleegd, niet is gewijzigd (J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 150-151 en P.E. TROUSSE, *a.w.* 104. Kritisch omdat dit neerkomt op een omkering van de algemene regel van art. 2, tweede lid

Sw. tot de uitzondering: J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 148). Zo wijst bv. een wijziging van de voorrangsregels weliswaar op een gewijzigd inzicht over hoe het verkeer op een bepaalde weg op de meest ordelijke en veilige wijze verloopt, maar dit verhindert niet dat het niet-respecteren door één van de verkeersdeelnemers van de verkeersregels die op een gegeven moment gelden, wél gevaarlijk is (zie G. KNIGGE, *a.w.* 479 en J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 151).

Zo bv. indien een uitvoeringsbesluit de maximumsnelheid op een openbare weg verhoogt van 50 naar 70 km/u: wie op het ogenblik van het oude besluit 65 km/u reed, is strafbaar, ook indien de bestuurder nog 5 km/u onder de maximumlimiet lag van kracht op het ogenblik waarop het vonnis wordt uitgesproken (Cass. 21 februari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 199).

108 Uitvoeringsbesluiten. Artikel 2, tweede lid Sw. vindt, aldus het Hof van Cassatie, evenmin toepassing wanneer een vroeger uitvoeringsbesluit wordt vervangen door een later besluit dat werd genomen in uitvoering van dezelfde wet als de eerste, zonder dat de wet zelf werd gewijzigd (vaste rechtspraak, zie o.m. Cass. 4 juli 1932, *Pas.* 1932, I; 18 februari 1935, *Pas.* 1935, I; 29 oktober 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 279; 10 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 326; 27 mei 1992, *Rev.dr.pén.* 1992, 875; 12 februari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 199. *Anders:* Cass. 10 oktober 1910, *Pas.* 1910, I, 437; 19 december 1910, *Pas.* 1911, I, 53; 18 januari 1926, *Pas.* 1926, I, 180; 17 april 1961, *Pas.* 1961, I, 875).

De toepasselijke regelgeving is steeds het op het ogenblik van de feiten geldende besluit. Feiten die, ingevolge het vroegere besluit, strafbaar waren ten tijde waarop ze werden gepleegd, blijven strafbaar, zelfs indien ze ingevolge het latere besluit, genomen in uitvoering van dezelfde wet die niet werd gewijzigd, ten tijde van het vonnis geen strafbaar feit meer opleveren. Vaak gaat het dan om verkeersreglementen, die reeds onder het vorige randnummer worden gevat. Steeds vaker betreft het echter uitvoeringsbesluiten die ook bv. socio-economische misdrijven omschrijven en op basis van “blanco-strafwetten” worden gesteld.

109 De praktijk van de “blanco-strafwetten”, die de strafbaarstelling en een strafmaat vaststellen voor elke overtreding van uitvoeringsbesluiten, die later nog kunnen worden vastgesteld, is alleszins laakbaar vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel (zie R. VERSTRAETEN, *a.w.* 127 en verdere verwijzingen aldaar). De vraag of artikel 2, tweede lid Sw. hierop al dan niet moet worden toegepast, vormt een bijkomend probleem.

Als rechtvaardiging voor de niet-toepassing van het latere, mildere besluit wordt verwezen naar het essentieel tijdelijk karakter van de uitvoerende regelgeving. Besluiten ter uitvoering van blanco-strafwetten worden per definitie beschouwd als tijdelijke of gelegenheidswetten.

Dit regime van de uitvoeringsbesluiten werd het meest uitvoerig bekritiseerd door SPRIET (“Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel”, *a.w.* 362 e.v. en “Retroactiviteit in het strafrecht”, *t.a.p.* 154 e.v.), volgens wie het Hof van Cassatie op meer algemene wijze uitvoeringsbesluiten onttrekt aan artikel 2, tweede lid Sw., meestal zonder verwijzing naar hun tijdelijk of gelegenheidskarakter (met uitzondering van Cass. 17 april 1961, *Pas.* 1961, I, 875). Zijn grootste bezwaar is dat de uitzonderings-

regel in grote mate wordt uitgehold, omdat de techniek van de blanco-strafwetgeving in steeds meer onderdelen van het Belgisch bijzonder strafrecht wordt gehanteerd (B. SPRIET, "Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel", *a.w.* 362-363, die verwijst naar met name het economisch, sociaal, milieu-, verkeers- en transportrecht). De constitutieve bestanddelen van het misdrijf zijn dan niet alle in de wet terug te vinden, maar worden vastgelegd in uitvoeringsbesluiten, zodat het normale strafrechtelijk overgangsregime dient te worden toegepast (*t.a.p.* 368).

Alleszins kan worden ingestemd met SPRIET, waar hij stelt dat de loutere aard van een uitvoeringsbesluit, niet wijst op een essentieel tijdelijk karakter dat een noodzakelijke gelijkstelling met tijdelijke en gelegenheidswetten zou inhouden (*t.a.p.* 370). Ook formele wetgeving kan aan frequente wijzigingen onderhevig zijn – de fiscale wetgeving is hiervoor het voorbeeld bij uitstek. De mogelijkheid tot aanpassing van regelgeving aan nieuwe omstandigheden maakt de essentie uit van de normerende bevoegdheid van elke regelgever. De regeling bij besluiten laat een grotere flexibiliteit toe, maar dat impliceert nog niet dat deze regelgeving ook specifiek voor die bepaalde periode werd ontworpen, zonder dat latere, retroactieve regelgeving daaraan afbreuk zou kunnen doen. Met de auteur kan dan ook worden gesteld dat in principe artikel 2, tweede lid Sw. ook dient te worden toegepast op uitvoeringsbesluiten die het misdrijf mee omschrijven, tenzij duidelijk blijkt dat het besluit een essentieel tijdelijk, politieel of gelegenheidskarakter heeft (*t.a.p.* 370-371). Ook VERSTRAETEN (*a.w.* 143) is een dergelijk standpunt genegen.

AFDELING III

PROCESRECHT

110 Artikel 3 Ger.W. luidt: "De wetten op de rechterlijke organisatie, de bevoegdheid en de rechtspleging zijn van toepassing op de hangende rechtsgedingen, zonder dat die worden onttrokken aan de instantie van het gerecht waarvoor zij op geldende wijze aanhangig zijn, en behoudens de uitzonderingen bij de wet bepaald". Volgens het Arbitragehof en de Raad van State is dit de neerlegging van een algemeen beginsel (zie eveneens de concl. Eerste Adv.Gen. MAHAUX bij Cass. 10 februari 1972, *Pas.* 1972, I, 535), dat ook moet worden toegepast op administratieve rechtscolleges (Arbitragehof nr. 37/93, 19 mei 1993, *B.S.* 6 september 1993, R.v.St. Babylon, nr. 47.474, 17 mei 1994 en Plaetinck, nr. 69.324, 3 november 1997).

In het verleden werd de toepassing van dergelijke wetten op hangende gedingen als een retroactieve werking beschouwd (zie de Memorie van Toelichting, *Gedr.St.* Senaat, 1963-64, 60, IV en het verslag van Van Reepinghen, *t.a.p.* p. 18. Hierover G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 74, A. DUSQUESNE, *a.w.* 1969, 1 en 4 en P. VANLERSBERGHE, "Ger.W. Art. 3" in *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 3. Zie, voor Frankrijk, ook P. ROUBIER, *a.w.* 542 e.v.).

Deze kwalificatie was echter te wijten aan de invloed van de leer van de verkregen rechten. Als aanknopingspunt voor een onmiddellijke werking werd verwezen naar

het moment waarop de procedure werd aangevat. Volgens een eerste stelling was de retroactiviteit een principe van overgangsrecht, voor zover daarmee geen verkregen rechten werden geschonden, en konden met betrekking tot procesrechtelijke regels geen verkregen rechten worden ingeroepen (hierover A. DUSQUESNE, *a.w.* 1 en P. ROUBIER, *a.w.* 543 e.v.). Volgens een andere stelling was het recht op afhandeling van de zaak volgens de geldende regelgeving verkregen vanaf het moment waarop de procedure werd aangevat, maar omdat wetten met betrekking tot de gerechtelijke organisatie, de bevoegdheid en de procedure (meestal) van openbare orde zijn, kon met deze verkregen rechten geen rekening worden gehouden (zie G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 74 e.v.).

Nu wordt niet meer betwijfeld dat artikel 3 Ger.W. slechts het principe van de onmiddellijke werking herhaalt (o.m. G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 74 e.v., P. DUQUESNE, *a.w.* 4, P. VAN LERSBERGHE, *a.w.* 5-6. Eveneens concl. Eerste Adv.Gen. MAHAUX, *a.w.* 535 en concl. Proc.Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *a.w.* 157. Zie ook Arbitragehof nr. 37/93, 19 mei 1993, *B.S.* 6 september 1993). Dat principe wordt, luidens het tweede deel van artikel 3 Ger.W., slechts genuanceerd wanneer het effect daarvan zou zijn dat de zaak wordt onttrokken aan de instantie van het gerecht waarvoor ze op geldige wijze werd aanhangig gemaakt. In dat geval geldt een uitgestelde werking.

De belangrijkste moeilijkheden betreffen het precieze aanknopingspunt, evenals het toepassingsgebied van de uitzonderingen waarvoor een uitgestelde werking geldt.

§ 1. Principe van de onmiddellijke werking

111 De wetten op de rechterlijke organisatie, de bevoegdheid en de rechtspleging zijn in principe van toepassing op de hangende rechtsgedingen. De notie "hangend rechtsgeding" moet aldus worden begrepen dat het geding een aanvang neemt met de inleiding van de eis en eindigt met de over deze eis, in die aanleg gewezen beslissing (in die zin Cass. 10 februari 1972, *Arr.Cass.* 1972, 536 en Cass. 27 oktober 1977, *Arr.Cass.* 1978, 266).

112 **Proceshandelingen.** Een nuancering van het aanknopingspunt bestaat hierin, dat binnen het hangende geding nog een onderscheid moet worden gemaakt tussen de verschillende proceshandelingen die worden gesteld. De wetten inzake de rechtspleging gelden binnen het hangende geding maar voor deze proceshandelingen die worden gesteld na hun inwerkingtreding. Een nieuwe wet, hoewel zij vanaf haar inwerkingtreding van toepassing is op hangende rechtsgedingen, tast, behoudens andersluidende bepaling, de geldigheid niet aan van de onder de vroegere wet verrichte handelingen en heft niet de nietigheid of het verval op van de proceshandelingen die, volgens die vroegere wet, nietig of tardief waren (vaste rechtspraak, o.m. Cass. 17 juni 1971, *Arr.Cass.* 1971, 1047; 10 februari 1972, *Arr.Cass.* 1972, 536; 22 november 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 413; 29 april 1993, *Arr.Cass.* 1993, 417. *Anders:* C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, Brussel, Larcier, 1974, I, 20 wanneer nog geen uitspraak werd gedaan over de betwiste geldigheid van de rechts-

handeling). Ook in het publiek procesrecht stelt het Arbitragehof dat “de ontvankelijkheid *ratione temporis* moet worden beoordeeld in het licht van de wet die van kracht was bij de indiening van het verzoekschrift” (Arbitragehof, nr. 7, 20 december 1985, *B.S.* 21 januari 1986 en nr. 8, 22 januari 1986, *B.S.* 8 februari 1986).

Bijvoorbeeld. Volgens de oude regeling van artikel 1273 Ger.W. moest een hoger beroep binnen acht dagen ter kennis worden gebracht van de rechtbank die de bestreden beslissing had gewezen. Die regel was nog van kracht op 24 december 1987, toen eiseres haar verzoekschrift tot hoger beroep indiende. Ook al werd artikel 1273 Ger.W. vervolgens opgeheven, toch stelde de rechter in beroep terecht vast dat het beroep onontvankelijk was bij gebreke van dergelijke kennisgeving binnen de wettelijke termijn (Cass. 29 april 1993, *Arr.Cass.* 1993, 417).

Een verwittiging tot toepassing van artikel 751 Ger.W. wordt op 30 december 1992 betekend overeenkomstig het artikel 751 Ger.W. zoals dat op dat moment luidt. De Wet van 3 augustus 1992 wijzigt die bepaling met inwerkingtreding op 1 januari 1993 in die zin dat nu een termijn van twee maanden na de verwittiging wordt verleend om conclusies neer te leggen en dat de terechtzitting voor het uitspreken van een op tegenspraak geacht vonnis ten vroegste één en uiterlijk twee maanden na het verstrijken van de termijn voor het neerleggen van de conclusies kan plaatsvinden. Voor vonnissen die worden uitgesproken vóór 1 januari 1993 geldt de oude versie van artikel 751 Ger.W. Een vonnis dat na die datum wordt uitgesproken schendt artikel 751 Ger.W. wanneer het zoals op tegenspraak wordt gewezen zonder de nieuwe termijnen in acht te nemen (Cass. 23 december 1993, *Arr.Cass.* 1993, 1110).

Wanneer een proceshandeling nietig of vervallen was onder gelding van een oude wet op de rechtspleging, moet de rechter dus ook onder de nieuwe regeling de nietigheid of het verval ervan vaststellen. Wanneer de rechter dat nalaat, heeft men echter geen belang meer bij het in cassatie inroepen van de schending van de inmiddels opgeheven wet, omdat de nieuwe wet wel van toepassing zou zijn voor de beroepsinstantie waarnaar zou worden verwezen (Cass. 5 januari 1948, *Pas.* 1948, I, 16; 27 april 1987, *Pas.* 1987, 999; 18 januari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 66).

Tegen het arrest van het Arbeidshof van Brussel van 12 december 1984 wordt ingeroepen, dat de verplichting tot mededeling aan het Openbaar ministerie van een vordering die laat blijken van een overtreding van de wetten en besluiten betreffende de arbeidsreglementering en de aangelegenheden onder de bevoegdheid van het arbeidsgerecht, niet werd nageleefd. De Wet van 6 november 1986, op 6 december 1986 in werking getreden, schrapte deze verplichting. Dit is een Wet op de rechtspleging in de zin van artikel 3 Ger.W., zij is dus van toepassing op de hangende rechtsgedingen. Ook al werd het middel aangenomen, zou de rechter naar wie de zaak is verwezen, dan ook moeten oordelen dat het niet meedelen van de zaak aan het openbaar ministerie regelmatig is. Het middel is daarom niet ontvankelijk wegens gebrek aan belang (Cass. 18 januari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 66. Zie over dergelijk verlies aan belang ook J. LAENENS en K. BROECKX, “Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling”, *R.W.* 1992-93, 932).

113 Bewijs. Aangenomen wordt dat ook de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen, de bewijswaarde en de bewijsprocedure procedureregels zijn, zodat de behandeling van het bewijs bij de rechter als aanknopingspunt geldt (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 205-206, P. VANLERSBERGHE, *a.w.* 24-25. *Anders:* R. DE CORTE, “Intertemporaal recht en het Gerechtelijk Wetboek”, *R.W.* 1970-71, volgens wie de bewijslastregeling tot het materieel recht behoort, zodat de te bewijzen rechtshandeling als aanknopingspunt geldt; zie ook P. ROUBIER, *a.w.* 230 en 239 e.v.).

Een eerste uitzondering geldt voor preconstitutieve bewijsmiddelen, waarvoor de

te bewijzen rechtshandeling als aanknopingspunt geldt, omdat de wetgever deze bewijsmiddelen op dat ogenblik vereiste precies om latere bewijsproblemen te voorkomen. Een tweede uitzondering wordt geformuleerd voor wettelijke vermoedens, omdat die uit de wet volgen (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 206 en P. VANLERSBERGHE, *a.w.* 24. Zie ook P. ROUBIER, *a.w.* 234 e.v. en 561). De eerste uitzondering is verdedigbaar omdat uit de *ratio* van preconstitutieve bewijsmiddelen volgt dat hun regeling niet louter procedureel is. De tweede uitzondering is moeilijker te volgen. Ze steunt op het feit dat het vermoeden voortkwam uit een bepaalde waardering volgens de oude rechtsregel, maar de verschillende waardering van een rechtsfeit of -situatie door een latere rechtsregel maakt precies de kern uit van het probleem van de conflicten van wetten in de tijd.

114 Toelaatbaarheid van het beroep en beroepstermijnen. Onenigheid bestaat over het precieze aanknopingspunt wanneer het gaat om een wet die de toelaatbaarheid en de termijnen van een beroep bepaalt. De keuze hangt af van de stelling die men inneemt ten aanzien van het wezen van het beroep. Indien men van oordeel is dat het beroep een kwalificatie uitmaakt van het vonnis zelf (zie K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, 115 en 116, A. DUQUESNE, *a.w.* 3, P. ROUBIER, *a.w.* 564 en J. VAN COMPERNOLLE, "Examen de jurisprudence (1971 à 1985). Les voies de recours", *R.C.J.B.* 1987, 115), geldt de uitspraak van dat vonnis als aanknopingspunt. Indien men daarentegen van oordeel is dat het beroep op zichzelf staat, geldt de inleiding van het beroep als aanknopingspunt.

De meerderheidsstelling in rechtspraak en rechtsleer neemt de dag waarop het vonnis wordt uitgesproken als aanknopingspunt wat de toelaatbaarheid van het beroep betreft (o.m. Cass. 18 oktober 1963, *Pas.* 1964, I, 180; 10 februari 1972, *Arr.Cass.* 1972, 536; 27 oktober 1977, *Arr.Cass.* 1978, 266; 24 januari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 686. Zie F. AMERIJCKX, *a.w.* 17, C. CAMBIER, *a.w.* I, 21, J. LAENENS, "Wijziging van de wetgeving inzake de rechtsmiddelen tegen scheidsrechterlijke uitspraken", *R.W.* 1977-78, 2666 en "De bevoegdheid ratione summae en de aanleg", *R.W.* 1979-80, 1400, J. LAENENS en K. BROECKX, *a.w.* 932 en P. VANLERSBERGHE, *a.w.* 25 en de concl. Proc.Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *a.w.* 158 en Eerste Adv.Gen. MAHAUX, *a.w.* 534. Zie eveneens de rechtspraak en rechtsleer geciteerd door G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 214-215 en "Toepassing van de wet in de tijd", in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, Interuniversitair centrum voor gerechtelijk recht, Antwerpen, Kluwer, 41 en door J. VAN COMPERNOLLE, *a.w.* 115-116, die zelf deze stelling niet volgen).

De dag van uitspraak, en niet de dag van betekening wordt in aanmerking genomen, omdat het tweede aanknopingspunt minder met de kwaliteit van het vonnis dan wel met de rechten van de tegenpartij heeft te maken (zie de verwijzingen bij G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 219).

Dat betekent dat wanneer een nieuwe wet de beroepsmogelijkheid tegen een bepaalde categorie van vonnissen opheft, nog beroep kan worden aangetekend overeenkomstig de oude regeling tegen vonnissen gewezen vóór de inwerkingtreding van die wet, maar niet meer tegen vonnissen gewezen nadien, ook als de akte van

rechtsingang dateert van vóór die datum (Cass. 10 maart 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 850). Omgekeerd geldt ook een nieuwe wet die een beroepsmogelijkheid tegen een bepaalde categorie van vonnissen opent, enkel ten aanzien van vonnissen die worden gewezen nà haar inwerkingtreding (o.m. Cass. 18 oktober 1963, *Pas.* 1964, I, 180 en 10 februari 1972, *Arr.Cass.* 1972, 536; zie ook de conclusie van Eerste Adv.Gen. MAHAUX, *a.w.* 536).

115 Wat de beroepstermijn betreft, zou dezelfde redenering moeten worden gevolgd. Indien men van oordeel is dat het recht op beroep wezenlijk deel uitmaakt van het vonnis, geldt dit zowel voor de toelaatbaarheid van het beroep als de termijn waarbinnen het dient te worden ingesteld. Volgens het Hof van Cassatie raakt de termijn gesteld voor de uitoefening van een rechtsmiddel de grond van dit rechtsmiddel en kan ze daarvan niet worden afgezonderd (Cass. 5 maart 1971, *Arr.Cass.* 1971, 647).

In dat geval geldt de termijn die van toepassing was op het ogenblik waarop het vonnis werd uitgesproken (Cass. 5 maart 1971, *Arr.Cass.* 1971, 647; 27 oktober 1977, *Arr.Cass.* 1978, 266; 24 januari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 686. Zie ook K. BROECKX, *a.w.* 230 en J. LAENENS, "Wijziging van de wetgeving inzake de rechtsmiddelen tegen scheidsrechterlijke uitspraken", *a.w.* 2666).

Latere arresten van het Hof van Cassatie nemen echter de inleiding van het beroep als aanknopingspunt (Cass. 27 april 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1031 ivm. de termijn voor hoger beroep; Cass. 27 april 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1028, ivm. de termijnen voor cassatie – i.c. blijkt echter uit de parlementaire voorbereidingen dat het de bedoeling van de wetgever was de nieuwe termijnen enkel toepasselijk te maken voor de vonnissen en arresten die na het inwerkingtreden van de nieuwe wet zouden worden gewezen).

Deze rechtspraak wordt gesteund door de rechtsleer die in de beroepstermijn slechts een procedurewet ziet, die de uitoefening van het rechtsmiddel moduleert (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 225, R. DE CORTE, *a.w.* 396 en J. VAN COMPERNOLLE, *a.w.* 116. Vgl. ook C. CAMBIER, *a.w.* 21). Wanneer echter op het ogenblik van de uitspraak van het vonnis een kortere beroepstermijn gold en het vonnis aldus reeds in kracht van gewijsde is getreden voordat een nieuwe, langere termijn in werking trad, kan de nieuwe termijn geen toepassing vinden, ook al werd het beroep ingesteld na de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Geen wet mag immers terugkomen op een in kracht van gewijsde gegane beslissing (Cass. 27 april 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1028; 27 april 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1031). Dat leidt tot een complexe oplossing, waarbij voor een verkorting van de termijn de inleiding van het beroep als aanknopingspunt geldt, maar voor een verlenging van de termijn, naar gelang van het tijdstip waarop het beroep wordt ingeleid – voor of nadat de vroegere termijn was verstreken –, de ene keer de inleiding van het beroep, de andere keer de uitspraak van het vonnis als aanknopingspunt wordt genomen. Een meer consequente oplossing zou zijn, als aanknopingspunt het lopend-zijn (en dus nog niet verstreken-zijn) van de termijn volgens de oude wet te nemen, maar met behoud van de betekening van het vonnis als beginpunt voor de berekening van de termijn.

DUSQUESNE (*a.w.* 4) lijkt deze laatste oplossing voor te houden. Hij verduidelijkt dat de termijn echter ten vroegste eindigt vanaf de inwerkingtreding van de wet, zodat beroepen die eerder zijn ingesteld, binnen de oude termijn maar buiten de nieuw bepaalde termijn, toch geldig blijven.

Het omgekeerde zou nochtans niet, zoals de auteur stelt, een retroactieve toepassing van de wet uitmaken. Het resultaat wordt bekomen doordat de geldigheid van het beroep wordt beoordeeld op het ogenblik dat het wordt ingesteld, en op dat moment was de nieuwe wet nog niet in werking, zodat ze ook niet kon worden ingeroepen.

116 Een ander bezwaar tegen de tweede oplossing is dat de persoon wordt verrast, die zijn beroep voorbereidt vanaf de uitspraak van het vonnis en rekening houdende met de op dat moment geldende termijn, maar opeens wordt geconfronteerd met een nieuwe wet die de termijnen inkort en zo elke beroepsmogelijkheid afsluit. De *ratio* van de beroepstermijn ligt nochtans hierin, naast het begunstigen van een snelle rechtspleging, elkeen toe te laten zijn verdediging te organiseren (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 226). Toch wordt hiervoor geen uitzondering op het aanknopingspunt aanvaard, maar wordt verwezen naar de wetgever die uitdrukkelijk dient te voorzien in overgangsmaatregelen (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 230).

DE CORTE lost dit op door de nieuwe termijn te laten lopen vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Op die wijze kunnen partijen niet worden verrast door een verkorting van de beroepstermijn (R. DE CORTE, *a.w.* 406). Zijn overweging dat het aannemen van de betekening van het vonnis als uitgangspunt voor de termijn een retroactiviteit zou impliceren wanneer die betekening vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet gebeurde, kan echter niet worden gevolgd. Wanneer de inleiding van het beroep als aanknopingspunt wordt genomen, geldt dat ongeacht het moment waarop het feit zich voordeed dat als beginpunt dient voor de berekening van de termijn. Wanneer daarentegen de betekening van het vonnis als uitgangspunt wordt genomen, geldt dat zowel voor een verkorting als een verlenging van de termijn.

117 In twee arresten die dateren van vóór het artikel 3 Ger.W., heeft het Hof van Cassatie – in afwijking van zijn latere, vaste rechtspraak – de inleiding van het beroep ook met betrekking tot de toelaatbaarheid van het beroep als aanknopingspunt genomen (Cass. 30 december 1918, *Pas.* 1919, 47 en 18 februari 1937, *Pas.* 1937, 63, m.b.t. de afschaffing van het Cassatieberoep tegen bepaalde categorieën van beslissingen). Een minderheid in de rechtsleer acht dat de juiste toepassing van artikel 3 Ger.W., omdat de toelaatbaarheid van het beroep slechts een procedurewet zou zijn die de voorwaarden bepaalt waaronder het gerecht wordt gevat en zijn werk vervolledigt (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 225, R. DE CORTE, *a.w.* 396 en J. VAN COMPERNOLLE, *a.w.* 116).

De oplossing van het wettenconflict vertoont dan een gelijkaardige complexiteit als die voor de beroepstermijnen. Een wet die een beroepsmogelijkheid opheft, is van toepassing op alle beroepen die na haar inwerkingtreding nog zouden worden ingeleid, zodat deze onontvankelijk moeten worden verklaard ook als het vonnis was uitgesproken vóór haar inwerkingtreding. Een wet die een beroepsmogelijkheid opent, zou echter niet meer kunnen worden toegepast, omdat het vonnis dan in kracht van gewijsde was getreden en wetten niet meer kunnen terugkomen op in kracht van gewijsde gegane rechtsbeslissingen (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 225-226. Zie ook A. DUSQUESNE, *a.w.* 5).

Volgens deze overgangsregeling geldt voor wetten die een beroepsmogelijkheid openen, het uitspreken van het vonnis als aanknopingspunt, terwijl voor wetten die haar afschaffen, het inleiden van het beroep als aanknopingspunt geldt. Zo wordt toegegeven dat de rechtskracht van het vonnis toch wel enige betekenis heeft voor de toelaatbaarheid van het beroep.

118 De keuze van een aanknopingspunt voor het bepalen van de temporeel toepasselijke wet is in se een louter technische aangelegenheid. Indien de wetgever niet zelf aanwijzingen heeft gegeven, kan de interpretatie van dat aanknopingspunt wel gebeuren aan de hand van bepaalde criteria, zoals het in rechtsleer en rechtspraak als zwaartepunt van een rechtsverhouding aanvaarde rechtsfeit of de eerbiediging van bepaalde rechtsbeginselen. In dat geval kan de beoordeling van de temporele functie ook reeds een zekere rol spelen bij het bepalen ervan.

De oplossing inzake toegankelijkheid van het beroep, dat het uitspreken van het vonnis als uitgangspunt neemt, gaat uit van het criterium dat in een meerderheidsopvatting als zwaartepunt wordt ervaren en is in overeenstemming met de beginselen die de eerbiediging van de kracht van gewijsde, van het recht van verdediging en van het vertrouwen vereisen.

De oplossing die inzake beroepstermijnen al vaker wordt gevolgd, en die volgens een minderheid in de rechtsleer ook voor de toegankelijkheid van het beroep zou moeten gelden, leidt tot een complex resultaat. Het inleiden van het beroep geldt als principieel aanknopingspunt. Daarnaast wordt het uitspreken van het vonnis aangenomen als uitzonderlijk aanknopingspunt om in overeenstemming te blijven met de plicht tot eerbiediging van de kracht van gewijsde, maar het wordt aan de wetgever overgelaten uitdrukkelijk uitzonderingen te bepalen om in overeenstemming te komen met het recht van verdediging en het vertrouwensbeginsel. Onduidelijk is waarom in het ene geval de rechter reeds beginselconform kan optreden maar in het andere geval niet. Overigens is het niet zo dat de mogelijkheid dat een nieuwe wet afbreuk doet aan een in kracht van gewijsde beslissing, steeds en noodzakelijk onrechtmatig is, met name niet wanneer het geenszins de bedoeling was van de wetgever een welbepaalde rechterlijke beslissing te beïnvloeden maar de eventuele afbreuk slechts het gevolg is van een algemeen geldende hervorming (zie verder, titel III, hoofdstuk I, afdeling IV).

Het lijkt dan technisch gezien consequenter om ineens voor alle gevallen hetzelfde aanknopingspunt te kiezen dat bovendien de meest beginselconforme interpretatie biedt, met name de uitspraak van het vonnis. Ook indien geen overeenstemming bestaat over de vraag of de toelaatbaarheid van het beroep en de beroepstermijn essentieel deel uitmaken van het uitgesproken vonnis dan wel louter procedure-regels zijn voor de beroepsinstantie, en dus over het zwaartepunt van de rechtsverhouding, kan niet worden ontkend dat de uitspraak van het vonnis en daaraan verbonden het gezag en nadien de kracht van gewijsde reeds de toelaatbaarheid en de termijn van het beroep beïnvloeden. De geformuleerde uitzonderingen, die toch doen terugrijpen naar het vonnis als aanknopingspunt, tonen dat aan. De tegenwerping dat de keuze van de uitspraak van het vonnis als aanknopingspunt berust op een "restant van de oude leer van de verkregen rechten" (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 230) verhindert niet om vast te houden aan die keuze. De leer van de verkregen rechten dient te worden afgewezen als principiële invalshoek voor het bepalen van het temporele toepassingsgebied van een rechtsregel, omdat ze niet helpt de precieze temporele functie te bepalen en de vaststelling van een temporele functie verwacht met de beoordeling ervan. Dat belet niet dat de verkregen rechten nog een aanzienlijke rol spelen in het Belgische recht en minstens in

gerelativeerde rol nog een nuttige bijdrage kunnen leveren (zie verder, nr. 304) – bv. als één van de criteria bij de interpretatie van het aanknopingspunt.

119 Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens maakt een onderscheid tussen enerzijds de vaststelling van het temporele toepassingsgebied en anderzijds de beoordeling daarvan. Het wijst erop dat de keuze van het aanknopingspunt voor de onmiddellijke werking van een wet een aangelegenheid is van de nationale wetgever en rechter. Het Hof kan wel de keuze van dit aanknopingspunt beoordelen in het licht van de artikelen van het EVRM. Dat door tussenkomst van een nieuwe wet, ook nadat het vonnis is gewezen, een beroep niet langer mogelijk is, is niet noodzakelijk strijdig met het vereiste van toegang tot de rechter, neergelegd in de artikelen 6 en 13 EVRM (Eur. Hof, Brualla Gomez de la Torre, 19 december 1997).

In deze zaak had het hof van beroep reeds een uitspraak gedaan. De verzoekster had reeds een beroep betekend bij dit hof, maar nog niet bij het Hoogste Hof – te vergelijken met het Hof van Cassatie. Op dat ogenblik was cassatieberoep mogelijk voor zaken zoals de betrokken zaak, die betrekking hadden op een bedrag van meer dan vijfhonderd duizend peseta's. De nieuwe wet trok dat bedrag echter op tot een miljoen peseta's, voorwaarde waaraan de zaak niet meer voldeed. Het Cassatiehof oordeelde dat de wet van toepassing was, omdat de zaak op het ogenblik van haar inwerkingtreding nog niet bij hem was aangevat, zodat het beroep niet ontvankelijk kon worden verklaard.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde niet over het temporele toepassingsgebied van de wet of over de vraag of het Hof de wet zo had kunnen interpreteren, dat als aanknopingspunt niet de betekening van het beroep bij het hof van beroep, maar de inleiding van het beroep bij het Hof van Cassatie was gekozen. Het onderzocht of in zijn geheel bekeken, de verzoekster een eerlijk proces had gekregen. Aangezien zowel in eerste aanleg als in beroep de zaak ten gronde was behandeld en het Hof een hoger beroep niet als een grondrecht op zich beschouwt, achtte het artikel 6 noch artikel 13 EVRM geschonden.

§ 2. Wettelijke correctie op het principe van de onmiddellijke werking

120 Artikel 3 *in fine* Ger.W. formuleert een uitzondering op het principe dat de wetten van burgerlijk procesrecht onmiddellijk van toepassing zijn op hangende gedingen: deze toepassing mag er niet toe leiden dat gedingen die op geldige wijze aanhangig zijn gemaakt bij een gerechtsinstantie, daaraan worden onttrokken. Voor die gevallen geldt een uitgestelde werking van de oude wet. De correctie betreft, zo wordt aangenomen, elke wet die ertoe leidt dat een bepaalde rechtsinstantie niet meer bevoegd is voor een bepaalde zaak: gekeken wordt naar het resultaat, eerder dan naar de aard van de wet. Het gaat dan niet louter om wetten die rechtstreeks de bevoegdheid van de rechtsinstanties regelen, maar ook om wetten die hierop een invloed hebben – bv. een wet op de organisatie van de rechterlijke macht, waarbij een bepaalde rechtbank wordt afgeschaft (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 111 e.v. en 158 en A. DUSQUESNE, *a.w.* 4).

Deze correctie is niet van toepassing op de gevallen waarin de nieuwe bevoegdheidsregels de bevoegdheid van de instantie, waarvoor de zaak aanhangig is, uitbreiden. Een wijziging van de bevoegdheidsregels is in dat geval onmiddellijk van toepassing op de hangende procedure waarin over de zaak zelf nog geen beslissing is gewezen, waarbij de bevoegdheid werd vastgesteld (Cass. 16 oktober 1985, *Arr.Cass.*

1985-86, 257 en de noot van E.L.). Ook de Raad van State stelt duidelijk dat de rechter, die onbevoegd was overeenkomstig de regelgeving die gold bij de aanvang van het geding, dan alsnog zijn bevoegdheid kan vaststellen (R.v.St. Babylon, nr. 47.474, 17 mei 1994). Wanneer de rechter zich ten onrechte bevoegd had verklaard vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet, wijst het Hof van Cassatie dit middel af wegens gebrek aan belang, omdat de zaak met toepassing van de nieuwe wet naar eenzelfde rechtsinstantie zou worden verwezen (Cass. 17 maart 1976, *Arr.Cass.* 1976, 831).

121 De bedoeling van deze correctie op het principe van onmiddellijke werking is de rechtspleging zo snel en efficiënt mogelijk te laten verlopen en te waarborgen dat de zaak van het begin tot het eind door dezelfde rechter wordt beoordeeld, zonder dat de door de nieuwe wet aangewezen rechter de hele zaak vanaf het begin zou moeten hernemen (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 149-150). Indien dat ertoe zou leiden dat gedurende een te lange tijd verschillende rechtsinstanties – de nieuwe en de opgeheven – naast elkaar werken, kan de wetgever uitdrukkelijke overgangsmaatregelen treffen. G. CLOSSET-MARCHAL (*a.w.* 115) acht het raadzaam voor de wetgever om in geval van afschaffing van een rechtbank, de zaak over te hevelen zolang de debatten nog niet zijn aangevangen.

De meeste problemen bij de toepassing van deze wettelijke correctie op het principe van onmiddellijke werking worden veroorzaakt door de interpretatie van het begrip “hangend geding”. Meer bepaald rijst de vraag naar het begin- en eindpunt van dat geding.

122 De aanvang van het geding hangt volgens een eerste stelling af van de inschrijving van de vordering op de algemene rol (R. DE CORTE, *a.w.* 398-399) en volgens een tweede stelling van de betekening van de vordering aan de tegenpartij (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 152 en *a.w.* 38, J. LAENENS, “De bevoegdheid *ratione summae* en de aanleg”, *t.a.p.* 1399, J. LAENENS en K. BROECKX, *a.w.* 931 en J.F. ROMAIN, “Le point de départ de l’action en droit judiciaire privé”, *J.T.* 1992, 478). Een wetwijziging, die bv. de vrederechter bevoegd maakt voor zaken die voordien bij de rechtbank van eerste aanleg werden aanhangig gemaakt, leidt er volgens de tweede stelling toe dat zaken naar de vrederechter verhuizen zolang de vordering nog niet betekend is, en volgens de eerste stelling dat zij naar de vrederechter verhuizen, ook als de vordering al betekend is, maar de zaak nog niet is ingeschreven op de algemene rol (zie voor een voorbeeld G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 152).

Het aanknopingspunt van de inschrijving op de algemene rol wordt verantwoord door een verwijzing naar artikel 717 Ger.W., volgens hetwelk de dagvaarding “van gener waarde” is indien de zaak niet op de algemene rol is ingeschreven (R. DE CORTE, *a.w.* 398, *Arrondrb.* Luik, 10 december 1970, *Jur. Liège* 1970-71, 148. Zie daarentegen J.F. ROMAIN, *a.w.* 478).

Het aanknopingspunt van de betekening wordt verantwoord door een overweging van rechtszekerheid: de datum van betekening verschijnt op het exploit van de dagvaarding, terwijl de datum van inschrijving op de algemene rol vaak slechts is gekend door de griffier (G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 152 en *a.w.* 38 en J.F. ROMAIN,

a.w. 478). Pas vanaf de betekening van de dagvaarding begint de eigenlijke procedure te lopen (A. FETWEISS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Fac. de droit, 1987, 150-151; vgl. nochtans p. 211 en 212). Het is ook de wetgeving die op dat moment geldt, die uitmaakt of de zaak geldig aanhangig is gemaakt bij de materieel en territoriaal bevoegde rechter (Brussel, 25 juni 1974, *Pas.* 1975, II, 47; Arbrb. Brussel 13 november 1974, *J.T.* 1975, 206). Tenslotte werkt het vonnis ook terug tot op de datum waarop de dagvaarding werd betekend (J.F. ROMAIN, *a.w.* 478).

Het Hof van Cassatie volgt de tweede stelling wanneer de rechtsingang bij dagvaarding geschiedt. Wel moeten beide voorwaarden vervuld zijn, uiterlijk op de dag vóór de in de dagvaarding aangegeven zitting: de zaak is bij de rechter aanhangig gemaakt "op de datum van de betekening van de dagvaarding, voor zover de zaak op de algemene rol is ingeschreven voor de zitting in de dagvaarding aangegeven" (Cass. 1 oktober 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 111 en 20 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 373. Zie ook Cass. 4 maart 1994, *Arr.Cass.* 1994, 227).

ROMAIN (*a.w.* 479) preciseert dit aldus, dat in werkelijkheid de zaak is ingeleid door de betekening, maar dat de rechter pas is gevat door de inschrijving op de rol. Determinerend voor het moment van aanvang is de betekening, maar de inschrijving is een administratieve formaliteit, die op straffe van nietigheid dient te gebeuren opdat de rechter de zaak zou kunnen behandelen (*t.a.p.* 478).

De zaak blijft aanhangig voor deze instantie, indien de nieuwe wet in werking treedt na de betekening van de dagvaarding, ook indien de inschrijving op de algemene rol pas later, maar binnen de voorgeschreven termijn gebeurde (P. VANLERSBERGHE, *a.w.* 12). Wanneer daarentegen de inschrijving op de algemene rol als aanknopingspunt zou gelden, mag de rechter na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, de zaken die aan zijn bevoegdheid zijn onttrokken niet meer inschrijven (zie R. DE CORTE, *a.w.* 399).

123 Het eindpunt van het geding hangt af van de vraag of met het geding de behandeling van de zaak voor een bepaalde instantie wordt bedoeld, dan wel het gehele rechtsverloop. In het laatste geval rijst nog de vraag of dit rechtsverloop gaat tot de beslissing in kracht van gewijsde is gegaan, dan wel of een mogelijk cassatieberoep en/of mogelijke buitengewone rechtsmiddelen, zoals derdenverzet, worden meegeteld (zie G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 86 e.v.).

Artikel 3 Ger.W. zegt echter duidelijk dat de correctie beperkt wordt tot de zaken die voor "de instantie van het gerecht" aanhangig zijn. Het gaat dus om een uitgestelde werking: de nieuwe wet wordt ook op die zaken van toepassing, vanaf het moment waarop de zaak in die aanleg is beslist. Dat wil zeggen dat de bevoegde rechtsinstantie in beroep wordt bepaald door de nieuwe wet, zoals werd bevestigd door het Hof van Cassatie (Cass. 3 februari 1972, *Arr.Cass.* 1972, 526). Als aanknopingspunt geldt de uitspraak van het vonnis (zie boven, nr. 115). Zo wordt ook, indien de beslissing van een instantie in hoger beroep wordt vernietigd door het Hof van Cassatie, de zaak verwezen naar de volgens de nieuwe wet bevoegde rechter in hoger beroep (zie voor toepassingen o.m. Cass. 2 juni 1971, *Arr.Cass.* 1971, 977; 25 september 1974, *Arr.Cass.* 1975, 118; 10 december 1975, *Arr.Cass.* 1976, 451).

124 Indien een aangelegenheid voortaan behoort tot de bevoegdheid van een hiërarchisch lagere rechtbank, kan dat ertoe leiden dat de rechtsinstantie die de beslissing in eerste aanleg nam, ook de rechtsinstantie is die in beroep optreedt (vb. Rb. Gent 10 november 1995, *A.J.T.* 1995-96, 271).

Dat wordt bekritiseerd in de rechtsleer, omdat daarmee het wezen van het beroep, met name een beoordeling door een hiërarchisch hogere rechtbank, zou geschonden zijn (K. BROECKX, *a.w.* 115 en 116, J. LAENENS, “De bevoegdheid *ratione summae* en de aanleg”, *a.w.* 1400 en P. Taelman, “Perikelen van overgangsrecht”, *A.J.T.* 1995-96, 274). ROUBIER (*a.w.* 557) acht daarom een eerbiedigende werking verantwoord als principe van overgangsrecht, zodra de volgens de oude wet bevoegde rechter zich over de grond van de zaak heeft uitgesproken.

Het Hof van Cassatie was nochtans van oordeel dat de volstreckte bevoegdheid van de gerechten in hoger beroep niet wordt bepaald door de aard van het gerecht dat de aangevochten beslissing heeft genomen, maar door de aard van de zaak die overeenkomstig de wet de bevoegde rechter bepaalt (Cass. 3 februari 1972, *Arr.Cass.* 1972, 526).

Zie VANLERSBERGHE (*a.w.* 17) voor dit argument als weerlegging van de genoemde bezwaren. Volgens LAENENS (“De bevoegdheid *ratione summae* en de aanleg”, *a.w.* 1400) zou dat argument niet opgaan voor bevoegdheidswijzigingen *ratione summae*. VANLERSBERGHE (*a.w.* 17-18) vindt voor dat onderscheid voor het bepalen van de volstreckte bevoegdheid van de rechter in hoger beroep, geen steun in het Gerechtelijk Wetboek.

Het bepalen van de temporeel toepasselijke wet is bovendien, zoals gezegd, slechts een technische operatie. De mogelijke effecten spelen niet mee bij het toepassen van de principes van overgangsrecht, nu artikel 3 Ger.W. het zeer duidelijk heeft over de “instantie”. Ze spelen wel mee bij de voorafgaande belangenafweging door de wetgever, die dient te onderzoeken of het aangewezen is in een andersluidende overgangsbepaling te voorzien dan wel of de beoordeling door een anders samengestelde rechtbank in dezelfde aanleg kan volstaan. Ze spelen in laatste instantie mee bij de beoordeling door een rechter die eventueel zou bevoegd zijn om na te gaan of de door de wetgever gemaakte belangenafweging voldoende zorgvuldig en redelijk is in het licht van de normen en beginselen waaraan hij vermag te toetsen. Taelman (*a.w.* 274) bv. oppert een mogelijke strijdigheid met artikel 6 EVRM omdat een schijn van partijdigheid zou kunnen ontstaan wanneer magistraten van eenzelfde rechtbank in hoger beroep oordelen over een vonnis gewezen door hun collega's van dezelfde rechtbank.

125 ROUBIER hanteert voor het behoud van de oorspronkelijk bevoegde appelrechter het argument dat de aanleg en het rechtsmiddel inherent zijn aan het vonnis waartegen in beroep wordt gegaan (P. ROUBIER, *a.w.* 556-557 en 564. Instemmend: K. BROECKX, *a.w.* 116).

Dat werd hierboven reeds aangehaald voor het bepalen van het aanknopingspunt voor de toepasselijke wet inzake toelaatbaarheid van het beroep en de beroepstermijn (zie boven, nr. 115). Daarmee is nog niet gezegd dat ook de aanduiding van de bevoegde appelrechter inherent is aan dat vonnis. Artikel 3 Ger.W. maakt juist

een onderscheid voor de bevoegdheidsregeling.

Indien het vonnis wordt uitgesproken nadat de nieuwe wet in werking is getreden, is de door de nieuwe wet aangeduide rechter in hoger beroep bevoegd, ook indien dat dezelfde rechtsinstantie is als degene die de beslissing in eerste aanleg heeft gewezen.

Indien het vonnis wordt uitgesproken voordat de nieuwe wet in werking is getreden, is het geding niet meer "hangende" overeenkomstig de wettelijke correctie.

Indien de zaak reeds was ingeleid bij de volgens de vroegere wet bevoegde appelrechter, blijft deze rechter overeenkomstig artikel 3 *in fine* Ger.W. bevoegd.

Indien het vonnis in eerste aanleg was uitgesproken, maar de zaak was nog niet ingeleid bij de appelrechter, is de door de nieuwe wet aangeduide rechter in beroep bevoegd.

126 Een gelijkaardig probleem rijst met betrekking tot de rechter die bevoegd is om van het rechtsmiddel van verzet kennis te nemen (P. VANLERSBERGHE, *a.w.* 19). In de rechtsleer wordt opgeworpen dat het wezen van het verzet hierin bestaat, dat de rechter die het verstekvonnis heeft gewezen, ook de rechter is bij wie het verzet wordt gebracht (J. LAENENS, "De bevoegdheid *ratione summae* en de aanleg", *a.w.* 1399 en J. LAENENS en K. BROECKX, *a.w.* 931. Zie ook, vóór de invoering van het Gerechtelijk Wetboek en niet m.b.t. een probleem van overgangsrecht, Cass. 16 oktober 1947, *Pas.* 1947, 419). Ook hier geldt echter dat artikel 3 Ger.W. duidelijk de uitgestelde werking tot de instantie zelf en in die aanleg beperkt, zodat uitzonderingen hierop door de wetgever uitdrukkelijk moeten worden bepaald. Het verzet moet volgens de algemene principes van overgangsrecht worden gebracht voor de rechtbank die voortaan bevoegd is om van het geschil kennis te nemen (Arrondrb. Ieper 24 juni 1977, *R.W.* 1977-78, 1391. Zo ook R. DE CORTE, *a.w.* 399).

Hoogstens zou nog discussie kunnen bestaan over de vraag of artikel 1407 Ger.W., dat in zijn tweede lid bepaalt dat het verstek wordt gedaan bij de rechter die het verstekvonnis heeft gewezen, al dan niet een afwijking inhoudt van het normale overgangsrecht. Het kan niet als een derogatie op artikel 3 Ger.W. worden aangezien, omdat het op geen enkele wijze een regel van overgangsrecht formuleert. Men zou wel kunnen argumenteren dat dit artikel mee de bevoegde verstekrechter aanduidt, als aanvulling op de wetten die de materiële bevoegdheid regelen. Gesteld zou dan kunnen worden dat de materieel bevoegde rechter door de nieuwe wet wordt bepaald, maar de verstekrechter, aldus artikel 1074 Ger.W., alleszins de rechter is die het verstekvonnis heeft gewezen.

AFDELING IV

FISCAAL RECHT

§ 1. Algemene regel

127 In herinnering dient te worden gebracht dat een rechtsregel ten vroegste kan in werking treden op de dag van zijn bekendmaking, maar dat de datum van bekendmaking afhangt van de dag waarop het Publicatieblad effectief wordt gedrukt en niet van de dag van zijn verspreiding. Dat geldt ook voor fiscale wetten, die de laatste jaren wel vaker worden gepubliceerd in een Staatsblad dat de datum van 31 december draagt, maar waarvan de verschillende “uitgaven” pas in de loop van januari verschijnen (zie hierover P. POPELIER, *a.w.* 567 e.v.). Slechts als door een procedure van valsheid in geschrifte kan worden bewezen dat ook de publicatie zelf pas later gebeurde, is er bij normen die uitwerking hebben op 31 december, formeel sprake van terugwerkende kracht. Voor uitvoeringsbesluiten die de daarvoor krachtens artikel 108 van de Wet van 4 augustus 1986 vereiste uitdrukkelijke, wettelijke machtiging ontberen, betekent dat meteen dat zij niet retroactief kunnen worden toegepast.

Een ander voorbeeld vormt het KB van 27 september 1996 tot wijziging van het KB nr. 20 tot vaststelling van de BTW-tarieven. Dat besluit verscheen eerst in een foutieve versie in het Staatsblad van 28 september 1996. Het verscheen vervolgens in een correcte versie in een tweede editie van het Staatsblad van 1 oktober – net op tijd, nu het besluit 1 oktober noemde als datum van inwerkingtreding. Nochtans werd deze tweede editie maar verspreid samen met het Staatsblad van 2 oktober, dat ook vermeldde dat het deze editie bevatte.

128 Artikel 2 B.W. en de daarop gebaseerde principes van overgangsrecht gelden ook voor fiscale normen. Artikel 108 van de Wet van 4 augustus 1986 herhaalt voor besluiten genomen ter uitvoering van belastingwetten dat zij alleen “voor het toekomstige” beschikken, en voegt daaraan toe dat terugwerking enkel kan wanneer de wet dat uitdrukkelijk bepaalt (Wet houdende fiscale bepalingen, *B.S.* 20 augustus 1986, *err.*, 15 oktober 1986).

Als aanknopingspunt geldt de voltrekking van de materiële belastingschuld (M. DE JONCKHEERE, *a.w.* 308 e.v. en J. VAN HOUTTE en I. CLAEYS BOUÛAERT, *Begin-selen van het Belgisch belastingrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1977, 152). Relevant is het voltrekken van de belastingschuld, niet de berekeningsbasis daarvoor (zie M. DE JONCKHEERE, “De gemeentelijke belastingbevoegdheid”, *a.w.* 330-331 en “Het niet-retroactiviteitsbeginsel”, *a.w.* 142-143). Het ogenblik waarop de belastingschuld wordt voltrokken, hangt voor elke soort belasting af van zijn technische organisatie (F. AMERIJCKX, *a.w.* 13).

129 Dat aanknopingspunt scheidt meestal geen problemen bij belastingen waarvoor het belastbare feit onmiddellijk wordt voltrokken. De wet is daar van toepassing op de belastinggrondende feiten, handelingen en toestanden die zich voordoen vanaf de inwerkingtreding van de wet of het belastingreglement (zie R.v.St., Blomme, nr. 17.127, 9 juli 1975, *anders*: R.v.St. pvba Ferronneries Alexandre e.a.,

nr. 18.308, 9 juni 1977). Voor roerende voorheffingen bv. gelden de tarieven van kracht op het ogenblik van de toekenning of de betaalbaarstelling van het roerend inkomen; voor successierechten gelden de tarieven van kracht op de dag van het overlijden (F. AMERIJKX, *a.w.* 14, M. DE JONCKHEERE, “De gemeentelijke belastingbevoegdheid”, *a.w.* 310-311 en “Het niet-retroactiviteitsbeginsel”, *a.w.* 122 en J. VAN HOUTTE en I. CLAEYS BOUÛAERT, *a.w.* 152).

Zie nochtans B. PEETERS, “Het zijdelings terugwerkende effect van overheidshandelen op de belastingheffing”, *t.a.p.*, 91-100 over de discussie die in de rechtsleer rees over het aanknopingspunt voor de toepassing van de artikelen 8 en 50 van de Wet van 28 december 1992 (*B.S.* 31 december 1992, eerste uitgave). Deze bepalingen formuleerden met onmiddellijke werking een gewijzigd nieuweheidscriterium om te bepalen of op de verkoop van een onroerend goed het BTW-regime dan wel het stelsel van de registratierechten van toepassing is. Het Hof van Beroep te Antwerpen (23 juni 1997, weergegeven in *Fisc.Act.*, 1997, afl. 30, 7) volgde de ook door PEETERS verdedigde stelling, die het nieuwe criterium toepaste op elke *l e v e r i n g* die zich voordoet vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe wet, ook al was het goed op dat ogenblik volgens de oude wet niet meer nieuw.

Moelijker ligt het in die gevallen waar het belastbare feit niet onmiddellijk wordt voltrokken, maar de belastingen een uit hun aard duurzame toestand treffen of pas na verloop van een bepaalde periode ontstaan als het resultaat van een globaal genomen belastbare situatie gedurende die periode, zoals het geval is bij directe belastingen (zie over dit onderscheid tussen directe en indirecte belastingen, M. DE JONCKHEERE, *a.w.* 81-87).

§ 2. Directe belastingen

130 Voor directe belastingen geldt dat de rechtsregels in beginsel uitwerking hebben tot de aanvang van het inkomsten- of dienstjaar waarvoor ze zijn vastgesteld (vb. Cass. 26 november 1942, *Pas.* 1942, I, 299 en R.v.St. nv Minkrank L. Van Himbeek, nr. 11.609, 25 januari 1966; Blomme, nr. 17.127, 9 juli 1975; pvba Les films du dragon, nr. 24.654, 19 september 1984). Ook artikel 108 van de Wet van 4 augustus 1986 wordt in die zin uitgelegd (Memorie van toelichting, *Gedr.St.* Senaat 1985-1986, nr. 310/1. Zie J. COUTURIER en B. PEETERS, *Het Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1996, 65 en G. VAN FRAEYENHOVEN en F. LEURQUIN-DE VISSCHER, *a.w.* 278).

In de rechtspraak wordt voor deze regel het woord “terugwerking” gebruikt (zie de zonet vermelde rechtspraak).

In de rechtsleer en met name door DE JONCKHEERE wordt echter betwist dat er wel degelijk sprake is van een beperkte retroactiviteit als principe. Ook artikel 108 van de Wet van 4 augustus 1986, dat artikel 2 B.W. enkel herhaalt om eraan toe te voegen dat in dit geval een retroactieve werking uitdrukkelijk dient te worden bepaald, wijst erop dat ook fiscale wetten de op artikel 2 B.W. gebaseerde principes van overgangsrecht volgen.

131 Dat belastingregels uitwerking hebben tot de aanvang van hun inkomsten- of dienstjaar, ook al zijn ze bv. pas op de laatste dag van dat jaar in werking getreden, is niet noodzakelijk een afwijking van het principe van onmiddellijke werking.

Daarvoor dient wel te worden toegevoegd dat de belastingwet enkel van toepassing is op belastbare toestanden, die nog aanwezig zijn op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet (M. DE JONCKHEERE, "De gemeentelijke belastingbevoegdheid", *a.w.* 325 en 331. Vgl. ook F. AMERIJCKX, *a.w.* 13).

Belastingen zoals de eigenlijke inkomstenbelastingen worden maar vastgesteld op basis van het inkomen verkregen in de loop van het belastbaar tijdperk, zodat het belastbaar feit maar op het einde van deze periode is voltrokken (M. DE JONCKHEERE, *a.w.* 311, B. PEETERS, "Beschouwingen bij de temporele werking van wetten in de inkomstenbelastingen", *a.w.* nrs. 3-10 en J. VAN HOUTTE en I. CLAEYS BOUÛAERT, *a.w.* 152). Een ander geval betreft belastingen die een duurzame toestand treffen die wel reeds op verschillende ogenblikken kan worden vastgesteld: in dat geval dient deze toestand nog steeds aanwezig te zijn op het ogenblik van de inwerkingtreding van de norm.

132 De rechtspraak gebruikt voor de formulering van het principe weliswaar het woord "terugwerking" en noemt als aanknopingspunt de feiten die dienen als grondslag voor de belasting; deze kunnen zich situeren vóór de heffing, zolang ze maar in de loop van het betrokken dienstjaar zijn voorgekomen (Cass. 24 oktober 1975, *Arr.Cass.* 1975, 257; Cass. 16 oktober 1997, R.W. 1998-99, 464). De voorwaarde dat de belastbare toestand nog steeds aanwezig moet zijn, komt in de rechtspraak niet duidelijk tot uitdrukking. Dat wordt echter genuanceerd door de uitspraak dat de handelingen, toestanden of feiten die vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet "voltrokken" waren, niet belastbaar zijn (Cass. 6 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1161). Het Hof maakt wel duidelijk dat uit het W.I.B. volgt "dat er voor de belastingwet geen onherroepelijk vastgestelde toestanden bestaan voordat het aanslagjaar is afgesloten" (Cass. 29 juni 1998, nog niet gepubliceerd). Deze nuance ligt in de lijn van de rechtspraak van het Hof van Cassatie die, onder invloed van de leer van de verkregen rechten, stelt dat rechtsregels onmiddellijk en dus niet retroactief werken, "voor zover" geen afbreuk wordt gedaan aan verworven rechten (zie boven, nr. 51). Ze kan niettemin worden ingepast in de formele definitie van de onmiddellijke werking waarbij het hier genoemde aanknopingspunt geldt.

Het cassatie-arrest van 24 februari 1977 ziet in de Wet van 5 juli 1972 tot wijziging van het bedrag van de belastingen geheven op de automatische ontspanningstoestellen een terugwerkende kracht. Volgens artikel 4, par. 1 en 2 van deze wet, is de belasting toepasselijk op "de automatische toestellen (...) opgesteld in de loop van het eerste semester". Daarmee heeft de wetgever, aldus het Hof met een blik op de wetgeschiedenis en de doelstelling van de wet, de heffing van het belastingsupplement, in afwijking van het principe van niet-retroactiviteit, niet willen beperken tot de toestellen die vanaf 1 januari 1972 werden geplaatst, met volledige uitsluiting van de toestellen die voordien werden geplaatst en behouden bleven (Cass. 24 februari 1977, *Arr.Cass.* 1977, 690).

De zinsnede "automatische toestellen opgesteld in de loop van het eerste semester" zou dan niet de opstelling van een toestel als aanknopingspunt nemen, maar het staan hebben van deze toestellen, ongeacht wanneer ze werden geplaatst. Anders dan het Hof van Cassatie stelt, maakt echter niet het feit dat de opstelling op een eerder tijdstip gebeurde, de wet retroactief. De wet is onmiddellijk van toepassing op automatische toestellen die zijn opgesteld in de loop van het eerste semester, maar nog steeds zijn blijven staan op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet.

De lagere regelgever, die in de regel niet mag afwijken van het principe van de onmiddellijke werking, dient meer zorg te dragen voor de formulering van het precieze aanknopingspunt. De invoering van

een gemeentebelasting voor het dienstjaar 1990 voor woningen die op 1 december 1989 al gedurende minstens één jaar ononderbroken feitelijk leegstonden en op gebouwen die op 1 december 1989 geheel of gedeeltelijk minstens één jaar niet meer in gebruik waren, werd niet aanvaard door het Hof van Beroep te Gent (Gent 16 januari 1997, *R.W.* 1997-98, 228).

Volgens de stad Gent lag de grondslag van belasting in het feit op 1 januari van het dienstjaar eigenaar te zijn van een woning die aan de voorwaarden van de belastbaarheid voldoet. Volgens het Hof werd hierdoor een toestand belastbaar gesteld die ontstond in het dienstjaar 1988 en voltrokken was in het dienstjaar 1989 terwijl het belastingreglement pas werd ingevoerd voor het dienstjaar 1990; derhalve werd door de stad Gent een belasting ingevoerd met betrekking tot vroegere dienstjaren, in strijd met het retroactiviteitsverbod.

Aan het reglement zou wel een onmiddellijke werking zijn toegekend, indien gebouwen werden gevisieerd die op 1 januari 1990 leegstonden of geheel of gedeeltelijk niet meer in gebruik waren, zich op dat moment reeds minstens één jaar in die toestand bevonden, en ook op het moment van inwerkingtreding van de verordening nog leegstonden. Eén maand maakte met andere woorden het verschil tussen rechtmatigheid en onrechtmatigheid van de belastingverordening.

133 Duidelijk is dat ook wanneer hier sprake is van een formele onmiddellijke werking, de belastingplichtige die in de loop van het jaar een reeks verrichtingen aanving, vertrouwend op de geldende fiscale wetgeving, door een nieuwe wet kan worden verrast.

Dat is met name prangend in het stelsel van vermeerderingen die de zelfstandige ertoe willen aanzetten zijn belastingsschulden te betalen, nog vóór het bedrag van de belastbare inkomsten is vastgesteld, zodat de Schatkist sneller over het geld kan beschikken. Wanneer ontoereikende voorafbetalingen te wijten zijn aan een verkeerde inschatting van de uiteindelijke belastingsschuld, omdat op het einde van het jaar onvoorziene nieuwe fiscale bepalingen zijn ingesteld voor datzelfde inkomstenjaar, is er formeel geen sprake van retroactiviteit, maar kan wel worden betwijfeld of die vermeerderingen de toets van het vertrouwensbeginsel zouden doorstaan.

Zowel de wet die in het stelsel van vermeerderingen voorziet, als de nieuwe belastingwet die op het einde van het inkomstenjaar wordt ingevoerd, hebben onmiddellijke werking. De scheefftrekking ligt in feite hierin, dat van de belastingplichtige het onmogelijke wordt gevraagd, met name voorafbetalingen te doen voor een belastingsschuld die, gezien de mogelijke wetswijzigingen, nog niet kan worden berekend. Een nieuwe belastingwet die in werking treedt na de laatste voorafbetaling en die de uiteindelijke belastingsschuld in dergelijke mate beïnvloedt, dat de belastingplichtige met vermeerderingen wordt bestraft omdat hij met de wijziging geen rekening had gehouden, kan dan wellicht stuiten op het vertrouwensbeginsel, met name op het tweede criterium, dat vereist dat het rechtssubject zich kan aanpassen aan nieuwe regelgeving (zie verder, nrs. 295-298), en het negende criterium, dat vereist dat niet het onmogelijke wordt gevraagd (zie verder, nrs. 317-318).

Ook wanneer de keuze van het aanknopingspunt overeenstemt met het beoordelingsperspectief van de leer van de verkregen rechten, belet dat niet dat elke wet die in die zin onmiddellijk werkt, nog voor kritiek vatbaar kan zijn (zie daarom voor een suggestie tot wijziging van de principiële temporele werking van wetten in de inkomstenbelasting, B. PEETERS, "Beschouwingen bij de temporele werking van wetten in de inkomstenbelastingen", *a.w.* nr. 34). Dergelijke wet kan een reeks van verrichtingen viseren die werd aangevangen zonder dat men rekening kon houden met een toekomstige belastingwet en die onmogelijk kan worden beëindigd vóór de effectieve inwerkingtreding van de wet. Ook dat kan nochtans slechts dienen als

argument bij de beoordeling van de temporele functie die aan de wet werd toegekend.

Een wet die winsten of baten uit speculatie, verricht buiten beroepsactiviteit, belast, is niet van toepassing op vóór haar inwerkingtreding voltrokken toestanden. De toestand is nochtans niet voltrokken, zolang de winsten niet gerealiseerd zijn; de omstandigheid dat een speculatieve verrichting reeds voordien een aanvang had genomen doet daaraan niets af. De wet is derhalve van toepassing op de winsten gerealiseerd door de verkoop van kavels, ofschoon de aankoop met speculatief oogmerk van het perceel grond en het begin van de verkaveling was gebeurd vóór de inwerkingtreding van de wet (Cass. 6 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1161).

AFDELING V

VERJARINGSTERMIJNEN

134 In het verleden werden de strafrechtelijke overgangsprincipes toegepast op de verjaringstermijnen van de strafvordering (H.L. DEPELCHIN, *a.w.* 65-96). Rechtspraak en rechtsleer zijn hiervan afgestapt (zie over deze evolutie M.J. LECLERCQ, *a.w.* 220 e.v.). Dezelfde principes van overgangsrecht worden nu toegepast op verjaringstermijnen van zowel de burgerrechtelijke als de strafrechtelijke rechtsvordering.

De principes van overgangsrecht voor verjaringstermijnen verschillen naargelang het gaat om de verlenging dan wel om de verkorting van de verjaringstermijn. Wel geldt steeds als regel dat een vordering, verjaard volgens de oude wet, ook verjaard blijft (zie Cass. 7 mei 1953, *Arr.Cass.* 1953, 607 en 12 november 1996, *Arr.Cass.* 1996, 1039).

Het behoud van verworven verjaringen wordt als een evidentie aangevoeld, maar blijkt toch voor relativisering vatbaar, zie boven, nr. 46, over de gevolgen van een vernietiging of een onrechtmatigheidsverklaring door het Arbitragehof.

§ 1. Verlenging van de termijn

135 Een wet die de verjaringstermijn voor een rechtsvordering verlengt, is onmiddellijk van toepassing op vorderingen die nog niet zijn verlopen op het ogenblik van de inwerkingtreding. Dat geldt ook voor strafvorderingen. Het Hof van Cassatie formuleert het aldus, dat een wet die de verjaringstermijn verlengt, onmiddellijk van toepassing is op strafvorderingen die nog niet zijn verjaard op het ogenblik van de inwerkingtreding, maar dat verworven verjaringen verworven blijven (Cass. 20 september 1995, *Arr.Cass.* 1995, 803; 5 april 1996, *Arr.Cass.* 1996, 247; 12 november 1996, *Arr.Cass.* 1996, 1039. Zie J. LECLERCQ, *a.w.* 943 e.v. en G. SCHUIND, *a.w.* II, 147-148).

Het behoud van op grond van de oude wet verworven verjaringen, geldt ook wanneer niet de termijn op zich wordt verlengd, maar dit effect wordt verkregen door een verschuiving van het uitgangspunt voor de berekening van de termijn.

De Wet van 13 april 1995 betreffende seksueel misbruik ten aanzien van minderjarigen bepaalt dat de verjaring van de strafvordering pas begint te lopen vanaf de dag waarop het slachtoffer de leeftijd van 18 jaar bereikt. Die bepaling is niet van toepassing wanneer de strafvordering reeds verjaard was vóór de inwerkingtreding van deze wet (Cass. 28 mei 1997, *J.T.* 1997, 480).

136 Dat overgangsrechtelijk principe wordt bevestigd door het Arbitragehof. Met betrekking tot de temporele toepassing van wetten die de verjaringstermijn van strafvorderingen verlengen, ziet het Arbitragehof als een onmiddellijke werking, de toepassing van de nieuwe wet, die een termijn van vijf jaar stelt in plaats van drie, “op de strafvorderingen die niet verjaard zijn op het ogenblik waarop zij in werking treedt (...), zelfs indien, vóór dat ogenblik, het misdrijf is begaan en de verjaring gestuit. Indien de verjaring bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet niet is bereikt, doet elke handeling die de verjaring vóór of na die inwerkingtreding stuit, minder dan vijf jaar na het misdrijf, een termijn van vijf jaar lopen” (Arbitragehof nr. 46/96, 12 juli 1996, *B.S.* 14 augustus 1996). Van terugwerkende kracht zou, aldus het Hof, maar sprake zijn indien verjaringen die vóór de inwerkingtreding van de wet werden bereikt, terug zouden worden geopend.

Hieruit kan worden afgeleid dat de nieuwe wet onmiddellijk van toepassing is vanaf haar inwerkingtreding op toekomstige en lopende termijnen. Als aanknopingspunt geldt voor het Arbitragehof het lopend-zijn van de verjaringstermijn; het Hof van Cassatie formuleert dat als het instellen van de vordering of een andere rechtshandeling met schorsend of stuitend effect (zie Cass. 7 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1120; 10 december 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 391; 20 september 1995, *Arr.Cass.* 1995, 803; 5 april 1996, *Arr.Cass.* 1996, 247; 5 februari 1997, nog niet gepubliceerd). Als uitgangspunt voor de berekening van de verjaringstermijn geldt in principe de handeling die de termijn doet lopen (de als misdrijf omschreven feiten) of een gestuete termijn opnieuw doet lopen.

137 Met dit arrest erkent het Arbitragehof dat de verjaring van strafvorderingen geen deel uitmaakt van het materiële strafrecht. In dat geval zou immers het principe moeten gelden dat de voor de verdachte meest gunstige wet moet worden toegepast – in dit geval: de wet die de kortste verjaringstermijn bepaalt. Ook het Hof van Cassatie stelt dat de verjaring van de strafvordering niet de grond van het recht raakt, zodat een verlenging van de termijn niet tot gevolg heeft dat de straf wordt verzaamd of een daad van verzuim wordt bestraft, en derhalve ook de artikelen 7 EVRM en 15 BUPO niet van toepassing zijn (Cass. 5 april 1996, *Arr.Cass.* 1996, 247).

Als verklaring hiervoor kan worden teruggegrepen naar de overweging van het Arbitragehof dat artikel 2 Sw. hierdoor is ingegeven dat “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”, terwijl dat niet het geval is met de rechtsonzekerheid die voortvloeit uit “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” (overw. B.6.).

Anders: LEVASSEUR (a.w. 220), die meent dat een persoon de lengte van de verjaringstermijn bewust incalculeert bij de overweging een bepaald misdrijf al dan niet te plegen, en dat blijkbaar naar voor schuift als een legitieme overweging waarmee de wetgever en de rechter rekening dienen te houden.

De verjaringstermijn is eerder van procedurele aard en wordt verantwoord door redenen van rechtszekerheid als beginsel, niet van behoorlijke regelgeving, maar van behoorlijke r e c h t s b e d e l i n g . De bedoeling is dat de verweerder niet wordt belaagd door laattijdige aanvallen die nog moeilijk zijn te weerleggen en dat de rechter zich niet dient uit te spreken over lang vervlogen feiten waarvan de bewijzen door het verloop van de tijd nog onvolledig en weinig betrouwbaar zijn (Eur. Hof Stubbings e.a., 22 oktober 1996. Zie ook M.J. LECLERCQ, a.w. 961-962).

§ 2. Verkorting van de termijn

138 Met betrekking tot de temporele werking van verjaringstermijnen stelt het Hof van Cassatie dat wanneer in burgerlijke zaken, een wet, al is zij van openbare orde, voor de verjaring van de vordering een kortere termijn bepaalt dan die gesteld door de vorige wet, en het betrokken recht vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet is ontstaan, de nieuwe verjaringstermijn ten vroegste met de inwerkingtreding van de nieuwe wet begint te lopen, weze het dat dit een eerder ingetreden verjaring overeenkomstig de oude regel niet zal verhinderen en dat de wetgever anders kan bepalen (o.m. Cass. 6 maart 1958, *Arr.Cass.* 1958, 489; 24 januari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 107). Hetzelfde regime geldt voor de verjaringstermijn van de strafvordering (zie P. ROUBIER, a.w. 530 en R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1993, 72).

139 Het Hof laat deze regel volgen op een herhaling van het in artikel 2 B.W. neergelegde algemene principe van overgangsrecht. Nochtans gaat het niet om een gewone toepassing daarvan, maar om een zeer specifieke regel van overgangsrecht die enkel voor verjaringstermijnen geldt.

Wanneer een verjaringstermijn nog loopt op het ogenblik dat een nieuwe wet in werking treedt, die deze termijn inkort, dan gebeurt een vergelijking tussen de effecten van beide wetten. Voor de berekening van de verjaringstermijn die de nieuwe wet stelt, wordt het moment waarop deze wet in werking treedt als uitgangspunt genomen. Voor de berekening van de verjaringstermijn overeenkomstig de oude wet, blijft het oude uitgangspunt behouden. Vervolgens wordt nagegaan welke verjaringstermijn het eerst afloopt: de wet die deze termijn stelt, zal worden toegepast. Of nog: het nog resterende deel van de oude termijn en de nieuwe termijn worden bij elkaar opgeteld, maar in totaal mag de oude termijn niet worden overschreden. Wanneer de oude termijn eerder afloopt dan de nieuwe, geldt dus in werkelijkheid de e e r b i e d i g e n d e werking als principe (P. ROUBIER, a.w. 300). Een normale toepassing van het principe van onmiddellijke werking zou andere oplossingen geven.

Het normale uitgangspunt voor de berekening van ook een nieuwe verjaringstermijn, is het ogenblik van de feiten waaruit de vordering voortspuit. Dat bleek ook bij de verlenging van de termijn het uitgangspunt.

Het ontstaan van het recht zou, in een eerste hypothese, ook als aanknopingspunt kunnen worden genomen voor de toepassing van de nieuwe wet. In dat geval zou ook na de inwerkingtreding van de nieuwe wet de oude verjaringstermijn onverkort moeten blijven gelden. De nieuwe wet is dan maar van toepassing op feiten die de termijn doen lopen en die worden gesitueerd na de inwerkingtreding van de nieuwe wet.

Een tweede mogelijk aanknopingspunt is het instellen van de vordering of een andere rechtshandeling met schorsend of stuitend effect, zoals dat ook voor de verlenging van de termijn wordt aangenomen. In dat geval kan de oude wet nog in tijd hebben voorzien om een vordering in te stellen, terwijl volgens de nieuwe wet de verjaring reeds was ingetreden bij het in werking treden van de wet. De wet zou dan uitdrukkelijk een overgangsregeling moeten bepalen voor die gevallen. Het principe van de niet-toepassing van de nieuwe wet op reeds verworven verjaringen, doelt immers enkel op verjaringen die zijn verworven volgens de oude wet.

De regel die in de rechtspraak wordt aangehouden, is dus zeer specifiek, zowel wat betreft het uitgangspunt voor de berekening van de nieuwe termijn, als de temporele functie wanneer de oude termijn eerder afloopt dan de nieuwe.

AFDELING VI

INTERNATIONAAL PRIVAATRECHTELIJK CONFLICTENRECHT

140 Het internationaal privaatrechtelijk conflictenrecht is zoals het overgangsrechtelijk conflictenrecht een technische materie, die aanknopingspunten biedt voor het vaststellen van een toepasselijke wet. Waar het overgangsrecht aanknopingspunten biedt voor de keuze tussen de toepassing van een oude dan wel een nieuwe wet, biedt het internationaal privaatrechtelijk conflictenrecht aanknopingspunten voor de keuze tussen de toepassing van de wet uit de ene dan wel uit de andere rechtsorde (over de analogie tussen overgangsrecht en conflictenrecht, zie ook F. RIGAUX, *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 1977, I, 373 e.v. Vgl. eveneens I.S. JOPPE, *a.w.* 1-14 en P. ROUBIER, *a.w.* 5 en 569).

In geval van wijzigingen in de materiële wetgeving van het rechtssysteem waarheen de internationaal privaatrechtelijke regels verwijzen, dienen de in dat rechtssysteem toepasselijke regels en principes van overgangsrecht daarop te worden toegepast. De verwijzing naar een bepaald rechtstelsel impliceert ook het daar geldende overgangsrechtelijke regime (A. HEYVAERT, "Het Belgisch internationaal huwelijksvermogensrecht", *T.P.R.* 1978, 581, F. RIGAUX, *a.w.* 377-378 en N. WATTE, "Les régimes matrimoniaux, les conflits de lois dans l'espace et dans le temps", *R.C.J.B.* 1994, 714 en de verwijzingen naar de rechtspraak aldaar. Vgl. eveneens artikel 3 van de resolutie over "the problem of choice of time in private international law", aangenomen door het Institut de droit international op 31 augustus 1981, *Annuaire Inst.dr.intern.* 1982, 113, verder "de Resolutie van het IDI"). De toepassing van een retroactieve rechtsregel is op zich niet strijdig met de internationale openbare orde (F. RIGAUX, *a.w.* 378 en N. WATTE, *a.w.* 714-715. Zie,

voor Frankrijk, ook P. ROUBIER, *a.w.* 569. Zie eveneens I.S. JOPPE, *a.w.* 64 en 91; voor nuanceringen zie echter *t.a.p.* 92 e.v.).

Maar ook de internationaal privaatrechtelijke aanknopingspunten kunnen wijzigen in de loop van de tijd. Dat kan gebeuren door een regel van positief recht – een wet of een verdrag – of via ongeschreven regels. De wijziging is gesitueerd in de eigen rechtsorde, zodat het gaat om een intern overgangsprobleem (I.S. JOPPE, *a.w.* 76. Vgl. eveneens art. 1 van de Resolutie van het IDI). De vraag rijst of hiervoor de gemeenrechtelijke principes van overgangsrecht gelden, volgens dewelke de onmiddellijke werking als regel geldt, dan wel of er een bijzonder regime van overgangsrecht bestaat.

141 Het internationaal privaatrechtelijk conflictenrecht bestaat hoofdzakelijk uit ongeschreven regels, zodat ook wijzigingen meestal niet van positiefrechtelijke aard zijn (J. ERAUW, “Het intertemporeel internationaal privaatrecht, en de toepassing ervan in het huwelijksvermogensrecht”, *T.P.R.* 1979, 3).

Deze hypothese behoort strikt genomen niet tot het onderzoeksdomein van dit werk. In de regel betreft het een probleem van overgangsrecht van jurisprudentiële regels, waarvoor volgens de klassieke leer en behoudens matiging door de rechter, de retroactiviteit geldt (N. COIPEL, “Conflit transitoire international, régime matrimonial légal et conflit mobile”, *R.T.D.F.* 1994, 486, P. GRAULICH en M. LIENARD-LIGNY, “Droit transitoire et droit international privé des régimes matrimoniaux”, in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Brussel, Nomos, 1986, 345 en N. WATTE, *a.w.* 723-725). In de rechtspraak blijkt nochtans dat als het om het internationaal privaatrecht gaat, wordt verwezen naar het overgangsrecht zoals dat voor positieve rechtsregels geldt en waarbij artikel 2 B.W. als uitgangspunt wordt genomen (vb. Cass. 9 september 1993, *Arr.Cass.* 1993, 678. Zie ook P. GRAULICH en M. LIENARD-LIGNY, *a.w.* 349 voor de verwijzing naar art. 2 B.W. als uitgangspunt).

Volgens BERX en MEEUSEN (“Het internationaal huwelijksvermogensrecht en de problematiek van het overgangsrecht”, *R.W.* 1996-97, 752) kan deze uitspraak worden beschouwd als een principiële afwijzing van de theorie van de declaratieve werking van de rechtspraak in het algemeen. Ook I.S. JOPPE (*a.w.* 78 e.v.) acht de principieel retroactieve werking van rechterlijke uitspraken niet meer vanzelfsprekend.

In de rechtsleer wordt daarbij gesproken over een “semi-wettelijke” verwijzingsregel, omdat de in deze regel voorgestelde oplossing wordt gedetermineerd door een bepaalde wettelijke regel (zie N. COIPEL, *a.w.* 480-493. Vgl. ook P. GRAULICH en M. LIENARD-LIGNY, *a.w.* 346-347). Het moment van wijziging van de verwijzingsregel wordt dan niet gezocht in een rechterlijke uitspraak, maar in een wet, waarvan de achterliggende principes in de rechtsleer worden toegepast op problemen van internationaal privaatrecht.

Het is nochtans niet steeds duidelijk welke wet precies geleid heeft tot een wijziging van de in de rechtsleer heersende en door de rechtspraak gevolgde overtuigingen (zie ook N. WATTE, *a.w.* 727). Het genoemde arrest van het Hof van Cassatie van 9 september 1993 betrof de verwijzingsregel naar het huwelijksvermogensrechtelijk stelsel wanneer de echtgenoten een verschillende nationaliteit hebben. Op het ogenblik waarop het huwelijk voltrokken was, werd verwezen naar het stelsel van

het land waarvan de man de nationaliteit had, overeenkomstig de principes achter het Belgische stelsel van huwelijk en huwelijksvermogensrecht, waarin de man een dominante positie had. Onder invloed van het gelijkheidsprincipe veranderde dit in een verwijzing naar het land van de eerste echtelijke woonplaats.

Volgens Advocaat-Generaal LIEKENDAEL, die de conclusie bij het arrest schreef, gevolgd door bepaalde rechtsleer en rechtspraak, viel deze overgang samen met de wet tot goedkeuring van het EVRM, zodat de inwerkingtreding diende te worden bepaald op 13 mei 1955 (conclusie gepubliceerd in *Rev.not.b.* 1993, 567. Zie ook M. LIENARD-LIGNY, "Effets patrimoniaux du mariage et conflits de lois dans le temps en droit international privé", *J.L.M.B.* 1994, 403 en Rb. Mechelen 20 november 1995, *R.W.* 1996-97, 751).

Volgens andere rechtsleer daarentegen werd dat gelijkheidsprincipe pas door de Wet van 14 juli 1976 doorgetrokken tot het huwelijksvermogensrecht, zodat de inwerkingtreding van deze wet als relevante datum dient te worden aangehouden (C. BERX en J. MEEUSEN, *a.w.* 753 en N. COIPEL, *a.w.* 487).

In die mate kunnen de voorgestelde oplossingen, gebaseerd op wijzigingen in het ongeschreven conflictenrecht, ook worden toegepast op wijzigingen door positiefrechtelijke regels, waarvan het precieze temporele toepassingsgebied niet door de wetgever is verduidelijkt.

§ 1. Toepassing van de gemeenrechtelijke principes van overgangsrecht

142 In rechtspraak en rechtsleer was wel eens de stelling opgedoken, dat de nieuwe conflictregel dezelfde toepasselijkheid in de tijd krijgt als de overeenstemmende regel van intern burgerlijk recht, zodat het overgangskonflikt van internationaal privaatrecht moet worden opgelost op grond van de overgangsregeling vervat in het materiële, interne recht. Onder meer het arrest van het Hof van Beroep te Bergen, dat voorlag in het arrest van het Hof van Cassatie van 9 september 1993, formuleerde dit beginsel, in navolging van het advies van het Openbaar ministerie. Dat is een merkwaardige regel, omdat het internationaal privaatrecht precies aanwijst welk stelsel van materieel recht van toepassing is. De in de interne wet neergelegde overgangsrechtelijke bepalingen zijn specifiek gericht op een afweging van elementen die voortspruiten uit de vorige en de nieuwe materiële rechtstoestand (vgl. ook N. WATTE, *a.w.* 722. Kritisch ook I.S. JOPPE, *a.w.* 76-77).

Het Hof van Cassatie verwierp die stelling dan ook: het wierp tegen dat "de overgangsbepalingen van de Wet van 14 juli 1976 niets uitstaande hebben met de toepassing in de tijd van een nieuwe Belgische regel inzake wetsconflicten", maar "alleen betrekking hebben op de toepassing in de tijd van wettelijke bepalingen die opgelegd zijn aan echtgenoten waarvan het huwelijksvermogensstelsel aan de Belgische wet is onderworpen" (zie het geciteerde arrest, evenals de concl. Adv.Gen. LIEKENDAEL, *a.w.* 569).

143 Niet de bijzondere overgangsrechtelijke bepalingen, door de wetgever neergelegd in de materiële wet, zijn van toepassing, maar de gemeenrechtelijke bepalingen van overgangsrecht die in het interne recht gelden voor deze rechtsmaterie die onder de betrokken verwijzingsregel valt (N. COIPEL, *a.w.* 484-485, J. ERAUW, *a.w.* 9, A. HEYVAERT, *a.w.* 580, F. RIGAUX, *a.w.* 377 en N. WATTE, *a.w.* 722. Zie, voor Frankrijk, ook P. ROUBIER, *a.w.* 575-577).

Het Hof van Cassatie formuleert in het arrest van 9 september 1993 voor het internationaal privaatrecht dezelfde regel die het volgens zijn vaste rechtspraak uit artikel 2 B.W. haalt: in de regel is een nieuwe wet onmiddellijk van toepassing, maar hiervan “wordt afgeweken wanneer de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet afbreuk zou doen aan vorige toestanden die definitief voltrokken zijn”. Het past de leer van de verkregen rechten *in casu* toe, met de overweging dat “het wettelijk huwelijksvermogensstelsel waaraan de zonder contract gehuwde echtgenoten onderworpen zijn, zo nauw met het huwelijksinstituut verbonden is dat moet worden beschouwd dat, op het ogenblik van het feit waaruit de vermogensrechtelijke gevolgen zijn ontstaan, definitief vaststaat welke wet op de vermogensrechtelijke gevolgen van toepassing is”. Op het ogenblik waarop het huwelijk werd voltrokken, stond in de voorliggende zaak dan ook “onherroepelijk” vast dat het huwelijksvermogensstelsel in dit geval het door de Italiaanse wet bepaalde stelsel zou zijn.

144 Aldus is ook op internationaal privaatrechtelijke verwijzingsregels het gemeenrechtelijke principe van overgangsrecht van toepassing, dat de onmiddellijke werking als regel formuleert. Onduidelijk is nochtans, wanneer het Hof van Cassatie hiervan ook buiten de materie van het huwelijksvermogensrecht zal afwijken op grond van het bestaan van een “verkregen recht”.

De eerder gegeven kritiek op de leer van de verkregen rechten indachtig, kan het door het Hof van Cassatie geformuleerde principe ook zo worden vertaald, dat de leer van de verkregen rechten de keuze van het aanknopingspunt beïnvloedt. Voor het huwelijksvermogensrecht geldt dan het huwelijk als aanknopingspunt, zodat de nieuwe verwijzingsregel onmiddellijk wordt toegepast op alle vermogensrechtelijke verhoudingen die voortspruiten uit een huwelijk, gesloten in een periode vanaf de datum waarop de nieuwe verwijzingsregel in werking trad. Ook dan blijft het probleem wanneer sprake is van een “verkregen” recht, opdat men ook voor andere materies zou weten welk feit telkens als aanknopingspunt dient.

Een ontleding van de toepassing van de leer van de verkregen rechten doet bepaalde rechtsleer vermoeden dat in werkelijkheid sprake is van een bijzonder regime van overgangsrecht voor internationaal privaatrechtelijke verwijzingsregels. Deze rechtsleer vindt in het algemeen weinig navolging. Een bespreking ervan is niettemin nuttig, omdat het daarin ontvouwde regime zou kunnen toelaten te voorspellen wanneer er volgens het Hof van Cassatie sprake is van een “verkregen recht”.

§ 2. Formulering van een bijzonder principe van overgangsrecht in de rechtsleer

145 In de Resolutie over het temporeelrechtelijk probleem in het internationaal privaatrecht, aangenomen door het Institut de droit international op 31 augustus 1981, worden enkele aanbevelingen gegeven ter oplossing van het overgangsrechtelijk probleem (*Annuaire IDI*, 1982, 113. Zie voor het voorlopig verslag en het eindverslag van rapporteur Graveson, evenals de ontwerp-resolutie, *Annuaire IDI*, 1979, 58 e.v. Voor een kritische bespreking: I.S. JOPPE, *a.w.* 101 e.v.).

Artikel 6 raadt aan om een zo groot mogelijke bescherming te verlenen aan de verkregen rechten, in het bijzonder in voortdurende rechtstoestanden zoals het per-

soonlijk statuut, de eigendom en verbintenissen. Artikel 7 beveelt aan om in elk geval steeds rekening te houden met de continuïteit en de cohesie van het gehele regime.

Hieruit blijkt duidelijk het belang dat wordt gehecht aan het onder het oude recht geldende regime en de aansluiting die wordt gezocht bij de traditionele leer van de verkregen rechten (zie ook I.S. JOPPE, *a.w.* 103, die betreurt dat de op grond van het oude recht verkregen rechten niet nog zwaarder doorwogen als uitgangspunt voor de resolutie).

Dat is een bekommernis die ook in de Belgische rechtscultuur, in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de commentaren in de rechtsleer tot uiting komt.

146 Toch is de formulering van het verkregen recht in het cassatie-arrest van 9 september 1993 merkwaardig.

Het Hof van Cassatie verwijst niet naar het principe van overgangsrecht zoals dat voor het materiële huwelijksvermogensrecht geldt, maar beschouwt het als een definitief, onherroepelijk verkregen recht, te weten welk wettelijk stelsel van toepassing is op de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk. De kwalificatie als “verkregen recht” heeft nochtans maar zin in het materiële recht (N. COIPEL, *a.w.* 488-489): men gaat uit van een bepaalde, inhoudelijke rechtssituatie die niet meer kan worden gewijzigd. Bovendien blijkt dat het toepasselijke stelsel inhoudelijk wél kan wijzigen in de loop van het huwelijk (zie de concl. Adv.Gen. LIEKENDAEL, *a.w.* 570 en N. COIPEL, *a.w.* 489, evenals M. LIENARD-LIGNY, *a.w.* 402, die opmerkt dat intussen inderdaad niet enkel naar Belgisch recht, maar ook naar Italiaans recht inhoudelijke wijzigingen waren doorgevoerd; zie ook N. WATTE, *a.w.* 715).

147 De problematiek van het overgangsrechtelijke regime van internationaal privaatrechtelijke verwijzingsregels werd in de Belgische rechtsleer hoofdzakelijk besproken voor de materie van het huwelijksvermogensrecht. Daar werd vastgesteld dat onmiddellijke toepassing technisch tot de grootste problemen kan leiden bij de vereffening, omdat, afhankelijk van de datum waarop een rechtshandeling werd gesteld, het ene dan wel het andere stelsel van toepassing zou zijn (J. ERAUW, *a.w.* 13-14 en K. WAUTERS-LAMBEIN, “Problemen van intertemporeel conflictenrecht en het huwelijksvermogensrecht”, *A.J.T.* 1994-95, 183). Door bepaalde rechtsleer wordt daarom gepleit voor een toepassing van de eerbiedigende werking van verwijzingsregels inzake huwelijksvermogensrecht (J. ERAUW, *a.w.* 17 e.v.; zie ook K. WAUTERS-LAMBEIN, *a.w.* 184. *Anders*: P. GRAULICH en LIENARD-LIGNY, *a.w.* 350-351).

Alleszins kan de mening, dat het Hof van Cassatie in het arrest van 9 september 1993 “duidelijk stelling” zou hebben genomen over de eerbiedigende werking als principe (K. WAUTERS-LAMBEIN, *a.w.* 184), niet worden gevolgd. Integendeel heeft het Hof van Cassatie juist de onmiddellijke werking als principe gesteld, maar is het vervolgens van dat principe afgeweken wegens het bestaan van een “verkregen recht”, wat in dit geval weliswaar tot hetzelfde resultaat leidde (zo ook N. COIPEL, *a.w.* 484).

Bovendien worden met het pleidooi voor een eerbiedigende werking van verwijzingsregels inzake huwelijksvermogensrecht, geen aanwijzingen gegeven over het algemene regime van overgangsrecht waaraan verwijzingsregels zijn onderworpen, en met name niet in welke andere gevallen eveneens de eerbiedigende werking zou gelden.

148 Ofschoon de wetgever of de echtgenoten zelf het huwelijksvermogensrechtelijk regime in de loop van het huwelijk kunnen wijzigen, houdt het Hof van Cassatie vast aan de onveranderbaarheid van het door het conflictenrecht aangewezen huwelijksvermogensrechtelijk rechtsstelsel. Advocaat-Generaal LIEKENDAEL merkte op dat de Wet van 1976 dit principe op zich niet had gewijzigd (concl. Adv.Gen. LIEKENDAEL, *a.w.* 570).

COIPEL (*a.w.* 491) meent daarin een aanwijzing te zien dat waar het Hof over verkregen rechten spreekt, eigenlijk wat anders wordt bedoeld en met name een analogie met de internationaal privaatrechtelijke figuur van het "conflict mobile".

Deze figuur heeft betrekking op het vaststellen van het moment waarop een variabel aanknopingspunt in het conflictenrecht wordt gefixeerd (F. RIGAUX, *a.w.* 375). Het wordt gehanteerd wanneer een feitelijke situatie, die als aanknopingsfactor dient voor een verwijzingsregel, wordt gewijzigd in de loop van een rechtsverhouding, bv. een wijziging van nationaliteit of verblijfplaats. Voor sommige materies wordt een "onveranderbaarheid" aangenomen, zodat de situatie beheerst blijft door het oorspronkelijk aangeduide rechtsstelsel: de oorspronkelijke nationaliteit, de eerste verblijfplaats. Dat is het geval in het huwelijksvermogensrecht, dat beheerst blijft door het stelsel dat wordt aangeduid door de eerste concretisering van de aanknopingsfactor – in geval van een gemengd huwelijk: voorheen de eerste nationaliteit van de man, nadien de eerste echtelijke woonplaats.

COIPEL wijst erop dat het materiële en het internationaal privaatrechtelijke overgangsrecht met elkaar de problematiek van een wijziging van juridische regels gemeen hebben, maar dat het "conflict mobile" en het internationaal privaatrechtelijke overgangsrecht nog dichter tegen elkaar aanleunen omdat zij met elkaar een temporele dimensie van het conflictenrecht met elkaar gemeen hebben (N. COIPEL, *a.w.* 491).

Ook HEYVAERT (*a.w.* 578 e.v.) behandelt het "conflict mobile" en de wijziging van de conflictenregel als een gelijkaardige problematiek. JOPPE (*a.w.* 15 e.v. en verder) behandelt het "conflict mobile" eveneens als een probleem van opeenvolging van rechtsregels, voortvloeiend uit het eigenlijke ruimtelijke conflict.

Die stelling wordt in de rechtsleer in het algemeen niet gevolgd (zie bv. F. RIGAUX, *a.w.* 375 en N. WATTE, *a.w.* 696). Toch wordt ook elders minstens gewaarschuwd voor het "conflict mobile" om te verklaren waarom bv. een huwelijksvermogensrechtelijk regime, bij een wijziging in het conflictenrecht, beheerst dient te blijven door de oude verwijzingsregels (zie J. ERAUW, *a.w.* 20-21).

149 Overeenkomstig die visie zouden voor een wijziging in het conflictenrecht dus bijzondere regels van overgangsrecht gelden: in principe wordt de gemeen-

rechtelijke overgangsregeling gevolgd die naar intern recht geldt voor de rechtsmaterie waarop de verwijzingsregel betrekking heeft. Indien echter volgens het “conflict mobile” de duurzaamheid van de oorspronkelijke aanknopingsfactor wordt voorgeschreven, geldt de eerbiedigende werking.

Deze regel wordt niet als zodanig als overgangsrechtelijk regime geformuleerd door het Hof van Cassatie. Hij zou misschien wel een houvast kunnen bieden om te voorspellen wanneer volgens het Hof sprake is van een “verkregen recht” op de toepassing van een bepaald rechtsstelsel. Voor het huwelijksvermogensrecht bv. blijven de verwijzingsregels gelden die op het ogenblik van het huwelijk werden aangewezen, ook voor rechtshandelingen die worden gesteld na het in voege treden van een nieuwe verwijzingsregel (J. ERAUW, *a.w.* 17). De nieuwe verwijzingsregel geldt voor de huwelijksvermogensrechtelijke regimes die voortvloeien uit een huwelijk dat wordt gesloten na het in voege treden van deze regel.

Het overgangsrechtelijk probleem inzake het conflictenrecht wordt vereenvoudigd door de samenhang met het “conflict mobile” omdat de oplossing voor de ene problematiek meteen de oplossing aanduidt voor de andere. Het wordt anderzijds complexer omdat het “conflict mobile” zelf een technische materie is die wordt gedragen – en gewijzigd – door theorieën in de rechtsleer. Met name in het huwelijksvermogensrecht wordt ook voor het conflictenrecht de “onveranderbaarheid” steeds meer gecontesteerd (zie bv. N. COIPEL, *a.w.* 492-493 en A. HEYVAERT, *a.w.* 579 en 581. Dat leidt tot de problematiek van het “overgangsrecht van het overgangsrecht”, hierover P. ROUBIER, *a.w.* 570-571).

Ook hier blijkt dat de complexiteit van het overgangsrecht vooral zit in zijn samenhang met het materiële recht, zodat voor de concrete toepassing van de principes van overgangsrecht en met name voor het vinden van de juiste aanknopingsfactor, steeds ook een deskundigheid in de betrokken rechtsmaterie is vereist.

AFDELING VII

INTERPRETATIEVE NORMEN

150 Artikel 84 G.W. bepaalt: “Alleen de wet kan een authentieke uitlegging van de wetten geven”. Artikel 133 G.W. bepaalt: “Alleen het decreet kan een authentieke uitlegging van de decreten geven”. Voor ordonnaties en lagere normen zijn geen gelijkkluidende wettelijke of grondwettelijke bepalingen terug te vinden. De artikelen 84 en 133 G.W. zijn echter toepassingen van het algemeen beginsel volgens hetwelk de auteur van een tekst, de enige is die deze kan interpreteren op een authentieke wijze die bindend is voor de rechtssubjecten (*ejus est interpretari legem cuius est condere*) (A. EYLENBOSCH, J. PUT, J. VAN NIEUWENHOVE en K. VERRETH, “De pensioenleeftijd: een kwestie van interpretatie”, in *T.S.R.* 1996, 344). Verder in deze afdeling (§ 3) zal worden verdedigd dat op grond van dat beginsel ook de ordonnantiegever en de lagere regelgever authentieke uitleggingen kunnen geven van hun normen.

De uitdrukkelijke neerlegging van dat beginsel voor de wetgever in de oorspronkelijke Grondwet, was wellicht een reactie van de Belgische grondwetgever van 1831 tegen de machtige positie van de uitvoerende macht in het Koninkrijk der Nederlanden; de grondwetgever had bovendien het oude systeem van het *référé législatif* in het achterhoofd (aldus A. EYLENBOSCH, J. PUT, J. VAN NIEUWENHOVE en K. VERRETH, *a.w.* 345-346 en vtnt. 102).

Niet in te zien valt waarom dergelijke authentieke uitlegging op zich strijdig zou zijn met het systeem van de scheiding der machten en enkel de gerechtelijke macht bevoegd zou zijn voor een ultieme interpretatie (zoals G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 41 stelt. Zie ook kritisch: P. ROUBIER, *a.w.* 244). Ook zonder interpretatieve wet houdt de rechter overigens bij de uitlegging van een wet onder meer rekening met de bedoeling van de wetgever. De kritiek zou slechts terecht zijn wanneer het nog om het oude systeem van het *référé législatif* zou gaan (hierover ook P. ROUBIER, *a.w.* 244 e.v.).

Een wet die een “authentieke uitlegging” geeft van een andere wet is een interpretatieve wet. Anders dan bv. een uitlegging door het bestuur in een interpretatieve omzendbrief, heeft deze wettelijke interpretatie voorrang op rechterlijke interpretaties.

151 Interpretatieve wetten worden geacht geen terugwerkende kracht te hebben en geen wijziging in rechtsposities mee te brengen, maar samen te vallen met de geïnterpreteerde wet (zie o.m. Cass. 7 oktober 1919, *Pas.* 1919, I, 218; 5 februari 1945, *Pas.* 1945, I, 107; 11 december 1947, *Pas.* 1947, I, 535; 21 september 1956, *Arr.Cass.* 1957, 17; 7 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, 410; zie ook R.v.St. Aerts, nr. 27.721, 24 maart 1987 en R.v.St. Lommaert, nr. 43.884, 31 augustus 1993. Eveneens de concl. Proc.-Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH bij Cass. 5 februari 1970, *a.w.* 488, vtnt. 2 en bij Cass. 22 oktober 1970, *a.w.* 158-159. Zie ook F. AMERIJCKX, *a.w.* 12, J. CONSTANT, *a.w.* 58, J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 156 en P.E. TROUSSE, *a.w.* 100. Ook in de Europese rechtsorde: H.v.J. 6 november 1990, z. 345/87, Weddel/Commissie, *Jur.* 1990, I-3847; H.v.J. 7 mei 1991, z. 69/89, *Jur.* 1991, I-2069. Over deze doctrine P. ROUBIER, *a.w.* 245 e.v.).

Dat wordt gepreciseerd in artikel 7 Ger.W.: “De rechters zijn gehouden zich naar de uitleggingswetten te gedragen in alle zaken waarin het rechtspunt niet definitief berecht is op het tijdstip waarop die wetten bindend worden”.

Daarbij rijzen twee vragen. De eerste vraag luidt wie uiteindelijk beoordeelt of een rechtsregel al dan niet interpretatief is en welke gevolgen dat heeft voor de toepassing van de wet in de tijd (§ 1). De tweede vraagt luidt of van een interpretatieve wet, die uitwerking heeft vanaf het ogenblik waarop de uitgelegde wet in werking is getreden, inderdaad kan worden gezegd dat zij in feite geen terugwerkende kracht heeft (§ 2).

Interpretatieve rechtsregels, andere dan wetten of decreten, worden daarentegen geacht slechts voor de toekomst te gelden (H. COREMANS en M. VAN DAMME, *a.w.* 54). Hier rijst de vraag waarom niet hetzelfde regime van overgangsrecht zou worden gevolgd als bij interpretatieve wetten en decreten (§ 3).

§ 1. Kwalificatie van een rechtsregel als interpretatief

152 Een interpretatieve wet of een interpretatief decreet “is een wet of een decreet waarin bepalingen van een vroegere wet of een vroeger decreet worden uitgelegd omdat er onduidelijkheid bestaat over de juiste draagwijdte van de uit te leggen bepalingen” (H. COREMANS en M. VAN DAMME, *a.w.* 53). Volgens het Arbitragehof is een wetsbepaling “interpretatief, wanneer zij, met terugwerkende kracht, een andere wetsbepaling uitlegt en verklaart” (Arbitragehof, nr. 37/93, 19 mei 1993, *B.S.* 9 juni 1993).

ROUBIER (*a.w.* 254 e.v.) noemt twee criteria om een wet als interpretatief te kwalificeren: de oorspronkelijke wet moest onduidelijk, onzeker of controversieel zijn en de interpretatieve wet mag geen nieuwe regel toevoegen. Beide criteria zijn terug te vinden in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, waar het Hof vaststelt dat er sprake is van een uitleggingswet, nu zij “een rechtsvraag oplost, waarvan het antwoord onzeker of betwist was, en door de rechter kon worden gevonden” (Cass. 2 arresten van 4 november 1996, *Arr.Cass.* 1996, 981 en 986).

153 Het eerste criterium is dat de oorspronkelijke wet onduidelijk, onzeker of controversieel was (zie ook G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 41. Vgl. eveneens Cass. 7 oktober 1919, *Pas.* 1919, I, 218).

Dat is terug te vinden in de bovenstaande definitie die in de rechtsleer wordt gevolgd. Het werd ook zo begrepen door de grondwetgever bij de invoering van de bepaling over de authentieke uitlegging van decreten: “Feitelijk is er geen uitlegging mogelijk als het decreet klaar en duidelijk is: er kan slechts grond bestaan tot uitlegging wanneer de zin van het decreet twijfelachtig is ‘en met name tegengesproken of niet verduidelijkt wordt door de parlementaire voorbereiding’” (commissieverslag bij de herziening van artikel 28 G.W., *Gedr.St.* Senaat, B.Z. 1979, 100/25, 4). Het doel van een authentieke interpretatie bestaat er dan in op gezaghebbende wijze vast te leggen wat de precieze betekenis van een bepaalde wet is.

154 Het tweede criterium is dat de interpretatie geen onverwachte wending geeft aan het recht. De interpretatie die de wet geeft had de rechter ook zonder wettelijke hulp moeten kunnen vinden als één van de mogelijke betekenissen (zie ook G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 42). In geen geval mag de interpretatieve wet nieuw recht bevatten (in die zin Cass. 21 september 1956, *Arr.Cass.* 1957, 17. Zie ook de concl. Proc.-Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH bij Cass. 22 oktober 1970, *a.w.* 159).

Voor zover echter wordt aanvaard dat de rechter bij de interpretatie van een wet rekening kan houden met nieuwe ontwikkelingen, geldt dat ook voor de wetgever bij een authentieke interpretatie (P. ROUBIER, *a.w.* 259-260). Bovendien moet de uitlegging gebeuren conform hogere rechtsnormen (Cass. 2 arresten van 4 november 1996, *Arr.Cass.* 1996, 981 en 986). Wanneer bv. een richtlijnconforme interpretatie van een wet ook dient te worden gevolgd met betrekking tot richtlijnen van latere datum (hierover P. POPELIER, *a.w.* 286-287 en de daar vermelde rechtspraak en rechtsleer), kan ook een interpretatieve wet die wet uitleggen overeenkomstig

de latere richtlijn. In dat laatste geval is de geïnterpreteerde wet per definitie onduidelijk of dubbelzinnig, in welk geval er maar plaats is voor een interpretatie conform een latere richtlijn (over deze voorwaarde R. DEVLOO, "Richtlijnconforme interpretatie: bron van recht?", *R.W.* 1993-94, 379 en P. POPELIER, *a.w.* 287).

155 Wanneer de wetgever geen verdere aanwijzingen geeft, dient de wet aan deze voorwaarden te voldoen opdat de rechter haar als interpretatief kan kwalificeren.

Ook zonder aanwijzingen van de wetgever over het temporele toepassingsgebied, dient een interpretatieve wet uitwerking te hebben vanaf de inwerkingtreding van de uitgelegde wet. De wet hoeft overigens niet uitdrukkelijk te vermelden dat zij, in haar geheel of voor een deel, interpretatief is. De rechter kan dit afleiden uit bv. de parlementaire voorbereidingen (zie Cass. 24 november 1936, *Pas.* 1936, I, 428; 7 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, 410).

Indien de wet in de praktijk overkomt als een wijziging van de betrokken regel zelf, dienen duidelijke aanwijzingen te worden teruggevonden voor een retroactieve toepassing. Hetzelfde geldt wanneer een authentieke interpretatie had kunnen worden gegeven op het ogenblik dat de uitgelegde wet in werking trad, maar wanneer een eensgezinde, vaste rechtspraak steeds voor een bepaalde andere interpretatie had geopteerd, zodat de wettelijke uitlegging als een radicale ommekeer wordt aangezien.

156 Een andere vraag is of de rechter ook de naleving van deze twee criteria dient na te gaan wanneer de wetgever uitdrukkelijk bepaalt dat het om een interpretatieve wet gaat. LEWALLE (*a.w.* 169-170) meent dat rechters zich ten onrechte deze bevoegdheid lijken te ontzeggen. In feite kan dergelijk onderzoek wel worden teruggevonden in de rechtspraak, maar dan ter staving van de kwalificatie als interpretatieve wet (bv. Cass. 2 arresten van 4 november 1996, *Arr.Cass.* 1996, 981 en 986).

Voor de vaststelling van het temporele toepassingsgebied, maakt dit nochtans niet zoveel uit. Zelfs indien de rechter de wettelijke kwalificatie zou kunnen corrigeren, dan nog dient hij in de uitdrukkelijke bepaling minstens een aanwijzing te zien van de bedoeling van de wetgever om de wet uitwerking te laten hebben vanaf de inwerkingtreding van de geïnterpreteerde wet (zie ook P. ROUBIER, *a.w.* 252).

Zo loste het Hof van Cassatie in zijn arrest van 21 september 1956 ook de vraag naar het al dan niet interpretatief karakter van een wet op. Indien men de betrokken bepaling als nieuw aanziet, moet die nieuwe bepaling door de rechter met terugwerkende kracht worden toegepast overeenkomstig de bedoeling van de wetgever. Indien men haar voor interpretatief houdt, maakt ze een geheel uit met de bepalingen van de geïnterpreteerde wet die vanaf het begin wordt geacht de zin te hebben zoals in de interpretatieve wet bepaald, derwijze dat de in artikel 2 B.W. ingeschreven regel niet van toepassing is (Cass. 21 september 1956, *Arr.Cass.* 1957, 17).

De toetsing aan de twee criteria kan dan gebeuren in de tweede fase, bij de beoordeling van de temporele functie door de eventueel daartoe bevoegde rechter. Zo zou bv. de toepassing van een onechte "interpretatieve" strafwet die strenger is dan de in de oude wet besloten interpretatie, strijdig zijn met artikel 7 EVRM (zie in die

zin G. SCHUIND, *a.w.* 90).

De situatie zou wel verschillen voor het Hof van Cassatie, dat in principe met een wet die nog niet verbindend was op het ogenblik dat de rechter in laatste aanleg uitspraak deed, geen rekening houdt indien het een gewone retroactieve wet betreft, maar wel indien het om een interpretatieve wet gaat (zie de volgende paragraaf).

157 Als mogelijke beweegredenen voor de wetgever om een interpretatieve wet te stellen, geven EYLENBOSCH, PUT, VAN NIEUWENHOVE en VERRETH (*a.w.* 348 e.v.) de volgende opsomming:

- a. de formulering van de oorspronkelijke wet was niet aangepast aan de feitelijke omstandigheden, die maar blijken bij de concrete toepassing of na nieuwe ontwikkelingen;
- b. de rechterlijke macht past de wetgeving niet toe op een wijze die overeenstemt met de bedoelingen of de wensen van de wetgever;
- c. de uitvoerende macht past de wetgeving niet toe op een wijze die overeenstemt met de bedoelingen of de wensen van de wetgever.

In elk van deze gevallen dienen de twee criteria die een wet als interpretatief kwalificeren in overweging te worden genomen voor een keuze tussen een interpretatieve en een gewone wijzigingswet.

§ 2. Temporele functie van een interpretatieve wet of een interpretatief decreet

158 Traditioneel wordt gesteld dat een interpretatieve wet uit haar aard uitwerking heeft tot op het moment van de geïnterpreteerde wet, omdat zij dient te worden geacht steeds in de geïnterpreteerde wet te zijn besloten.

RUTTIENS noemt daarom de interpretatieve wet als een uitzondering op artikel 190 G.W., volgens hetwelk geen rechtsregel verbindend kan zijn dan na te zijn bekendgemaakt in de vorm bij de wet bepaald (R. RUTTIENS, *a.w.* 19, zie ook H. COREMANS en M. VAN DAMME, *a.w.* 53. Vgl. nochtans Cass. 5 februari 1945, *Pas.* 1945, I, 107, over het moment waarop de interpretatieve wetsbepaling in werking is getreden. Zie ook boven, nr. 35).

Het is echter een fictie te veronderstellen dat de interpretatieve wet reeds eerder in werking trad, omdat zij eigenlijk reeds bestond samen met de geïnterpreteerde wet. Eerdere interpretaties, die anders luidden maar evengoed konden worden gevonden in de geïnterpreteerde wet, waren vóór de inwerkingtreding van de interpretatieve wet niet noodzakelijk als foutief te beschouwen. In werkelijkheid is ook een interpretatieve wet een wet die tot stand komt zoals elke andere wet en die dan ook dezelfde chronologie volgt in haar tijdsstructuur. Dat wil zeggen dat ook hier de wet eerst dient in werking te treden alvorens zij kan worden tegengeworpen.

Dat blijkt overigens ook uit de formulering van artikel 7 Ger.W. volgens hetwelk de interpretatieve wet niet wordt toegepast op rechtspunten die definitief zijn be-

slecht op het tijdstip waarop die interpretatieve wet bindend wordt.

159 Niets belet echter dat de rechter vóór de inwerkingtreding van de uitleggingswet de daarin gevolgde interpretatie volgt, aangezien deze per definitie één van de mogelijke betekenissen neerlegt van de oorspronkelijke wet. Hij is daartoe pas na de inwerkingtreding wettelijk toe verplicht, maar dan ook ten aanzien van eerder voorgevallen en nog niet definitief beslechte feiten. Zo valt het ook in artikel 7 Ger.W. te lezen (zie Cass. 2 arresten van 4 november 1996, *Arr.Cass.* 1996, 981).

De mogelijkheid bestaat dat de rechter in laatste aanleg uitspraak deed vóór de inwerkingtreding van de interpretatieve wet en een andersluidende interpretatie aanhield, maar dat de interpretatieve wet in werking is getreden op het moment dat het Hof van Cassatie uitspraak moet doen. Ook het Hof van Cassatie past in dat geval de interpretatieve wet toe (Cass. 24 november 1936, *Pas.* 1936, I, 428, Cass. 14 maart 1946, *Arr.Cass.* 1946, 105, Cass. 6 maart 1958, *Arr.Cass.* 1958, 489 en 4 november 1996, *Arr.Cass.* 1996, 981. Zie ook J. CONSTANT, *a.w.* 59, P. LEWALLE, *a.w.* 166 e.v., J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 156 en P.E. TROUSSE, *a.w.* 100). Hetzelfde geldt voor de Raad van State, Afdeling Administratie (o.m. R.v.St. Cabay, nr. 13.779, 6 november 1969 en Belgische Staat, nr. 14.253, 17 september 1970).

Nochtans zien het Hof van Cassatie en de Raad van State enkel toe op de legaliteit van de rechterlijke beslissing op het ogenblik dat deze beslissing werd genomen, zodat ze die andersluidende interpretatie in theorie zouden kunnen aannemen. De rechter is op dat moment echter in kennis gesteld van de “ware” betekenis van de toegepaste wet, zodat hij de door de interpretatieve wet aangehouden interpretatie als de enige juiste zal aannemen (*vgl.* ook G. CLOSSET-MARCHAL, *a.w.* 49). Volgens het Hof van Cassatie verplicht artikel 7 Ger.W. hem daartoe (Cass. 2 arresten van 4 november 1996, *Arr.Cass.* 1996, 981 en 986).

160 Het Hof van Cassatie stelt, zoals vermeld, dat er geen sprake is van retroactiviteit, omdat de rechter, juridisch gezien, slechts de geïnterpreteerde wet toepast en niet de interpretatieve wet. De rechtsgevolgen van de wet worden niet gewijzigd (P. VAN ORSHOVEN, “De kraai en de puid”, *t.a.p.* 12).

De verplichting om déze bepaalde interpretatie te volgen, ontstaat nochtans uit de interpretatieve wet, en niet uit de geïnterpreteerde wet, die immers meerdere mogelijkheden openlaat.

Op rechtsfeiten die niet onder het toepassingsgebied vielen van een wet, overeenkomstig één van haar mogelijke interpretaties, moet de latere, interpretatieve wet toch worden toegepast. Om die reden kan de rechtsleer worden gevolgd luidens dewelke een interpretatieve wet in feite retroactief is (zie o.m. E. CEREXHE, B. HAUBERT en J. REGNIER, *a.w.* 356, A. EYLENBOSCH, J. PUT, J. VAN NIEUWENHOVE en K. VERRETH, *a.w.* 353, L.J. HIJMANS VAN DEN BERGH, *a.w.* 16 en 35 e.v., G. LEVASSEUR, *a.w.* 199-200, P. LEWALLE, *a.w.* 166 e.v., G. LEVASSEUR, *a.w.* 199-200 en P. ROUBIER, *a.w.* 246 e.v. In die zin ook H. COREMANS en M. VAN DAMME, *a.w.* 82). Ook het Arbitragehof volgt die stelling (Arbitragehof nr. 37/93, 19 mei 1993, *B.S.* 9 juni 1993. Zie L.P. SUETENS, *a.w.* 219).

De kwalificatie van een rechtsregel als interpretatief, geeft derhalve slechts een aanduiding over zijn temporele functie: hij werkt terug tot het moment waarop de geïnterpreteerde rechtsregel in werking trad.

De vraag of aan deze rechtsregel, interpretatief of niet, dergelijke terugwerkende kracht mocht worden gegeven, komt pas aan de orde bij de beoordeling van de temporele functie.

CLOSSET-MARCHAL (*a.w.* 41 e.v.) weerlegt de stelling dat het in werkelijkheid gaat om een retroactieve werking met het argument dat, als men van oordeel is dat elke wet, ook een interpretatieve, iets nieuws brengt, dat verwijt voor elke interpretatie zou gelden, ook voor een rechterlijke, bv. bij een wijziging door het Hof van Cassatie van zijn rechtspraak. Dat kan nochtans moeilijk als een tegenargument worden gezien.

Het terugwerkende effect van rechterlijke interpretaties kan moeilijk worden ontkend, zeker in geval van omkering van een tot dan vaststaande rechtspraak (zo ook P. ROUBIER, *a.w.* 248). Juist daarom zou een onderzoek naar "beginselen van behoorlijke rechtsbedeling" met name licht kunnen werpen op de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel op rechterlijke uitspraken (zie bv. M. ADAMS, "De retroactieve werking van wijzigingen in de rechtspraak", in *De retroactiviteit van rechtsregels*, *a.w.* 23-38).

161 De terugwerkende kracht van een interpretatieve wet geldt ook in strafzaken als principe van overgangsrecht (zie ook J. CONSTANT, *a.w.* 58, P. DE VROEDE, *a.w.* 162-163, L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *a.w.* 131, J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, *a.w.* 156, P.E. TROUSSE, *a.w.* 100, F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *a.w.* 193 en M. VERDUSSEN, *a.w.* 128-129).

Wel wordt ervoor gepleit bij wet te bepalen dat een interpretatieve strafwet slechts zou terugwerken indien de nieuwe interpretatie gunstiger is, hierover TULKENS en VAN DE KERCHOVE (*a.w.* 193, vtnt. 283).

De toepassing van de meest gunstige wet wordt daardoor opzij geschoven, indien de oude wet ook interpretaties toeliet die voordeliger waren voor de verdachte.

Maar ook indien men zou stellen dat in die gevallen de interpretatieve wet niet terugwerkt, zou niets de rechter beletten de daarin neergelegde interpretatie te volgen als een toepassing van de oude wet. Het adagium in *dubio pro reo* is immers enkel van toepassing in geval er twijfel bestaat over de schuld van de beklagde aan de feiten waarvoor hij wordt vervolgd, maar heeft geen betrekking op de eventuele twijfels die zouden bestaan over de toepasselijkheid of de interpretatie van een wet (Cass. 23 december 1968, *Arr.Cass.* 1969, 400; 2 oktober 1973, *Arr.Cass.* 1974, 123. Zie ook L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *a.w.* 120, F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, 216-217 en C. VAN DEN WYNGAERT, *a.w.* 81).

Niets belet de rechter een interpretatie aan te nemen die in de tekst van de wet besloten ligt, ook al is een voor de verdachte meer gunstige interpretatie mogelijk. Wanneer de nieuwe interpretatie echter een bruuske ommekeer in de rechtspraak zou uitmaken, zou artikel 7 EVRM zich hiertegen verzetten (zie J. VELU en R. ERGEC, *a.w.* 513).

§ 3. Principe van overgangsrecht bij interpretatieve ordonnanties en besluiten

162 Uit de artikelen 84 en 133 G.W. leidt de Raad van State, Afdeling Administratie, af dat andere normgevers dan de wet- en decreetgever, waarvoor niet in een uitdrukkelijke bepaling is voorzien, niet de bevoegdheid hebben om een authentieke interpretatie te geven aan hun eigen normen (R.v.St. Van Doren en Mostert, nr. 14.165, 12 juni 1970 en Vanvinckenroye, nr. 26.359, 15 april 1986). Ook de Afdeling Wetgeving van de Raad van State stelt dat het recht van interpretatie “van zo uitzonderlijke aard” is, dat het niet kan worden uitgebreid tot andere regelgevende organen dan deze aan wie de Grondwet dit recht uitdrukkelijk toekent (advies van de Raad van State, *Gedr.St.* Senaat B.Z. 1979, 261/1, 17-18).

ALEN (*Handboek Staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 97, vtnt. 89) merkt op dat artikel 133 G.W. strikt genomen enkel slaat op gemeenschapsraden, omdat de Grondwet de term “decreet” voorbehoudt aan gemeenschapsdecreten en de term “de in artikel 134 bedoelde regelen” voor gewestelijke decreten en ordonnanties. De bedoeling van de grondwetgever was niettemin zowel gemeenschappen als gewesten de bevoegdheid tot authentieke interpretatie toe te kennen (verslag bij de herziening van artikel 28 G.W., *Gedr.St.* BZ 1979, 100/25, 2).

Een rechtsgrond voor de authentieke interpretatie van gewestdecreten zou, aldus ALEN, wel kunnen worden gevonden in artikel 19 BWHI, waarin aan gewestnormen kracht van wet wordt gegeven (A. ALEN, *a.w.* 97, vtnt. 89). De bepaling die alle decreten wetskracht verleent, zou dan meteen de betekenis van artikel 133 G.W. verruimen tot alle decreten. Artikel 8 Brusselwet maakt artikel 19 BWHI echter ook van toepassing op ordonnanties, zodat deze ook “kracht van wet” hebben. Vraag is of louter het verschil in terminologie een analoge verruiming van de bevoegdheid tot het geven van een authentieke interpretatie van ordonnanties zou kunnen verhinderen.

In dat geval heeft de rechter het laatste woord over de interpretatie van een besluit of een ordonnantie (R.v.St. Van Doren en Mostert, nr. 14.165, 12 juni 1970 en Vanvinckenroye, nr. 26.359, 15 april 1986).

Vervolgens wordt gesteld dat, ook al heeft elke normsteller de bevoegdheid om zijn normen te interpreteren, uit de artikelen 84 en 133 G.W. volgt dat interpretatieve wetten en decreten uitwerking hebben tot het moment van inwerkingtreding van de uitgelegde wet. Uit het ontbreken van gelijkkluidende bepalingen voor andere normstellers volgt dan dat andere interpretatieve normen niet dergelijke uitwerking hebben (R.v.St. Van Doren en Mostert, nr. 14.165, 12 juni 1970. Eveneens H. COREMANS en M. VAN DAMME, *a.w.* 54 en W. VAN ASSCHE, *a.w.* 112-113. Zie daarentegen R.v.St. Vanvinckenroye, nr. 26.359, 15 april 1986).

163 Volgens het Hof van Cassatie daarentegen is de uitvoerende macht wel bevoegd om een authentieke interpretatie te geven aan haar besluiten (Cass. 10 januari 1949, *Arr.Cass.* 1949, 19. Zie ook Cass. 14 maart 1946, *Arr.Cass.* 1946, 105 en 11 december 1947, *Arr.Cass.* 1947, I, 535. *Vgl.* eveneens Cass. 7 april 1959, *Arr.Cass.* 1959, 601).

Deze stelling is het meest verdedigbaar. Er werd immers vastgesteld dat de bevoegdheid tot interpretatie van de eigen normen voortvloeit uit het beginsel *ejus est interpretari legem cujus est condere* (zie ook de reactie van de regering op het

geciteerde advies van de Raad van State, Memorie van Toelichting bij het ontwerp van bijzondere Gewest- en Gemeenschapswet, *Gedr.St.* Senaat B.Z. 1979, 261/1, 11).

Volgens VAN ASSCHE (*a.w.* 113) is dat een broos argument, omdat luidens artikel 105 G.W. de Koning geen andere macht heeft dan die welke de Grondwet en de bijzondere krachtens de Grondwet uitgevaardigde wetten hem uitdrukkelijk toekennen. Wat de rechtsspreuk tot uitdrukking brengt is echter dat de bevoegdheid tot het geven van een authentieke interpretatie inherent is aan de bevoegdheid tot het stellen van normen. Meer betwistbaar is dan ook het arrest waarin het Hof van Cassatie de wet, die een Regentsbesluit uitlegt, zonder meer erkent als een interpretatieve wet (Cass. 6 maart 1958, *Arr.Cass.* 1958, 489).

De uitwerking tot op het ogenblik waarop de uitgelegde regel in werking treedt, vloeit hieruit eveneens voort. Ook voor een interpretatieve wet of een interpretatief decreet is dat niet uitdrukkelijk bepaald in de Grondwet (zie ook A. EYLENBOSCH, J. PUT, J. VAN NIEUWENHOVE en K. VERRETH, *a.w.* 352). Het is, volgens rechtspraak en rechtsleer, inherent aan een interpretatieve tekst: die verduidelijkt wat altijd reeds in de geïnterpreteerde tekst besloten lag. Die redenering zou dan ook, zoals het Hof van Cassatie doet (Cass. 10 januari 1949, *Arr.Cass.* 1949, 19), dienen te worden gevolgd voor de interpretatieve normen, andere dan wetten en decreten (*vgl.* in die zin A. VRANCKX, *a.w.* 77).

Dat kan *a contrario* ook blijken uit het arrest-Lommaert van de Raad van State (R.v.St. Lommaert, nr. 43.884, 31 augustus 1993).

Hier ging het weliswaar niet om een authentieke interpretatie, maar om de interpretatie van een KB bij een ministeriële omzendbrief. Dergelijk rondschrĳven is, ofschoon niet bindend voor de rechter, toch verplichtend voor de ambtenaren die het KB dienen toe te passen. Wat relevant is voor een toepassing op ook authentieke interpretaties, is de temporele functie die eigen wordt geacht aan interpretatieve teksten *tout court*.

Opmerkelijk is dat de Raad van State niet een eventuele terugwerkende kracht moest verklaren, maar juist de werking voor de toekomst. Ofschoon, aldus de Raad, een interpretatieve omzendbrief juridisch-technisch niet als een wijziging van de rechtspositieregeling kan worden beschouwd, hield de nieuwe interpretatie echter een zo radicale ommekeer in ten aanzien van de reeds bijna twintig jaar bestaande interpretatie, dat ze in de praktijk kon overkomen als een wijziging van de betrokken regel zelf. De Raad paste aldus de boven vermelde criteria toe voor de kwalificatie van een interpretatieve omzendbrief.

164 De Afdeling Wetgeving van de Raad van State ontzegt de normstellers het recht op het geven van een authentieke interpretatie aan hun normen indien daarvoor geen uitdrukkelijke basis in de Grondwet is terug te vinden, omdat dergelijk recht "van zo uitzonderlijke aard" is. Deze uitzonderlijke aard is terug te voeren op de implicaties die de Raad ziet in een authentieke interpretatie. Deze zou inhouden dat "de wetgever achteraf een vroegere wet zo mag uitleggen dat de vroegere wet geacht moet worden steeds en voor eenieder die betekenis te hebben gehad, in voorkomend geval aldus ingrijpend in inmiddels verworven rechtstoestanden" (advies van de Raad van State, *Gedr.St.* Senaat B.Z. 1979, 261/1, 17-18. Zie ook H. COREMANS en M. VAN DAMME, *a.w.* 53).

Nochtans hebben wet-, decreet- en ordonnantiegever geen uitdrukkelijke grond-

wettelijke bepaling nodig om rechtsregels te stemmen met een daadwerkelijke terugwerkende kracht. Bovendien kan ook de waarde van “verkrege rechten” worden gerelativeerd in een ruimer concept van “rechtszekerheid” (zie verder, nr. 302). Uit de definitie van een authentieke interpretatie blijkt dat de oorspronkelijke situatie reeds onduidelijk of controversieel was, wat precies het argument van het rechtszekerheidsbeginsel ontkracht (zie verder, nrs. 311-313).

In elk geval heeft een authentieke interpretatie niet tot gevolg dat wordt teruggeko- men op een rechterlijke beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan vooraleer de interpretatieve tekst in werking is getreden (art. 7 Ger.W.; zie ook H. COREMANS en M. VAN DAMME, *a.w.* 53. Zie ook reeds voor de inwerkingtreding van artikel 7 Ger.W., o.m. Cass. 20 juni 1854, *Arr.Cass.* 1854, I, 280).

165 TIBERGHIE stelt dat een authentieke uitlegging door bestuursorganen slechts uitwerking heeft vanaf de inwerkingtreding van het interpretatief besluit, en niet vanaf de inwerkingtreding van het geïnterpreteerde besluit, omdat dit laatste in werkelijkheid een retroactieve werking uitmaakt en bestuursorganen in dat geval stuiten op artikel 2 B.W. (*Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 39).

Artikel 2 B.W. geeft echter een richtlijn voor de interpretatie van de temporele functie van een rechtsregel. Het retroactiviteitsverbod voor bestuursregelgeving daarentegen vloeit voort uit een algemeen rechtsbeginsel en komt maar aan de orde bij de b e o o r d e l i n g van de temporele functie. Artikel 2 B.W. belet niet dat bij de vaststelling van het temporele toepassingsgebied, wordt gekeken naar de aard van de rechtsregel en wordt vastgesteld dat een uitwerking tot een eerdere datum daar- aan inherent is.

AFDELING VIII

RECHTSHERSTEL NA EEN VERNIETIGINGSARREST VAN DE RAAD VAN STATE

166 De Raad van State kan besluiten van een Belgisch bestuur vernietigen met in principe retroactieve werking. Het bestuur is verplicht het nodige te doen, opdat de rechtstoestand die bestond voordat het vernietigde besluit werd genomen, in de mate van het mogelijke wordt hersteld (A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *a.w.* 793).

De verplichting tot r e c h t s h e r s t e l kan het bestuur ertoe nopen nieuwe besluiten te treffen of ze kan het bestuur dit juist verbieden. Indien rechtsherstellende beslui- ten worden genomen, hangt de temporele functie van die besluiten af van de vraag of het bestuur verplicht is tot het nemen van een welbepaald besluit op een wel- bepaald ogenblik.

167 Voor rechtsherstellende bestuurshandelingen die na een vernietiging worden genomen zonder dat daartoe een verplichting bestaat, gelden de algemene princi-

pes van het overgangsrecht. Deze bestuurshandelingen hebben in principe geen terugwerkende kracht (zie R.v.St. Taveirne e.a., nr. 69.471, 5 november 1997), ofschoon in de fase van de beoordeling van de temporele functie een eventuele retroactiviteit eerder zal worden aanvaard (zie boven, nr. 200. Zie ook P. LEWALLE, *a.w.* 265 e.v. en “L’annulation des actes et règlements administratifs par le Conseil d’Etat”, in *Les nullités en droit belge*, Luik, Eds. du jeune barreau de Liège, 1991, 414-415).

De geldigheid van deze handelingen wordt beoordeeld met verwijzing naar de regelgeving van toepassing op het ogenblik dat zij worden gesteld (R.v.St. Mathieu, nr. 4.312, 27 mei 1955; Van Lantschoot, nr. 11.533, 1 december 1965; Callebaut, nr. 13.114, 10 juli 1968; Godaert, nr. 14.112, 29 april 1970; Constandt, nr. 64.259, 30 januari 1997. Zie W. LAMBRECHTS, *Geschillen van bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 211, P. LEWALLE, *a.w.* 271 en “L’annulation”, *a.w.* 413, J. LUST, “De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State”, in *Benoemingen en bevorderingen en de Raad van State, I*; OPDEBEEK (ed.), Brugge, Die Keure, 1997, 141 en M. VAN DAMME, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, *a.w.* 137).

Dat betekent dat, ook wanneer het eerste besluit was vernietigd wegens strijdigheid met de regelgeving, een identieke beslissing kan worden genomen indien intussen de toepasselijke regelgeving is gewijzigd. De wijziging van de regelgeving met het enkele doel een onrechtmatig beoordeeld besluit toch mogelijk te maken, maakt echter een machtsafwending uit (vgl. R.v.St. Kindt, nr. 2.030, 10 december 1952, *anders*: Zie P. LEWALLE, “L’annulation”, *a.w.* 412-413). Ook mag een identieke beslissing genomen overeenkomstig de nieuwe regelgeving, niet terugwerken, zodanig dat een eerdere vernietiging door de Raad van State wordt uitgehold (R.v.St. Van den Abbeele, nr. 60.149, 13 juni 1996).

168 Anders is het wanneer uit de regelgeving en het arrest blijkt dat de bestuurde het recht had dat een welbepaalde beslissing werd genomen op het ogenblik van het vernietigde besluit, en dus het bestuur een gebonden bevoegdheid had om een welbepaalde beslissing te nemen binnen een bepaalde termijn (R.v.St. Godaert, nr. 14.112, 29 april 1970. Zie in dit verband P. LEWALLE, “L’annulation”, *a.w.* 417 over het onderscheid tussen een “compétence ‘liée’” en een “compétence ‘ligotée’”). Dat is bv. het geval wanneer de Raad van State niet enkel een benoeming, maar ook de niet-benoeming van de verzoeker vernietigde, omdat de benoeming aan niemand anders kon toekomen.

Gesteld wordt dat deze herstelbesluiten terugwerken tot het ogenblik waarop de vernietigde beslissing werd genomen (R.v.St. Tibax, nr. 20.599, 30 september 1980. Zie W. LAMBRECHTS, *a.w.* 212, P. LEWALLE, *a.w.* 271, J. LUST, *a.w.* 132 en J. SALMON, *a.w.* 361). Er wordt niet werkelijk een uitzondering gemaakt op de principes van overgangsrecht, volgens hetwelk, behoudens anders blijkt, een besluit onmiddellijke werking heeft. Alleen wordt van het bestuur verwacht in dit geval juist een retroactieve werking te verlenen aan het besluit. Merkwaardig is dan niet zozeer de temporele functie van het rechtsherstellend besluit, maar wel de temporele werking van de toepasselijke regelgeving. Hierbij wordt uitgegaan van een fictie, die de bespreking van de rechtsgevolgen van vernietigingsarresten precies zo ingewikkeld maakt.

169 De juridische context waarin dergelijk rechtsherstellend besluit wordt genomen is een andere dan degene die geldt voor andere besluiten die op dat ogenblik worden genomen. De legaliteit van het besluit wordt niet beoordeeld door een toetsing aan de regelgeving van kracht op het ogenblik waarop het besluit wordt genomen: de toepasselijke regelgeving is deze die gold op het ogenblik waarop het vernietigde besluit werd genomen (R.v.St. Godaert, nr. 14.112, 29 april 1970. Zie J. LUST, *a.w.* 141).

Dat wordt toegepast als het logisch gevolg van de fictie, die stelt dat het bestuur wordt teruggeplaatst in een verleden situatie, tot het moment waarop het oorspronkelijke besluit werd genomen of, wanneer de overheid verplicht was te beslissen over een beroep en wel binnen een bepaalde termijn, tot het ogenblik waarop het beroep werd ingediend (R.v.St. Van Bever, nr. 23.870, 10 januari 1984; Degreve en Dumont, nr. 37.677, 20 september 1991; Taveirne en Vancauwenberghe, nr. 69.471, 5 november 1997. *Anders*: R.v.St. pvba Gifar en stad Doornik, nr. 19.964, 7 december 1979).

Het rechtsherstellend besluit zelf werkt volgens deze fictie niet werkelijk terug, maar de tijd die is verlopen tussen het ogenblik waarop de oorspronkelijke beslissing werd genomen en het ogenblik waarop ze werd vernietigd, wordt als het ware opgezogen (zie ook A. DE PAUW, "De gevolgen van een annulatie-arrest van de Raad van State", *T.B.P.* 1966, 85-86, die vaststelt dat het in werkelijkheid gaat om een "projectie van het verleden in de toekomst").

Anders is het wanneer een beslissing moest worden genomen binnen een bepaalde termijn, maar de inhoud daarvan niet vaststaat. In dat geval wordt de beslissingstermijn naar voren geplaatst. Zo kan het voorkomen dat in de nieuwe context de termijn voor een uitspraak heropent, maar de gewenste beslissing niet meer kan worden verkregen door het verloop van de tijd. Dat is het geval wanneer men een omvorming van een exploitatie wenst, maar op het ogenblik waarop de Raad van State over de weigering van die omvorming uitspraak doet, de basisvergunning voor die omvorming reeds is verstreken (R.v.St., Defour, nr. 74.360, 11 juni 1998).

170 Tegelijk erkent de Raad dat zijn arresten niet kunnen werken "zoals een soort "tijdmachine" die opnieuw een vroeger moment in het rechtsverkeer en in de maatschappelijke verhoudingen kan herscheppen – het moment juist voor de vernietigde beslissing genomen werd – en die dan, te rekenen van dat tijdstip, het maatschappelijk gebeuren opnieuw in beweging kan zetten en het rechtsverkeer opnieuw, maar anders, d.i. rechtmatig, kan doen verlopen. De techniek van de vernietiging als rechtsherstel bestaat in een beperkt doen alsof, "beperkt" aangezien in heel veel gevallen het volledig ongedaan gemaakt achten van wat gebeurd is, niet echt mogelijk is, o.m. omdat de volledige weerslag van de vernietiging op het sociaal gebeuren en zelfs in het rechtsverkeer meestal niet te achterhalen valt, en ook omdat heel dikwijls het rechtsherstel, indien het volledig zou zijn, een grotere verstoring van het maatschappelijk leven en van het rechtsverkeer zou veroorzaken dan de oorspronkelijke, de te herstellen rechtsverstoring zelf. Meer bepaald zou een volledig rechtsherstel heel wat schade kunnen toebrengen aan vele personen die geen verantwoordelijkheid voor de oorspronkelijke rechtsverstoring dragen en aan wie dan ook om die reden niet de last van de fout van anderen kan worden

gelegd” (R.v.St. Tibax, nr. 20.599, 30 september 1980).

De vernietiging, met haar retroactieve werking, krijgt daardoor een eerder relatief karakter (BOES, “Beschouwingen over de gevolgen van nietigverklaringsarresten van de Raad van State”, in *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 7). Per geval moet steeds worden nagegaan welke de precieze gevolgen van de vernietiging kunnen zijn (R.v.St. Tibax, nr. 20.599, 30 september 1980).

De fictieve samenvoeging van de tijd betreft ook enkel de verhouding tussen het bestuur en de betrokken partijen en tussen het vernietigde en het rechtsherstellende besluit. Besluiten, tot stand gekomen als indirect gevolg van het vernietigde besluit, blijven bestaan voor zover zij niet op hun beurt worden aangevochten, en ook met nieuwe ontwikkelingen en de rechten van derden, ontstaan uit de onder het vernietigde besluit heersende rechtstoestand, wordt rekening gehouden (R.v.St. Tibax, nr. 20.599, 30 september 1980). Op in kracht van gewijsde gegane beslissingen van andere rechtscolleges mag niet meer worden teruggekomen (A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *a.w.* 791).

171 De Raad van State is zich er dus van bewust dat de werkelijkheid soms moeilijk kan worden aangepast aan de fictie die hij tot leven roept, zeker indien intussen verscheidene jaren zijn verstreken. Voor het bestuur is het vaak een moeilijke oefening na te gaan in hoeverre de verleden situatie terug dient te worden opgeroepen en in hoeverre bij het nemen van een nieuwe beslissing kan worden rekening gehouden met de nieuwe ontwikkelingen en regelgeving.

De rechtsgevolgen van een vernietigingsarrest zouden er alleszins iets duidelijker op worden, wanneer de fictie van de tijdmachine, die wordt ingesteld en tegelijk gerelativeerd, zou worden verlaten voor een meer technische formulering van de rechtsherstellende plicht in termen van juridisch overgangsrecht.

De situatie zou dan zijn dat een rechtsherstellend besluit, tot het nemen waarvan het bestuur een gebonden bevoegdheid heeft, wordt gesteld op het huidige ogenblik. Het besluit is ook pas vanaf dat ogenblik tegenstelbaar aan derden (R.v.St. Tibax, nr. 20.599, 30 september 1980). De tussentijdse ontwikkelingen en de huidige regelgeving gelden als context voor de motivering van de beslissing, maar de legaliteit van de beslissing wordt gemeten naar de regelgeving die gold op het ogenblik dat het vernietigde besluit werd genomen. Voor rechtsherstellende maatregelen die voortvloeien uit een gebonden bevoegdheid geldt derhalve als principe van overgangsrecht de eerbiedigende werking van de toepasselijke regelgeving (in die zin ook P. LEWALLE, *a.w.* 271, 344 e.v. en 400).

De fictie blijft evenwel noodzakelijk om de verdere reconstitutie te verklaren van bv. de loopbaan die de betrokkene “zou hebben” doorlopen, moest hem van in het begin recht zijn gedaan (zie R.v.St. Van Lantschoot, nr. 11.533, 1 december 1965 en Tibax, nr. 20.599, 30 september 1980. Over de wijze waarop de loopbaan dient te worden hersteld, A. DE PAUW, *a.w.* 89-91). Voor elke opvolgende beslissing geldt ook dan weer de eerbiedigende werking van de toepasselijke regelgeving.

TITEL III

BEOORDELING VAN DE TEMPORELE FUNCTIE

HOOFDSTUK I

INVALSHOEKEN VOOR DE BEOORDELING VAN DE TEMPORELE FUNCTIE

AFDELING I

DIVERSE INVALSHOEKEN EN DE DAARUIT VOORTVLOEIENDE BEOORDELINGSTECHNIEKEN

172 De vraag of de toekenning van een bepaalde temporele functie aan een norm al dan niet rechtmatig is, hangt af van het perspectief van waaruit men beoordeelt. Verschillende invalshoeken zijn mogelijk. In de volgende paragrafen zal de beoordeling worden besproken vanuit de invalshoeken van het legaliteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, de behoorlijke rechtsbedeling, het eigendomsrecht en het rechtszekerheidsbeginsel. De beoordeling vanuit het perspectief van het rechtszekerheidsbeginsel voert op zijn beurt tot verschillende resultaten naargelang de invulling van dit beginsel als een toepassing van de doctrine van de verkregen rechten dan wel als een bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen gebeurt.

173 Het beoordelingsperspectief dat de rechter zal aannemen, hangt af van de bevoegdheden van deze rechter. De gewone rechter, die niet bevoegd is om een formele wet te toetsen, zal eerder teruggrijpen naar het legaliteitsbeginsel. Het Arbitragehof kan enkel toetsen aan het gelijkheidsbeginsel of aan rechtsbeginselen in combinatie met dit gelijkheidsbeginsel, wat hem dwingt tot een relatiever beoordelingsperspectief, dat ruimte laat voor een belangenafweging. Het Europees Hof voor de Mensenrechten kan enkel toetsen aan bepalingen van het EVRM. De beoordeling van de temporele functie wordt dan opgehangen aan hetzij artikel 6 EVRM, waarin het perspectief van de behoorlijke rechtsbedeling wordt ingepast, hetzij artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM, waarin het rechtszekerheidsbeginsel wordt ingepast.

174 Het beoordelingsperspectief hangt ook af van de traditie en functie van een bepaald hof. De Raad van State maar vooral het Hof van Cassatie hebben nog hun wortels in een meer positivistische traditie, waarin eerder weinig ruimte wordt gelaten voor een soepele werking van algemene rechtsbeginselen maar waarin de doctrine van de verkregen rechten nog domineert. De Raad van State relateert in het leerstuk van de intrekking het legaliteitsbeginsel ten voordele van de verkregen rechten, vanuit zijn functie als beschermer van het rechtssubject tegen het overheidshandelen. Voor het Rekenhof daarentegen, dat een oordeel velt vanuit zijn functie als controle-orgaan op de wettigheid van overheidshandelingen, domineert in datzelfde leerstuk een absoluut legaliteitsbeginsel. Naarmate de rechtscultuur een grotere controle van de rechter op het overheidsoptreden toestaat, wint ook het belang van algemene rechtsbeginselen veld. De gewone rechter pakt, gesterkt door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, stilaan ook formele wetgeving aan via een toetsing aan het EVRM.

§ 1. Beoordelingstechnieken

175 De gevolgde beoordelingstechniek is afhankelijk van het perspectief van waaruit wordt beoordeeld. In het ene geval is zij strenger dan in het andere.

De beoordeling vanuit het perspectief van de wettigheid van het overheidsoptreden, leidt tot een zeer strikt en daarom voorspelbaar schema. Een bepaalde temporele functie is hetzij strijdig hetzij niet strijdig met een bepaling van positief recht. Indien deze bepaling bv. de terugwerkende kracht van een norm verbiedt, dan zijn alle normen die onder het toepassingsgebied van deze bepaling vallen en retroactieve werking hebben, onregelmatig. Aan de normsteller wordt geen ruimte geboden voor een belangenafweging.

De beoordeling vanuit het perspectief van de verkregen rechten is eveneens erg rigide. Elke aantasting van een verkregen recht is onrechtmatig. Retroactiviteit wordt gelijkgesteld met de aantasting van verkregen rechten, zodat een retroactieve werking steeds ontoelaatbaar is (H.J.M. JEUKENS, *a.w.* 90). Dat kan echter in een spanningsverhouding staan met het legaliteitsbeginsel, voor zover het de eerbiediging door het bestuur van de wet vereist. Dat is met name het geval wanneer een rechtsverlenend maar onregelmatig besluit wordt ingetrokken. De Raad van State heeft hiervoor een schema ontwikkeld, dat op zich rigide en voorspelbaar is, omdat het een afweging tussen legaliteitsbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel *a priori* vastlegt. In hoofdstuk II wordt daarop dieper ingegaan. Daar zal ook blijken dat het schema in de praktijk niet in al zijn rigiditeit kan worden volgehouden.

176 Daartegenover staat de techniek van de belangenafweging, die aan de orde komt bij de toetsing aan rechtsbeginselen en aan de in het EVRM vermelde grondrechten. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens acht de afweging van belangen inherent aan het geheel van het Europees Verdrag (o.m. Eur. Hof, Sporrong en Lönnroth, 23 september 1982, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 52, Eur. Hof, Rees, 17 oktober 1986, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 106, Eur. Hof., James e.a., 26 juni 1986, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 98 en Eur. Hof, Soering, 7 juli 1989, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 161).

Een aantasting van dergelijk grondrecht of rechtsbeginsel maakt nog geen schending uit, wanneer ze kan worden gerechtvaardigd. Een aantasting is met name verantwoord indien de normsteller hiermee een legitiem doel wenst te bereiken, de maatregel hiermee in een causaal verband staat en bovendien proportioneel is met dat doel: er bestaan geen minder nadelige alternatieven en de nadelen van de maatregel wegen niet op tegen de voordelen.

Het voordeel van deze techniek is dat zij meer flexibiliteit en nuances toelaat. Haar nadeel bestaat in de relatieve onvoorspelbaarheid van het rechterlijk oordeel.

177 In het inleidend hoofdstuk werd er reeds op gewezen dat de keuze van een temporele functie of van een overgangsmaatregel het resultaat is van een soms complexe, politieke belangenafweging (zie boven, nr. 7). KNIGGE noemt verschillende factoren die in deze afweging aan de orde komen, zoals de intensiteit van de verwachtingen van het rechtssubject, de mate waarin de door de oude wet

gehandhaafde situatie als onhoudbaar wordt beschouwd, het belang om anticipatie van de nieuwe regeling door de traagheid van de wetgevende procedure op te vangen, en budgettaire overwegingen (G. KNIGGE, *a.w.* 139-147). De auteur ziet dat echter als een louter politieke afweging. Voor een rechterlijke beoordeling is daarbij geen plaats.

Toch kan men vaststellen dat de rechter wel degelijk overgaat tot een belangenafweging bij de beoordeling van een norm aan een grondrecht of een algemeen rechtsbeginsel. In de rechtsleer wordt dat bekritiseerd, omdat de rechter zo op de grens komt van de beleidsvrijheid van de wetgever. Dat is met name het geval bij de proportionaliteitstest, waarbij de voor- en nadelen van een norm tegen elkaar worden afgewogen (zie over deze test W. VAN GERVEN, "Het evenredigheidsbeginsel: een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst", in *In het nu, wat worden zal*, Deventer, Kluwer, 1991, 76-77. Kritisch met name J.H. JANS, "Evenredigheid: ja, maar waartussen?", *S.E.W.* 1992, 751-770).

Nochtans is een afweging van belangen niet vreemd aan de taak van de rechter (hierover uitvoerig, R. DE LANGE, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 284 p. en N. GEELHAND, *Belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht*, I, 953 p. en II, 844 p.). Mits een terughoudende opstelling, kan een evenwicht worden gevonden tussen de beleidsvrijheid van de normsteller en de controlebevoegdheid van de rechter.

178 De rechter mag niet in de plaats van de wetgever een hiërarchie van waarden en belangen opstellen (N. GEELHAND, *a.w.* I, 51), maar dient te zoeken naar een evenwicht (zie ook P. MARTENS, "L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité", in *Présence du droit public et des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1992, I, 67). Daarbij vindt hij steun in het kader en de richtlijnen die hem door de wetgever en de juridische context in het algemeen worden aangeboden (N. GEELHAND, *a.w.* I, 39 e.v.). Uit de rechtspraak kunnen een aantal factoren worden teruggevonden die bepalend zijn bij het zoeken naar dat evenwicht (zie P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak", *a.w.* 1074 e.v. en *a.w.* 254-255. Zie, m.b.t. het EVRM, ook N. GEELHAND, *a.w.* I, 52 e.v.).

a. De afweging is afhankelijk van het referentiekader waarbinnen de rechter recht spreekt. Dat referentiekader bepaalt de juridische waarde van de doelstelling en de geschonden belangen.

WOUTERS illustreert dat aan de hand van het Ierse abortusinformatieverbod (M. WOUTERS, "Grondrechtenbescherming in een communautair referentiekader: een vergelijking tussen de toetsing van een nationaal abortusinformatieverbod aan het EVRM en aan het gemeenschapsrecht", in *Jaarboek Mensenrechten* 1993, Antwerpen, Maklu, 1994, 198 e.v.).

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens weegt de bescherming van de goede zeden, zonder verband met de bescherming van het ongeboren leven, af tegen de voor een democratische rechtsstaat fundamentele vrijheid van meningsuiting (Eur. Hof Open Door en Dublin Well Woman, 29 oktober 1992, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 246). In een gelijkaardige zaak dient de Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie (dat een beoordeling ten gronde heeft kunnen vermijden) daarentegen uit te gaan van de zwangerschapsafbreking als een "dienst", zodat in het kader van de communautaire orde de afweging gebeurt tussen enerzijds de bescherming van het ongeboren leven, als een ethische levensbeschouwelijke beleidskeuze, behorend tot de openbare orde, en anderzijds een slechts beperkte,

potentiële inbreuk op de vrijheid van dienstverrichting (advies bij H.v.J. The Society for the protection of Unborn Children Ireland, *Jur.* 1991, I-4685).

b. Een internationaal of supranationaal rechtscollege zal, bij het bepalen van het gewicht van verschillende belangen en waarden, een grotere beleidsvrijheid laten aan de nationale wetgever, naarmate het een domein betreft dat in de eerste plaats tot de bevoegdheidssfeer van de nationale staat behoort (in het bijzonder m.b.t. ethisch levensbeschouwelijke beleidskeuzes, zie o.m. Eur. Hof Dudgeon, 22 oktober 1981, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 45 en het hiervoor geciteerde advies van W. VAN GERVEN).

Een methode voor dergelijk college om, met eerbiediging van de ruime beleidsvrijheid van de wetgever, toch tot een belangenafweging te komen, bestaat in de “externe rechtsvergelijking”: nagegaan wordt of in de verschillende lidstaten een overeenstemming bestaat over het te bereiken evenwichtspunt (N. GEELHAND, *a.w.* I, 55 e.v. en K. RIMANQUE, “Noodzakelijkheid in een democratische samenleving”, in *Liber Amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, I, 1222 e.v. Zie aldaar voor uitvoerige verwijzingen naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens).

c. De rechter is meer terughoudend ten aanzien van de formele wetgever dan ten aanzien van het bestuur (*vgl.* bv., over de vraag of de inhoud van een bepaalde norm in overeenstemming was met het gelijkheidsbeginsel, ontkenkend, R.v.St. Association des femmes au foyer, nrs. 34.814, 25 april 1990 en 35.013, 23 mei 1990, bevestigend, Arbitragehof nr. 34/93, 6 mei 1993, *B.S.* 29 mei 1993). De beleidsvrijheid van de regelgever is in het bijzonder ruim bij de implementatie van zijn sociale en economische politiek (zie P. POPELIER, *a.w.* 254 en voetnoot 1406).

d. Een hiërarchische waardeschaal kan blijken uit de wil van de grondwetgever, van de wetgever of uit het gehele juridische kader. Bij de “interne rechtsvergelijking” wordt er nagegaan of de wetgever reeds een evenwichtspunt in gelijkaardige gevallen heeft tot stand gebracht (N. GEELHAND, *a.w.* I, 56. Zie verder P. POPELIER, “Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak”, *a.w.* 1074-1075).

e. De afweging gebeurt in functie van de sociaal-economische realiteit, maatschappelijke gebruiken en tradities en wetenschappelijke ontwikkelingen. Die realiteit kan echter evolueren, zodat de proportionaliteit van dezelfde wet op twee verschillende tijdstippen anders kan worden beoordeeld.

Dat blijkt met name uit de arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waar wordt beklemtoond dat het niet toekennen, aan transseksuelen, van het recht op wijziging van de aanduiding van de sekse in de geboorteregisters, in het licht van de huidige sociale realiteit, niet disproportioneel is in het raam van artikel 8 EVRM, maar dat dit blijvend dient te worden beoordeeld met het oog op wetenschappelijke en maatschappelijke ontwikkelingen (Eur. Hof Rees, 17 oktober 1986, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 106 en Eur. Hof, Cossey, 27 september 1990, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 184). De regeling blijft proportioneel zolang (onder meer) geen significante wetenschappelijke ontwikkelingen blijken, die de verwerving van alle biologische karakteristieken van de andere sekse mogelijk maken.

179 Uiteindelijk blijkt de toetsing door de rechter in het kader van een

belangenafweging neer te komen op een controle van de redelijkheid van de regelgeving (P. POPELIER, “Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak”, *a.w.* 1101 en *a.w.* 350. Zie ook C.-A. MORAND, “Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation”, *Dr. et Soc.* 1988, 392).

De rechter dient een terughoudendheid te betrachten, die hem enkel toelaat in manifeste gevallen op te treden (L.P. SUETENS, “De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht”, *R.W.* 1993-94, 1314). Een rechtsregel is “redelijk” wanneer hij wordt ondersteund door plausibele argumenten die een afweging doorstaan tegen argumenten die vanuit een ander perspectief of een andere logica even plausibel voorkomen. Hierbij wordt zowel rekening gehouden met het gedrag en de verwachtingen van een voorzichtig en “redelijk” rechtssubject, als met een zorgvuldig handelende overheid (zie P. POPELIER, “Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak”, *a.w.* 1101 e.v. en *a.w.* 350 e.v.). Redelijkheid en motivering worden zo nauw op elkaar betrokken (zie overigens M. BOES, “Het redelijkheidsbeginsel”, in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, *a.w.* 110 e.v. over de nauwe band tussen beide).

Via de belangenafweging door de rechter wordt de regelgever zo onrechtstreeks een motiveringsplicht opgelegd (zie P. POPELIER, *a.w.* 352 e.v. en 612-613. Zie ook K. WAALDIJK, *Motiveringsplichten van de wetgever*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1994, 463 p.).

Via de motivering van de regelgever, gaat de rechter in de eerste plaats na of de regelgever wel zorgvuldig is geweest en met name of hij, alvorens een beslissing te nemen, de relevante gegevens en belangen heeft verzameld en beoordeeld (hierover P. POPELIER, *a.w.* 354-358, met verwijzingen naar de rechtspraak).

§ 2. Referentienormen

180 De invalshoek, en dus de beoordelingstechniek, hangt mee af van de vraag aan welke normen kan worden getoetst. Meer bepaald rijst de vraag naar de mogelijkheid om aan algemene rechtsbeginselen te toetsen en naar de plaats van deze beginselen in de hiërarchie van de normen. De verwijzing naar algemene rechtsbeginselen brengt immers de techniek van de belangenafweging met zich mee.

181 Traditioneel heerste de opvatting dat de rechter geen formele wetten kon toetsen. Het gevolg was dat een strikt legaliteitsbeginsel werd gehanteerd. De temporele functie van een formele wet kan niet worden bekritiseerd. Elke temporele functie van een lagere rechtsnorm is toelaatbaar wanneer hiervoor een rechtsgrond in een formele wet wordt gevonden.

Ook voor lagere rechtsnormen, waarvan de temporele functie geen grondslag vond in een formele wet, werd de toetsing ingepast binnen een strikte legaliteitscontrole. Artikel 2 B.W. wordt aangehaald als een referentienorm, op grond waarvan de retroactiviteit van besluiten en verordeningen verboden is, zonder dat ruimte wordt gelaten voor enige belangenafweging. Ook de leer van de verkregen rechten wordt

hierin ingepast, daar “retroactiviteit” wordt gelijkgesteld met “aantasting van verkregen rechten”.

Anderzijds laat de onbepaalde definitie van “verkregen rechten” ruimte om ook bij formele wetten een beoordeling van de temporele functie te versluieren door ze in te passen in de fase van de interpretatie van de temporele werking.

182 Sinds het “Smeerkaasarrest” van het Hof van Cassatie (Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, 959) kan elke rechter ook formele wetten toetsen aan internationale en supranationale normen met rechtstreekse werking in de Belgische rechtsorde. Zo wordt ook de Belgische rechtspraak stilaan beïnvloed door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, die de temporele functie van normen toetst aan artikel 7 EVRM, artikel 6 EVRM en artikel 1 van het eerste protocol. De toetsing aan deze twee laatste bepalingen noopt tot het hanteren van de beoordelingstechniek van de belangenafweging.

183 De rechter raakt ook vertrouwd met de beoordelingstechniek van de belangenafweging naarmate de toetsing aan algemene rechtsbeginselen ingeburgerd geraakt.

De stelling dat algemene rechtsbeginselen weliswaar onduidelijkheden in de wet kunnen aanvullen en leemten kunnen opvullen, maar geen voorrang hebben op de wet, die van een rechtsbeginsel kan afwijken om een bepaalde materie te regelen, is lange tijd onbetwist geweest en wordt ook nu nog door veel auteurs aangehangen (zie o.m. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit”, *J.T.* 1970, 567, E. KRINGS, “Aspecten van de bijdrage van het Hof van Cassatie tot de rechtsvorming”, *Arr.Cass.* 1990-91, 9-12, M. VAN HOECKE, “De algemene beginselen als rechtsbron: een inleiding”, in *Algemene rechtsbeginselen*, M. VAN HOECKE, (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1991, 5 en A. VANWELKENHUYZEN, *a.w.* 304. Zie o.m. Cass. 13 september 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 51, R.v.St. Gutmacher, nr. 22.540, 15 oktober 1982, Arbitragehof nr. 32, 29 januari 1987, A.A., 1987, 17. *Vgl.* ook J. SALMON *a.w.* 346-347).

Samen met de traditionele onschendbaarheid van de formele wet, betekent dit dat er slechts ruimte is voor een toetsing aan algemene rechtsbeginselen van lagere rechtsnormen die worden gesteld binnen de discretionaire bevoegdheid van het bestuur (F. DEBAEDTS, “De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht”, *T.B.P.* 1988, 652).

184 Met het “Smeerkaasarrest” en vooral met de inrichting van het Arbitragehof, wordt ook de toetsing van formele wetten een feit. Stilaan wordt bovendien de traditionele stelling, dat algemene rechtsbeginselen nooit voorrang kunnen hebben op formele wetten, doorbroken.

De toetsing door het Arbitragehof aan het gelijkheidsbeginsel, is op zich geen werkelijke uitzondering, nu dit beginsel staat ingeschreven in de Grondwet. Dat gelijkheidsbeginsel wordt echter gerelateerd aan andere rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel, die geen uitdrukkelijke neerlegging vinden in de Grondwet. Dat brengt gezaghebbende auteurs ertoe om, naar Frans model, een

onderscheid te maken tussen “gewone” rechtsbeginselen, en “grondwettelijke rechtsbeginselen” (L.P. SUETENS, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen”, in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, a.w. 5 en 22 e.v. Eveneens L.P. SUETENS, “De retroactiviteit van wetten, decreten en ordonnanties”, a.w. 221. Zie verder A. ALEN, *Handboek Staatsrecht*, a.w. 88, F. DUMON, “Artikel 95 G.W.”, in *Commentaar Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Kluwer, 38, M. LEROY, a.w. 166, A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, a.w. 45 en J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, “Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen”, in *De doorwerking van het publiekrecht*, a.w. 72 e.v. J. SALMON a.w. 347 erkent dit onderscheid, maar noemt het, althans voor de Raad van State, “louter theoretisch”).

In dat geval dient echter te worden uitgemaakt welke rechtsbeginselen precies als “grondwettelijk” kunnen worden beschouwd en welke niet.

Dat onderscheid is niet steeds eenvoudig. ALEN (*Handboek Staatsrecht*, a.w. 88) bv. beschouwt het rechtszekerheidsbeginsel als “grondwettelijk” – het Arbitragehof toetst daaraan gerelateerd aan het gelijkheidsbeginsel –; van het daaruit afgeleide retroactiviteitsverbod mag de wetgever nochtans wel afwijken, behalve in strafzaken waarvoor dit verbod is neergelegd in internationale verdragen én voor zover geen inbreuk op het gelijkheidsbeginsel wordt gemaakt.

VANDE LANOTTE en GOEDERTIER plaatsen in dat verband de beginselen van behoorlijke wetgeving tegenover de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het vertrouwensbeginsel (a.w. 73-74). Uit de rechtspraak van het Arbitragehof blijkt nochtans dat ook de wetgever kan worden gebonden door rechtmatige verwachtingen gewekt door het bestuur bij de invulling van een onbepaalde norm (zie verder, nr. 301).

Een analyse van algemene rechtsbeginselen maakt echter duidelijk dat algemene rechtsbeginselen steeds kunnen worden herleid tot fundamentele rechtsprincipes, die deel uitmaken van de Grondwet in materiële zin (zie P. POPELIER, a.w. 11 e.v. P. VAN ORSHOVEN, “Non scripta, sed nata lex”, in *Algemene rechtsbeginselen*, a.w. 74 en “Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken”, in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, a.w. 14 herleidt alle rechtsbeginselen tot één enkel principe, met name dat van de rechtsstaat. *Anders*: P. POPELIER, a.w. 12 en vtnt. 51).

Hieruit volgt dat alle rechtsbeginselen “grondwettelijk” zijn, maar niet dat zij ook steeds voorrang hebben op een formele wet. Eigen aan de werking van algemene rechtsbeginselen is immers precies hun relatief karakter en de techniek van de belangenafweging (zie P. POPELIER, a.w. 11 e.v.).

185 De erkenning van algemene rechtsbeginselen als referentienormen waaraan ook formele wetgeving kan worden getoetst, blijkt niet enkel uit de rechtspraak van het Arbitragehof. Ze kan ook worden afgeleid uit de rechtspraak van de Raad van State en het Hof van Cassatie, die in principe nochtans terughoudend staan tegenover dergelijke relativering van het legaliteitsbeginsel, en voor wie een verbod geldt om de rechtmatigheid van formele wetten te beoordelen vanuit een andere invalshoek dan dat van rechtstreeks werkend inter- en supranationaal recht.

Bij de Raad van State blijkt dat uit zijn rechtspraak over de intrekking. Wanneer

onrechtmatige, rechtscheppende besluiten niet meer kunnen worden vernietigd door de Raad van State, zijn zij “definitief” en kunnen zij ook niet meer worden ingetrokken, noch krachtens artikel 159 G.W. buiten toepassing worden gelaten (zie verder, hoofdstuk II, afdeling I). Zonder dat uitspraak wordt gedaan over de rechtmatigheid van de wet zelf, waarmee het besluit strijdig is, wordt deze wet toch buiten toepassing gelaten na een voorafgaande afweging *in abstracto* tussen het legaliteits- en het rechtszekerheidsbeginsel in zijn concept van de leer van de verkregen rechten (zie D. D’HOOGHE, *a.w.* 1096).

Het Hof van Cassatie, dat over het algemeen zeer terughoudend staat tegenover algemene rechtsbeginselen en een zeer strikte legaliteitscontrole doorvoert, aanvaardt deze beperking van artikel 159 G.W. niet, zodat volgens dit Hof de exceptie van onwettigheid ook tegen individuele rechtscheppende besluiten te allen tijde kan worden ingeroepen (o.m. Cass. 21 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1045, Cass. 24 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 364, Cass. 19 oktober 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 233, Cass. 10 november 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1291). Nochtans kwam het zelf tot een afweging in concreto tussen het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in een arrest van 27 maart 1992, waar de terugvordering door het fiscale bestuur van afgetrokken belastingen in dat concreet geval strijdig werd geacht met het vertrouwensbeginsel, ofschoon de wet het bestuur hiertoe een gebonden bevoegdheid gaf (Cass. 27 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 727).

186 In een tussenvonnis van 17 maart 1997 toetste de Rechtbank van Brussel zelfs niet langer de toepassing van een wet door het bestuur, maar toetste zij de wet zelf rechtstreeks aan het rechtszekerheidsbeginsel. De wet werd strijdig geacht met dit beginsel; slechts in tweede instantie erkende de rechtbank haar onbevoegdheid om hieraan ook een sanctie te verbinden, zodat een toevlucht werd gezocht tot artikel 1, eerste protocol EVRM en de zitting werd geschorst om de partijen gelegenheid te geven hun conclusies in het licht van die bepaling voor te bereiden (tussenvonnis Rb. Brussel, 17 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 257; zie ook de noot bij dit vonnis, P. POPELIER, “De aansprakelijkheid van de wetgever wegens schending van het rechtszekerheidsbeginsel, *t.a.p.* 264-266).

AFDELING II

LEGALITEIT

187 Een beoordeling vanuit het perspectief van de legaliteit van de normen, houdt een meer positivistische benadering in. Gezocht wordt naar uitdrukkelijke bepalingen die een formeel verbod van een bepaalde temporele functie inhouden. De norm die daarmee in strijd is, is onrechtmatig en moet, naar gelang van de bevoegdheid van de rechter, buiten toepassing worden gelaten of vernietigd worden. Een afweging van belangen komt daarbij niet of slechts in tweede orde (zie verder, nrs. 198 en 200) aan te pas (§§ 1, 2 en 3).

De legaliteit kan echter ook worden opgevat als een algemeen rechtsbeginsel, inclusief de daaraan inherente relatieve werking (§ 4).

§ 1. Bevoegdheidsgrond

188 In het bestuursrecht duikt de stelling op dat een bestuursorgaan een besluit niet zonder schending van zijn bevoegdheid *ratione temporis* kan laten terugwerken tot een datum die voorafgaat aan zijn investituur (J. DEMBOUR, *a.w.* 188, M.-A. FLAMME, *a.w.* I, 335 en 499, J. SALMON *a.w.* 353 *a contrario* en 417, W. VAN ASSCHE, *a.w.* 111 en A. VAN MENSEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK en S. WYCKAERT, *a.w.* 58. Zie ook P. LEWALLE, *a.w.* 143-144).

Een burgemeester kan volgens die redenering bv. geen besluit laten terugwerken tot een datum die voorafgaat aan het ogenblik waarop zijn mandaat is aangevangen. Een retroactiviteit tot een datum waarop zijn mandaat wel reeds was aangevangen, kan niet worden bekritiseerd op deze grond (M.-A. FLAMME, *a.w.* I, 500 en P. LEWALLE, *a.w.* 144). Volgens dezelfde theorie kan een bestuursorgaan evenmin een beslissing nemen die slechts in werking treedt op het ogenblik dat zijn opvolger reeds in functie is getreden (M.-A. FLAMME, *a.w.* 335, J. SALMON *a.w.* 417-418 en A. VAN MENSEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK en S. WYCKAERT, *a.w.* 58).

Deze theorie gaat echter uit van een verwarring met betrekking tot de tijdsstructuur van de normen. De externe regelmatigheid van een besluit wordt beoordeeld met verwijzing naar de regelgeving die gelding had op het ogenblik van zijn ontstaan (zie verder, nr. 23). De temporele functie van een besluit heeft geen betrekking op het moment van ontstaan of inwerkingtreding van het besluit, maar op de periode waarin de feiten, die relevant worden geacht voor het totstandkomen van toekomstige rechtsgevolgen, zich moesten voordoen. Wanneer een besluit is tot stand gekomen op een ogenblik waarop het betrokken orgaan wel degelijk in functie was getreden, kan derhalve een retroactiviteit tot op een ogenblik dat voorafgaat aan de mandaatstermijn noch een uitgestelde werking tot op een ogenblik waarop het mandaat is verstreken, een onbevoegdheid *ratione temporis* meebrengen.

De verdedigers van deze theorie verwijzen naar enkele arresten van de Raad van State ter staving van hun stelling dat een besluit met uitgestelde werking tot een ogenblik waarop het orgaan niet meer in functie is, een bevoegdheidsoverschrijding *ratione temporis* uitmaakt (zie J. SALMON *a.w.* 418, vtnt. 1 en A. VAN MENSEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK en S. WYCKAERT, *a.w.* 58 en hun verwijzingen naar R.v.St. Simoens, nr. 12.924, 26 april 1968; Mortelmans, nr. 13.796, 21 november 1969; Vergucht, nr. 13.922, 27 januari 1970).

In deze arresten gebeurt de vernietiging van benoemingsbesluiten voor betrekkingen die pas tien maanden later vacant zouden worden nochtans niet op grond van een bevoegdheidsoverschrijding *ratione temporis*, maar vanuit de overweging dat door de voortijdige benoeming geen doeltreffende vergelijking van titels en verdiensten kon worden gemaakt. Alleszins is het duidelijk dat er in dergelijke gevallen aanwijzingen van een machtsafwendung te bespeuren zijn.

VRANCKX (*a.w.* 70-71) situeert dit ook in de context van de toegewezen bevoegdheid om op te treden in het algemeen belang. De beoordeling van dat algemeen belang moet gebeuren op een tijdstip waarop de overheid een oordeel kan vellen over de opportuniteit van een bestuurshandeling in het licht van de continuïteit van de openbare dienst en het algemeen belang. Dat geldt met name voor de individuele besluiten, die door de opvolger niet zomaar kunnen worden gewijzigd of opgeheven. De overheid die de beslissing neemt, moet over alle elementen beschikken die het haar mogelijk maken deze beoordeling te doen. Dat kan slechts op een ogenblik dat niet te ver is verwijderd van het tijdstip waarop de gevolgen van de rechtshandeling zullen intreden.

189 Dezelfde vraag rees met betrekking tot de bevoegdheid van Gemeenschappen en Gewesten om rechtsnormen uit te vaardigen, die terugwerken tot op een ogenblik waarop de betrokken materie nog niet aan hen was toegekend maar nog tot het federale bevoegdheidspakket behoorde.

Het Rekenhof acht de decreetgever en *a fortiori* een Gemeenschaps- of Gewestregering hiertoe niet bevoegd, tenzij er sprake zou zijn van een leemte in de reglementering (Rekenhof, 149ste Boek van Opmerkingen, *Gedr.St.* VI.R. 1992-93, 11/1, 97-98).

In de gevallen die aan het Arbitragehof werden voorgelegd, stelde het Hof vast dat in deze gevallen de decreten niet waren aangetast door bevoegdheidsoverschrijding *ratione temporis* vanwege de decreetgever, "aangezien" de terugwerking was vastgesteld op een datum die overeenstemde met de inwerkingtreding van de bijzondere wet die de betrokken materie toewees aan de decreetgever (Arbitragehof nr. 3/89, 2 februari 1989, *B.S.* 25 februari 1989, Arbitragehof nr. 13/89, 31 mei 1989, *B.S.* 22 juni 1989, Arbitragehof nr. 14/89, 31 mei 1989, *B.S.* 22 juni 1989). Deze formulering is wat ongelukkig. Er wordt *a contrario* uit afgeleid dat een terugwerking tot een vroegere datum wel een bevoegdheidsoverschrijding zou hebben uitgemaakt (aldus bv. M. PAQUES, "De l'effet direct d'un décret comme condition de son entrée en vigueur et de la licéité de son exécution par une mesure aux effets rétroactifs", *a.w.* 159).

De Afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft duidelijk gesteld dat een decreetsbepaling wel kan terugwerken tot op een ogenblik waarop de betrokken materie nog niet tot de bevoegdheid van de decreetgever behoorde (advies van 11 mei 1989, *Gedr.St.* VI.R. 1988-89, nr. 222/1, 44). De Raad beroept zich daarvoor op de continuïteit in de uitoefening van de staatsbevoegdheid. Daarmee verwijst hij echter naar een belangenafweging waarvoor in het legalistisch beoordelingsperspectief van de bevoegdheid *ratione temporis* geen plaats is. De eigenlijke reden, met name het feit dat de bevoegdheid wordt beoordeeld met verwijzing naar de regels van kracht op het ogenblik van het ontstaan van de norm (zie o.m. de arresten van het Arbitragehof o.m. nr. 1/89, 31 januari 1989, *B.S.* 3 maart 1989; nr. 14/91, 28 mei 1991, *B.S.* 10 juli 1991; nr. 12/92, 20 februari 1992, *B.S.* 4 maart 1992; nr. 85/93, 16 december 1993, *B.S.* 2 maart 1994; nr. 78/94, 18 oktober 1994, *B.S.* 26 november 1994; nr. 18/95, 2 maart 1995, *B.S.* 31 mei 1995) en het onderscheid tussen het ontstaan van een norm en zijn temporele functie, wordt daarmee niet verhelderd.

190 Een gelijkaardige vraag rees met betrekking tot de bevoegdheid van de decreetgever om een authentieke interpretatie te geven van een wet met betrekking tot een bevoegdheidsmaterie die nadien aan de decreetgever werd toegekend (zie *R.v.St.* De Ridder, nr. 34.348, 13 maart 1990 en F. MEERSCHAUT, "De Raad van State ten aanzien van de verplichting tot prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof: rebel without a cause?", *R.W.* 1990-91, 294. Het vraagstuk werd hier opgeworpen, maar niet beantwoord).

De grondwetgever van 1980 was van oordeel dat de decreetgever hiertoe niet bevoegd is omdat het beginsel *ejust est interpretari legem cujus est condere*, waarvan

de artikelen 84 en 133 G.W. de neerlegging zijn, slechts een interpretatiebevoegdheid toekent aan de eigenlijke auteur van de norm (verslag bij de herziening van artikel 28 G.W., *Gedr.St. Senaat*, B.Z. 1979, nr. 100/25, 3). Met verwijzing naar artikel 2 B.W. werd geoordeeld dat de decreetgever niet bevoegd zou zijn om op die wijze terugwerkende kracht te verlenen aan een decreet.

MEERSSCHAUT (*a.w.* 298) leidt hieruit af dat de grondwetgever artikel 2 B.W. als een bevoegdheidsregel heeft willen toepasselijk maken op decreten, zodat een interpretatieve decreetsbepaling van een wet een schending van de bevoegdheidsverdeling zou uitmaken. De verwijzing naar artikel 2 B.W. als een bevoegdheidsverdelende bepaling tussen Staat, Gemeenschappen en Gewesten voert terug naar de in het vorige randnummer opgevoerde redenering, volgens dewelke de terugwerking *tout court* van een decreet tot een periode vóór de toekenning van bevoegdheden aan de decreetgever een bevoegdheidsoverschrijding *ratione temporis* zou uitmaken. In datzelfde randnummer werd reeds uitgelegd waarom die stelling niet houdbaar is.

Een ander argument zou de verwijzing zijn naar de artikelen 84 en 133 G.W. als bevoegdheidsverdelende bepalingen. Deze bepalingen stellen duidelijk dat de wetgever de authentieke interpretator van wetten en de decreetgever de authentieke interpretator van decreten is. Deze bepalingen moeten echter worden begrepen als de neerleggingen van het beginsel dat enkel de auteur van een norm ook de authentieke interpretator daarvan kan zijn. “Auteur” kan in die zin niet letterlijk worden genomen. De personen die daadwerkelijk optreden als de normsteller volgen elkaar op in de loop der tijd, ook meerderheden binnen een wetgevende vergadering wisselen elkaar af. De “auteur” dient in zijn figuurlijke betekenis te worden begrepen als het orgaan dat bevoegd is deze norm te stellen (zie F. DELPEREE, “Au nom de la loi”, *J.T.* 1975, 492). Dat vloeit ook voort uit het continuïteitsbeginsel. In die zin moet de term “auteur” ook worden begrepen inzake materies die, door een federalisering van bevoegdheden, overgaan naar de bevoegdheidsfeer van een andere publiekrechtelijke rechtspersoon maar waarvoor – ook in toepassing van het continuïteitsbeginsel – de betrokken wetgeving nog blijft gelden behoudens wijziging door de nu bevoegde decreetgever. Relevant is niet wie de oorspronkelijke norm daadwerkelijk heeft tot stand gebracht, maar wel welk orgaan de bevoegdheid heeft over deze materie en met name over de algemene bevoegdheid beschikt om de betrokken norm te wijzigen of op te heffen of te vervangen door normen met een gelijke rechtskracht.

§ 2. Artikel 2 B.W.

191 Traditioneel werd artikel 2 B.W. opgevat als een wettelijk verbod om retroactieve werking aan normen te verlenen. Omdat dit verbod is neergelegd in een wettelijke bepaling, kan de wetgever daarvan steeds afwijken (*Cass.* 21 september 1956, *Arr.Cass.* 1957, 17; *R.v.St. Jooris*, nr. 12.072, 24 november 1996). Voor de uitvoerende macht daarentegen is de bepaling geformuleerd als een absoluut verbod. Een bestuurshandeling met terugwerkende kracht is daarmee in strijd; een belangenafweging komt niet aan de orde.

Bij ontstentenis van een wettelijke machtiging tot het verlenen van terugwerkende kracht, overschrijft de regering haar macht door de vermindering van bijkomende kinderbijslagen te doen terugwerken tot vóór de datum van dat reglement. Het doet er weinig toe dat ruime compensaties gegeven werden voor die minieme afhoudingen (R.v.St. Caesar, nr. 17.412, 3 februari 1976).

Ook de kennisgeving van de mogelijkheid dat retroactieve regelgeving zal volgen is geen rechtvaardiging (R.v.St. Bodden, nr. 26.873, 10 september 1986).

Het middel dat gesteund is op het retroactiviteitsverbod is van openbare orde en kan dus worden ingeroepen op elk ogenblik in de loop van de procedure en zelfs ambtshalve door de rechter (R.v.St. Pierre en Lardin, nr. 16.317, 21 maart 1974, R.v.St. Ninnin e.a., nr. 16.902, 27 februari 1975, R.v.St. Demaegt, nr. 18.930, 26 april 1978, R.v.St. Caers, nr. 20.280, 24 april 1980. Zie J. SALMON *a.w.* I, 352). Nochtans verlangt de Raad van State wel een belang bij het inroepen van dit middel (zie verder, nr. 199).

Omgekeerd is een norm met een onmiddellijke werking in overeenstemming met artikel 2 B.W.: in dat geval kan de normgever, ongeacht de effecten van deze temporele functie, niets worden verweten (zie bv. R.v.St. Nationale Kas voor bediendenpensioenen, nr. 12.464, 15 juni 1967).

192 De erkenning van het retroactiviteitsverbod als een algemeen rechtsbeginsel, los van artikel 2 B.W. dat slechts een interpretatieregel uitmaakt, geeft meer ruimte voor een belangenafweging. Uit de rechtspraak blijkt echter dat de aanvaarde uitzonderingen erg beperkt zijn en voor het grootste deel kunnen worden ingepast in de leer van de verkregen rechten. Omdat artikel 2 B.W. oorspronkelijk was vastgelegd als een verbod van inbreuk op verkregen rechten, blijkt de formulering van het retroactiviteitsverbod als een rechtsbeginsel niet meteen zoveel verschil te maken.

A. BESTAAN VAN EEN WETTELIJKE GRONDSLAG

193 Volgens een eerste strekking is het retroactiviteitsverbod neergelegd in een wettelijke bepaling. Volgens een tweede strekking is het retroactiviteitsverbod een algemeen rechtsbeginsel dat zijn grond vindt in een wettelijke bepaling en daarom enkel voor bestuurshandelingen geldt.

In beide opvattingen staat de temporele functie van een formele wet niet open voor beoordeling door de rechter. Dat betekent tevens dat de wetgever de uitvoerende macht kan toelaten om een bestuurshandeling met terugwerkende kracht te stellen. In sommige formuleringen wordt dit zelfs bij de erkenning van het retroactiviteitsverbod als algemeen rechtsbeginsel, als enige uitzondering aangenomen (vb. R.v.St. Nationaal Verbond van Socialistische Mutualiteiten, nr. 26.688, 18 juni 1986, R.v.St. De Rijk, nr. 28.466, 17 september 1987).

194 De derde strekking, volgens dewelke artikel 2 B.W. louter dient te worden gelezen als een interpretatierichtlijn, stelt, als corollarium van de verplichting voor rechtstoepassende en -uitvoerende instanties om de wet te interpreteren als niet-retroactief, het verbod om door middel van uitvoeringsmaatregelen of individuele

toepassingsbesluiten een retroactieve draagwijdte of verderstrekkende retroactieve draagwijdte te geven aan de wet (P. LEWALLE, *a.w.* 155). Een retroactieve uitvoeringsmaatregel van een niet-retroactieve wet kan echter niet worden bekritiseerd op grond van artikel 2 B.W., indien het besluit, zij het retroactief, uitwerking heeft tot een datum na de inwerkingtreding van de wet (P. LEWALLE, *a.w.* 143).

195 De wetgever kan een machtiging geven om een besluit of verordening met terugwerkende kracht te nemen. Wanneer deze machtiging pas achteraf wordt gegeven, is sprake van een legislatieve validatie (P. LEWALLE, *a.w.* 214. Hierover verder, nr. 216).

De machtiging kan zowel expliciet als impliciet zijn (*Anders*: R. ERGEC, *a.w.* 100 en W. LAMBRECHTS, *a.w.* 52). Enkel voor besluiten ter uitvoering van een belastingwet moet, zoals eerder opgemerkt, de wettelijke machtiging krachtens artikel 108 van de Wet van 4 augustus 1986 uitdrukkelijk worden gegeven (zie ook G. VAN FRAEYENHOVEN en F. LEURQUIN-DE VISSCHER, *a.w.* 290). Bij een impliciete machtiging moet de bedoeling van de wetgever om af te wijken van het retroactiviteitsverbod "stellig vaststaan" (R.v.St. Mommens, nr. 9.669, 30 oktober 1962).

Een algemene, uitdrukkelijke machtiging is bv. te vinden in artikel 32 van de C.A.O.-wet (Wet van 5 december 1968 betreffende de Collectieve Arbeidsovereenkomsten en de Paritaire Comit es, B.S. 15 januari 1969): "Het koninklijk besluit tot algemeen verbindend verklaring heeft uitwerking met ingang van de datum waarop de overeenkomst in werking treedt. Het kan evenwel nooit meer dan  en jaar v or de bekendmaking ervan terugwerken".

Een impliciete machtiging wordt door bepaalde rechtsleer ook gevonden in de artikelen 14 en 19 R.v.St.-wet (zie J. SALMON *a.w.* 355 en M. VAN DAMME, "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel", *a.w.* 130). De (retroactieve) intrekking van een onwettige bestuurshandeling zou dan toegelaten zijn binnen de termijn waarin de Raad van State zelf een besluit kan schorsen of vernietigen. Uit de bepalingen die een beroep bij de Raad van State tot schorsing of vernietiging van bestuurshandelingen toelaten binnen een bepaalde termijn, wordt dan afgeleid dat het bestuur binnen die termijn de wettigheid van zijn handelen mag herstellen door een retroactief besluit (over de intrekking zie verder, nrs. 243-274). De toelaatbaarheid van de retroactieve werking is in dat geval op zijn beurt gesteund op het legaliteitsbeginsel, dat de wettigheid van het overheidshandelen voorschrijft. Dat legaliteitsbeginsel heeft voorrang op het retroactiviteitsverbod dat wordt gelezen in artikel 2 B.W.; de artikelen 4 en 19 R.v.St.-wet worden door de Raad van State eerder ingeroepen als verklaring waarom een termijn wordt gesteld aan de mogelijkheid voor het bestuur om de wettigheid van zijn handelingen te herstellen.

196 Van een impliciete machtiging wordt ook gesproken wanneer de terugwerkende kracht van een besluit noodzakelijk is om tot een toepassing van de wet te komen die door de wetgever is gewild (Cass. 5 mei 1970, *Arr.Cass.* 1971, 173; R.v.St. "Le Logis", nr. 11.333, 25 juni 1965, R.v.St. Debruyne en Van Baelenberghe, nr. 28.574, 13 oktober 1987). In dat opzicht kan juist het niet of onvoldoende verlenen van retroactiviteit aan een bestuurshandeling worden gesanctioneerd (R.v.St. Van Begin, nr. 29.262, 2 februari 1988). Dat wordt gegronde op artikel 108 G.W., dat vereist dat de uitvoerende macht de noodzakelijke maatregelen neemt ter uitvoering van de wet (P. LEWALLE, *a.w.* 210. Zie ook W.

VAN ASSCHE, *a.w.* 108 en A. VRANCKX, *a.w.* 74).

Alleszins dient de wettelijke machtiging tot het verlenen van retroactieve besluiten en verordeningen strikt te worden geïnterpreteerd (R.v.St. Lefils, nr. 2.016, 5 december 1952). Afwijkingen op het retroactiviteitsverbod worden enkel aanvaard onder de voorwaarden en in de mate bepaald bij de wet (R.v.St. Hossen, nr. 24.292, 27 april 1984).

De Wet van 2 februari 1982 machtigt de Koning slechts om terugwerkende kracht te verlenen aan bijzondere machtenbesluiten die steunen op de wet, niet aan een besluit dat zijn rechtsgrond enkel vindt in dergelijk bijzonderemachtenbesluit (R.v.St. Hossen, nr. 24.292, 27 april 1984).

De decreetgever heeft in artikel 22 van het Decreet van 11 september 1985 bepaald dat binnen de twee jaar na de bekendmaking van het decreet in het Belgisch Staatsblad, een uitvoeringsbesluit diende te worden genomen. Dat impliceert niet dat nadien geen uitvoeringsbesluiten meer kunnen worden genomen, en evenmin dat een uitvoeringsbesluit dat na die termijn van twee jaar wordt genomen, retroactief zou mogen werken (R.v.St. nv d'Exploitation des sablières de Mont-Saint-Guibert, nr. 44.739, 27 oktober 1993).

Een besluit kan ook terugwerken indien het wordt genomen ter uitvoering van een wetsbepaling die zelf terugwerkt (R.v.St. De Rijck, nr. 28.466, 17 september 1987). De periode die door de wet in aanmerking wordt genomen geldt als grensdatum: het uitvoeringsbesluit mag alleszins niet terugwerken tot een vroegere datum dan de wet zelf (M. VAN DAMME, "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel", *a.w.* 132 en A. VRANCKX, *a.w.* 75).

197 Met de vaststelling dat de retroactiviteit van een bestuurshandeling een rechtsgrond vindt in de wet, wordt het onderzoek door de rechter beëindigd. Dat vloeit voort uit het feit dat vóór het Smeerkaasarrest en vóór de oprichting van het Arbitragehof, geen rechter bevoegd was om een formele wet te toetsen. Het wordt echter ook gezien als een logisch gevolg van de visie die de grondslag voor het retroactiviteitsverbod vindt in artikel 2 B.W., waarvan de wetgever steeds kan afwijken.

Het Arbitragehof heeft dat laatste argument afgezwakt. De rechtspraak van dit Hof waarin de temporele functie van wetten, decreten of ordonnanties op zich wordt getoetst nog buiten beschouwing gelaten, blijkt alleszins dat het gelijkheidsbeginsel de interpretatieregel, volgens dewelke de bijzondere wet voorrang heeft op de algemene, nuanceert (zie P. POPELIER, *a.w.* 559 e.v.). Een afwijking van een algemene bepaling zoals artikel 2 B.W., is dan maar aanvaardbaar mits zij wordt gesteund door een objectieve en in redelijkheid aanvaardbare motivering.

De rechter zou het derhalve niet mogen laten bij de vaststelling dat de retroactiviteit van een bestuurshandeling wordt gegrond op een wettelijke bepaling, maar dient ook te onderzoeken of deze wettelijke bepaling zelf geen inbreuk maakt op een internationaalrechtelijke bepaling, dan wel aan het Arbitragehof de vraag te stellen naar de verenigbaarheid van de bepaling met het gelijkheidsbeginsel.

B. BEGUNSTIGENDE BESLUITEN

198 Ofschoon de inhoud van een norm, en inzonderheid het al dan niet begunstigend karakter ervan, op zich de vaststelling van de temporele functie niet kan beïnvloeden, aanvaardt de Raad van State toch dat begunstigende besluiten terugwerken (zie o.m. R.v.St. Demaegt, nr. 18.930, 26 april 1978, R.v.St. Canoot e.a., nr. 22.094, 4 maart 1982, R.v.St. Peeters, nr. 24.073, 13 maart 1984, R.v.St. D'Hooghe, nr. 25.390, 29 mei 1985, R.v.St. Warocquier, nr. 26.107, 22 januari 1986, R.v.St. Debruyne en Van Baelenberghe, nr. 28.574, 13 oktober 1987, R.v.St. Van den Broeck, nr. 29.784, 21 april 1988, R.v.St. nv Denkavit België, nr. 39.262, 30 april 1992).

Deze rechtspraak kan toch nog in artikel 2 B.W. worden ingepast, door de vaststelling dat wat de Raad van State in de eerste plaats onderzoekt is, of geen verkregen rechten zijn geschonden (zie R.v.St. Hinnekens, nr. 13.671, 8 juli 1969; Dijl, nr. 42.965, 17 mei 1993; De Weggeheleire en Van Gasse, nr. 64.240, 29 januari 1997). Dat past precies in de oorspronkelijke optiek van artikel 2 B.W.

Eens is vastgesteld dat geen verkregen rechten worden geschonden en artikel 2 B.W. bijgevolg geen beletsel vormt, schakelt de Raad van State over op een ander beoordelingsperspectief. Een begunstigende maatregel kan, ook wanneer geen verkregen rechten worden geschonden, nog retroactief zijn overeenkomstig de formele definitie die daaraan wordt gegeven. In dat geval wordt teruggevallen op het retroactiviteitsverbod als een algemeen rechtsbeginsel.

Ook begunstigende maatregelen kunnen niet onbeperkt terugwerken. Alleszins kunnen begunstigende uitvoeringsbesluiten niet verder terugwerken dan de dag waarop de norm die als rechtsgrond dient is in werking getreden (vb. R.v.St. De Plecker, nr. 37.383, 28 juni 1991). Ook moet de begunstigde op dat ogenblik reeds aan de voorwaarden hebben voldaan (R.v.St. Tabourdon, nr. 19.614, 11 mei 1979. Zie ook A. VRANCKX, *a.w.* 76). Daarnaast dient de terugwerking nog te worden verantwoord door bijzondere redenen (R.v.St. Hinnekens, nr. 13.671, 8 juli 1969. Zie M. VAN DAMME, "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel", *a.w.* 132-133). In geen geval mag zij als effect hebben dat een eerdere vernietiging door de Raad van State van een identieke beslissing wordt uitgehouden (R.v.St. Van den Abbeele, nr. 60.149, 13 juni 1996).

199 De Raad van State roept ook een procedurele reden in om de retroactieve werking van begunstigende maatregelen ongerept te laten. De verzoeker heeft geen belang bij dat middel, wanneer hij niet kan aantonen dat hij daardoor is of nog kan worden benadeeld (R.v.St. De Rijcke, nr. 1.613, 4 juni 1952; Jansen en Leclercq, nr. 2.270, 13 maart 1953; Fenaux, nr. 12.481, 22 juni 1967; Henon, nr. 26.901, 17 september 1986). Met het bewijs van benadeling wordt eigenlijk het bewijs van schending van verkregen rechten bedoeld (vb. R.v.St. De Smet, nr. 20.295, 25 april 1980, Union nationale des mutualités socialistes e.a., nr. 32.506, 28 april 1989; zie ook R.v.St. Timmermans, nr. 20.899, 22 januari 1981).

Deze vereiste wordt echter niet beperkt tot begunstigende maatregelen (P. LEWALLE, *a.w.* 320). Ook voor niet-begunstigende maatregelen waarvan de terugwerking in

een concreet geval de verzoeker niet benadeelt, kan de retroactiviteit niet als middel worden opgeworpen (vb. R.v.St. Fenaux, nr. 12.481, 22 juni 1967).

C. ANDERE UITZONDERINGEN

200 Andere uitzonderingen op het retroactiviteitsverbod kunnen worden gesteld vanuit de visie dat dit verbod zijn rechtsgrond vindt in een algemeen rechtsbeginsel. In die visie stelt de Raad van State dat een terugwerking is toegelaten, niet alleen wanneer ze steunt op een wettelijke machtiging, maar ook indien ze kan worden gemotiveerd door een andere, bijzondere omstandigheid (R.v.St. Bertiaux, nr. 27.657, 11 maart 1987, R.v.St. Nolf, nr. 43.881, 31 augustus 1993).

Meestal wordt hier echter dezelfde combinatie van beoordelingsperspectieven gehanteerd als degene die werd ontleed bij de begunstigende besluiten. Een eerste voorwaarde is dat geen verkregen rechten worden geschonden. Pas wanneer artikel 2 B.W. om die reden geen beletsel meer vormt, kan worden onderzocht of de formele terugwerking wel wordt verantwoord op grond van een belangenafweging.

Toepassingen betreffen voornamelijk beslissingen die door de Raad van State vernietigde bestuurshandelingen voor het verleden regulariseren. Een regularisatie is mogelijk, op voorwaarde dat de juridische gronden van het vernietigingsarrest worden geëerbiedigd. Een terugwerking is mogelijk wanneer daardoor geen verkregen rechten worden geschonden en dit bovendien noodzakelijk is voor de goede werking of de continuïteit van de dienst (R.v.St. De Rijck, nr. 28.466, 17 september 1987, R.v.St. Schurmans, nr. 56.775, 11 december 1995; Orfinger, nr. 62.922, 5 november 1996; Goossens, nr. 62.823, 5 november 1996. Het Arbitragehof daarentegen laat het criterium van de verkregen rechten achterwege, zie verder).

Slechts in uitzonderlijke gevallen gebeurt de beoordeling ongeacht de invloed op verkregen rechten (vb. R.v.St. Debruyne en Van Baelenberghe, nr. 28.574, 13 oktober 1987). Het perspectief van artikel 2 B.W. als beoordelingsgrond wordt dan volledig verlaten. Dat wordt in de volgende afdelingen besproken.

201 Een toetsing aan het retroactiviteitsverbod komt volgens de Raad van State niet aan de orde bij een declaratieve beslissing die de rechtens vereiste kwalificatie hecht aan een bestaande feitelijke toestand. Zo bv. een ontslag ambtshalve dat terugwerkt tot de aanvang van de als onrechtmatig aangemerkte afwezigheid (R.v.St. Brepoels, nr. 27.428, 16 januari 1987), of de vaststelling dat een niet met een eerdere inschrijving overeenstemmende feitelijke woonsituatie in werkelijkheid vroeger in de tijd teruggaat (vb. R.v.St. Pierre en Lardin, nr. 16.317, 21 maart 1974; Surkeyn, nr. 37.575, 10 september 1991).

Wanneer onredelijk lang wordt gewacht met het nemen van dergelijke beslissing, kan dat wel een schending uitmaken van het zorgvuldigheidsbeginsel en meer bepaald de vereiste dat beslissingen binnen een redelijke termijn worden genomen. De Raad van State spreekt echter niet de vernietiging als sanctie uit wanneer de beslissing het voorwerp was van een gebonden bevoegdheid (R.v.St. Vandecasteele, nr. 30.670).

Volgens de Raad van State kan zo ook een ontslag als tuchtsanctie teruggaan tot het ogenblik waarop de voorlopige schorsing met inhouding van wedde was uitgesproken (R.v.St. Van Hecke, nr. 26.966, 1 oktober 1986; Verstraete, nr. 57.545, 17 januari 1996). Vanuit formeel oogpunt is zo'n besluit wel degelijk retroactief. De maatregel wordt echter toelaatbaar geacht omdat hij de feitelijke toestand niet wijzigt (vgl. P. LEWALLE, *a.w.* 315). Om die reden mogen geen bijkomende lasten worden opgelegd, en moest de eerdere schorsing wel degelijk zijn uitgesproken met inhouding van wedde (R.v.St. Verstraete, nr. 57.545, 17 januari 1996). Die hypothese komt terug als één van de beoordelingscriteria bij de toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, dat gepaard gaat met een belangenafweging (zie verder, nrs. 317-318, het criterium van het declaratief karakter).

§ 3. Strafrechtelijk retroactiviteitsverbod

202 Het strafrechtelijk retroactiviteitsverbod vloeit niet enkel voort uit een algemeen rechtsbeginsel, maar is ook als zodanig neergelegd in positiefrechtelijke bepalingen. De artikelen 7 EVRM en 15 BUPO hebben directe werking, zodat ook formele wetgeving hieraan kan worden getoetst.

Dat het in artikel 7 EVRM beschermde recht bijzonder zwaarwichtig werd bevonden, blijkt niet alleen uit het absolute karakter van de bepaling, dat afwijkt van de techniek van belangenafweging die inherent is aan het systeem van het verdrag, maar ook uit artikel 15 EVRM. Dat artikel, dat in de eerste paragraaf een afwijking van de verdragsbepalingen toestaat in tijden van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het volk bedreigt, laat, luidens de tweede paragraaf, ook in die omstandigheden geen afwijking toe van artikel 7.

203 In het eerste deel werden de uitzonderingen besproken die door het Hof van Cassatie worden gemaakt op de regel dat een nieuwe, mildere wet retroactief wordt toegepast. Vastgesteld werd dat krachtens artikel 15 BUPO, geen afwijking van artikel 2 Sw. nog mag worden gebaseerd op artikel 100 Sw. (zie boven, nr. 92).

Maar ook de uitzonderingen voor tijdelijke en gelegenheidswetten en uitvoeringsbesluiten kunnen strijdig blijken met artikel 15 BUPO, dat de principiële niet-retroactiviteit van de Strafwet evenals de retroactieve toepassing van de mildere Strafwet voorschrijft (zie A. DE NAUW, "De gelding in de tijd van de wet betreffende het verstrekken van sterke drank", *a.w.* 1087, B. SPRIET, "Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel", *a.w.* 372 e.v. en "Retroactiviteit in de strafwet", *a.w.* 158 e.v. en F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *a.w.* 196, vtnt. 304. Hierover ook O. VANDEMEULEBROEKE, *a.w.* 158 en 184-185).

Naar de letter beperkt deze bepaling zich tot de toepassing van de mildste straf (zie voor dergelijke beperkende interpretatie G. KNIGGE, *a.w.* 329-330). Algemeen wordt echter aangenomen dat de bepaling niet enkel op de straf, maar ook op de strafbaarstelling van toepassing is (zie de uitvoerige verdediging en verwijzingen van B. SPRIET, "Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel", *a.w.* 374 e.v. en "Retroactiviteit in de strafwet", *a.w.* 159. *Anders:* G. KNIGGE, *a.w.* 329-330). Dan

kunnen de genoemde uitzonderingen niet meer worden ingeroepen.

De formulering van artikel 15 BUPO laat geen uitzonderingen toe (B. SPRIET, *a.w.* 378. Minder gelukkig met dergelijk standpunt: R. VERSTRAETEN, *a.w.* 143. Anders: G. KNIGGE, *a.w.* 329-330). De mogelijkheid bestaat niettemin dat de rechter die bepaling in overeenstemming met zijn *ratio legis* zou interpreteren en alsnog bepaalde uitzonderingen gerechtvaardigd zou achten. Alleszins moet deze rechtvaardiging dan per norm worden gegeven, en kan een *a priori* uitzondering voor een gehele categorie van normen niet worden aanvaard.

204 Tuchtmaatregelen vallen in principe niet onder het strafrechtelijk retroactiviteitsverbod. Hiervoor heeft de Raad van State echter een afzonderlijk beginsel “volgens hetwelk een tuchtstraf geen uitwerking kan hebben voor een periode die het opleggen ervan voorafgaat” in het leven geroepen, dat neerkomt op een retroactiviteitsverbod (R.v.St. Goblet, nr. 26.145, 5 februari 1986. Zie ook R.v.St. Horstman, nr. 24.934, 20 december 1984 en R.v.St. De Bleecker, nr. 26.040, 9 januari 1986).

Enkel een retroactiviteit die neerkomt op een bevestiging van een feitelijke toestand, zoals een afzetting die terugwerkt tot op de datum van de definitief geworden schorsing zonder behoud van loon, is toegelaten (zie boven, nr. 199).

De terugwerking kan echter niet voortgaan op een feitelijke toestand die juridisch niet meer telt. Een burgemeester kon volgens de ene procedure een veldwachter schorsen en tegelijk, volgens een andere procedure, de provinciegouverneur verzoeken de veldwachter af te zetten. De provinciegouverneur, die op het verzoek tot afzetting inging, moest om die reden zijn goedkeuring aan het schorsingsbesluit onthouden. Het afzettingsbesluit kon dan ook niet terugwerken tot het ogenblik van de schorsing zonder wedde (R.v.St. Goblet, nr. 26.144, 5 februari 1986).

§ 4. Legaliteitsbeginsel

205 De legaliteit kan ook op minder absolute wijze worden opgevat. Als rechtsbeginsel komt er plaats voor een afweging tussen het legaliteitsbeginsel en andere rechtsbeginselen. Dat blijkt telkens ruimte wordt gemaakt voor een beoordeling van een besluit – *in casu* van de temporele functie van een besluit – dat nochtans op de wet steunt.

Het voorbeeld bij uitstek is het arrest van het Hof van Cassatie van 27 maart 1992 (*Arr.Cass.* 1991-92, 727), waar het legaliteitsbeginsel het onderspit moest delven tegen het vertrouwensbeginsel. De door de wet voorgeschreven terugvordering van onrechtmatig teruggegeven BTW, werd daardoor onrechtmatig. Een ander voorbeeld is de afweging die de Raad van State maakt tussen het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel bij de beoordeling van intrekings- en opheffingsbesluiten (zie verder, nrs. 256-258).

206 Door de relativering van het legaliteitsbeginsel wordt ruimte gemaakt voor een afweging met andere rechtsbeginselen. Dat wordt besproken in de volgende afdelingen.

Het legaliteitsbeginsel, in zijn gerelativeerde vorm, wordt afgeleid uit het principe

van de democratie, zoals bv. het rechtszekerheidsbeginsel is afgeleid uit het principe van de rechtsstaat. In de Belgische rechtsorde wordt dat principe traditioneel geconcipieerd als een representatief regime. Zo beschouwd, vereist dit beginsel dat de inhoud van de normen door een democratisch verkozen, beraadslagend orgaan worden bepaald. Het Arbitragehof relateert dat beginsel aan het gelijkheidsbeginsel, wanneer het materies betreft waarvan de regeling door de grondwetgever aan de formele wetgever is voorbehouden. De wetgever mag niet, door delegatie van de regelgevende bevoegdheid, een categorie van personen deze democratische waarborg ontzeggen (over deze rechtspraak, P. MEERSSCHAUT, “De bevoegdheidsverdeling tussen wetgevende en uitvoerende macht: een afdwingbaar fundamenteel grondrecht van de burger?”, in *Jaarboek Mensenrechten 1995-1996*, Antwerpen, Maklu, 1996, 383-388). Toepassingen betreffen voornamelijk materies inzake onderwijs en fiscaliteit.

Ook dat legaliteitsbeginsel is voor relativering vatbaar. De voorwaarden hiervoor kunnen leiden tot een verplichte retroactiviteit. Dat blijkt uit een arrest van het Arbitragehof. De relativering van het – nochtans in de Grondwet ingeschreven – fiscaal legaliteitsbeginsel, maakt een delegatie mogelijk van fiscale bevoegdheden aan de uitvoerende macht bij wege van een bijzonderemachtenwet. Voorwaarden hiervoor zijn dat bijzondere omstandigheden het beroep op de bijzondere machten verantwoorden, dat een controle achteraf door de wetgever wordt gegarandeerd door een bekrachtigingsprocedure, en dat bij gebreke van dergelijke bekrachtiging het besluit vervalt met terugwerkende kracht. De bijzonderemachtenwet is onrechtmatig voor zover ze niet in dergelijke retroactiviteit voorziet (Arbitragehof nr. 18/98, 18 februari 1998, *B.S.* 3 april 1998; hierover P. POPELIER, “Bijzondere machten en het Arbitragehof”, *a.w.* I-12-16).

In de praktijk zal dat waarschijnlijk toch leiden tot een binding van de wetgever en wel om budgettaire redenen. Om intussen geïnde belastingen niet te verliezen, zal de wetgever het besluit bekrachtigen, minstens voor de voorgaande periode.

AFDELING III

GELIJKHEIDSBEGINSEL

207 Het gelijkheidsbeginsel is onder meer in de artikelen 10 en 11 G.W., in artikel 14 EVRM en in artikel 26 BUPO als algemeen rechtsbeginsel geformuleerd. In het gemeenschapsrecht wordt het concreter uitgedrukt voor diverse sectoren van dat recht, maar het Hof van Justitie verwijst daarnaast naar een algemeen rechtsbeginsel van communautair recht dat deze tekstuele grondslagen overstijgt (vb. H.v.J. 19 oktober 1977, *gev.z.* 117/76 en 16/77, Ruckdeschel, *Jur.* 1977, 1753).

Een wet kan strijdig worden geacht met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel wanneer zij een recht toekent of een verplichting oplegt aan een bepaalde categorie van personen en niet aan een andere categorie van personen die nochtans in vergelijkbare omstandigheden verkeert, wanneer voor de ene maar niet voor de andere categorie van personen een inbreuk wordt gemaakt op een grondrecht of

algemeen rechtsbeginsel, of wanneer categorieën van personen die niet in vergelijkbare omstandigheden verkeren, juist gelijk worden behandeld.

De techniek van het gelijkheidsbeginsel bestaat theoretisch uit de volgende criteria (o.m. P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak", *a.w.* 1054 e.v. en *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, *a.w.* 249, L.P. SUETENS, "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof", in *Gelijkheid en non-discriminatie*, A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1991, 104 en "De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht", *a.w.* 1314 en D. VAN HEUVEN, "Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1990-91, 587 e.v.):

- a. de vergelijkbaarheid van de onderscheiden gevallen;
- b. het objectief en algemeen karakter van het gemaakte onderscheid;
- c. de rechtvaardigingstest: de legitimiteit van het doel van de regeling, de adequaatheid en noodzakelijkheid van het onderscheid en de proportionaliteit ervan met het beoogde doel.

208 Door de wijziging van een bestaande regeling of de invoering van een nieuwe regeling, wordt steeds een onderscheid gemaakt tussen de rechtssubjecten die nog onder de oude regeling vielen en de rechtssubjecten die voortaan onder de nieuwe regeling vallen. Dat is op zich geen discriminerende behandeling. Het verloop van tijd wordt beschouwd als een objectief gegeven dat een verschil in maatregelen rechtvaardigt.

Het gelijkheidsbeginsel komt niet in het gedrang wanneer, zoals in onderhavig geval, maatregelen worden getroffen die verschillen, niet wegens de identiteit zelf van de betrokkenen of wegens willekeurige, geen verband met voorwerp, aard en doel van de maatregel vertonende kenmerken van de betrokkenen, doch wegens allerhande objectieve gegevens, zoals het verloop van de tijd tussen de ene en de andere maatregel, de inmiddels in de reglementen aangebrachte wijzigingen, de samenstelling en de omvang van de bij de maatregel betrokken categorieën (R.v.St. Vanden Plas en Van Audenhaege, nr. 15.143, 1 februari 1972).

Ongeacht of de wet al dan niet retroactief is, voert zij, door het bepalen van het tijdstip waarop ze uitwerking heeft, een onderscheid in tussen rechtsverhoudingen die onder de toepassing van de wet vallen en rechtsverhoudingen die er niet onder vallen. Dat op zich houdt geen schending in van de artikelen 10 en 11 G.W. (Arbitragehof nr. 25/90, 5 juli 1990, *B.S.* 6 oktober 1990 en nr. 36/90, 22 november 1990, *B.S.* 28 december 1990).

Inherent aan een nieuwe regeling is dat een onderscheid wordt gemaakt tussen personen die betrokken zijn bij rechtstoestanden die onder het toepassingsgebied van de vroegere regeling vielen en personen die betrokken zijn bij rechtstoestanden die onder het toepassingsgebied van de nieuwe regeling vallen. Een dergelijk onderscheid maakt geen schending uit van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet: elke wetwijziging zou onmogelijk worden mocht worden aangenomen dat een nieuwe bepaling die grondwetsartikelen zou schenden om de enkele reden dat zij de toepassingsvoorwaarden van de vroegere wetgeving wijzigt (Arbitragehof nr. 86/95, 21 december 1995, *B.S.* 19 januari 1996 en nr. 20/96, 21 maart 1996, *B.S.* 3 mei 1996).

Het Arbitragehof is hierin echter niet consequent. Bij de afschaffing van het tijdelijk kader bij de krijgsmacht, verviel de doelstelling voor de vertraging met één jaar waarmee onderofficieren en officieren uit het tijdelijk kader werden bevorderd. Bij wijze van overgangsmaatregel werd die regel toch behouden. Het Arbitragehof keurde dat goed; indien de regel niet was behouden, had het Arbitragehof daarin een "moeilijk te verantwoorden verschil in behandeling" gezien tussen naar het beroepskader overgegangene tijdelijke officieren, naargelang die overgang vóór of na de afschaffing

van het tijdelijk kader zou hebben plaatsgevonden (Arbitragehof nr. 6/98, 21 januari 1998, *B.S.* 4 april 1998). Nochtans was het onderscheid juist verantwoord geweest door het wegvallen van de oorspronkelijke doelstelling van het onderscheid tussen het tijdelijk en het beroepskader.

Ook latere regelingen kunnen teruggrijpen op dit onderscheid in de rechtssituatie, dat werd tot stand gebracht door de toepassing van een nieuwe rechtsregel.

Het onderscheid, met betrekking tot de harmonisatie van bepaalde opleidingen, tussen degenen die vóór dan wel na 27 april 1965 aan de polytechnische afdeling van de KMS zijn afgestudeerd, kan objectief en redelijk worden verantwoord; op die datum is immers de wet houdende diverse maatregelen voor de universitaire expansie in werking getreden (Arbitragehof nr. 32/94, 19 april 1994, *B.S.* 5 mei 1994).

Het onderscheid tussen gepensioneerden naargelang zij vóór of na 31 december 1993 met pensioen zijn gegaan, is objectief en redelijk, omdat de werknemers die na die datum zijn gepensioneerd, kunnen beschouwd worden als gerechtigden die dank zij de rijping van het pensioenstelsel voor werknemers in grotere mate hebben kunnen genieten van de vervangingsratio van forfaitaire door reële lonen (Arbitragehof nr. 1/95, 12 januari 1995, *B.S.* 1 februari 1995).

209 De temporele functie van een nieuwe norm kan echter wel discriminerend blijken te zijn wanneer het gelijkheidsbeginsel wordt gerelateerd aan een grondrecht of aan een algemeen rechtsbeginsel. Deze andere beoordelingsperspectieven worden in de volgende afdelingen nog besproken. Het is echter van belang hier al de aandacht te vestigen op hun combinatiemogelijkheid met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, omdat ook de temporele functie van wetgevende normen zo onder de beoordelingsbevoegdheid van het Arbitragehof vallen. Dit betekent wel dat eerst dient te worden aangetoond dat aan het vergelijkbaarheids criterium is voldaan en dat een schending slechts kan worden vastgesteld na het doorlopen van de rechtvaardigingstest en derhalve na een belangenafweging.

210 Bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel wordt de tijdsfactor in rekening gebracht (zie P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak", *a.w.* 1062 en 1975 en *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, *a.w.* 251 en 255).

Het gelijkheidsbeginsel kan daarom soms meebrengen dat een bepaalde regeling moet worden gewijzigd (zie P. POPELIER, *a.w.* 296). Bij de beoordeling van de proportionaliteit van een onderscheid met zijn doel, wordt ook verwezen naar de sociaal-economische realiteit en naar de juridische context. Wanneer deze evolueren in de tijd, kan een onderscheid dat eerst geen inbreuk maakte op het gelijkheidsbeginsel, dit beginsel nu wel schenden.

Het onderscheid tussen arbeiders en werknemers gebaseerd op de voornamelijk manuele respectievelijk intellectuele aard van het werk, kon eertijds een objectief en redelijk criterium uitmaken, maar het kan dat niet meer in de huidige omstandigheden, waarin een vervaging van het onderscheid kan worden waargenomen in zowel de sociaal-economische realiteit als in de relevante regelgeving (Arbitragehof nr. 56/93, 8 juli 1993, *B.S.* 27 augustus 1993).

In het licht van de evolutie van de rijkswacht en de globale hervorming van de politiediensten, kan het tijdelijk behoud van de bevoegdheid van de militaire gerechten ten aanzien van de leden van de rijkswacht niet als discriminerend worden aangezien, in zoverre althans de nieuwe wetgeving houdende een aangepast disciplinair en strafrechtelijk statuut en onttrekking aan de bevoegdheid

van de militaire gerechten, binnen een redelijke termijn in werking treedt. Rekening houdend met de specifieke moeilijkheden die door de omvorming van het statuut van de rijkswacht worden gesteld, kan de termijn van zestien maanden die verlopen is sinds de inwerkingtreding van de bestreden bepaling zonder dat de Wet van 24 juli 1992 op haar beurt in werking is getreden, nog niet worden aangezien als kennelijk van zulke aard dat de bestreden bepaling discriminatoir wordt (Arbitragehof nr. 35/93, 6 mei 1993, *B.S.* 2 juni 1993).

De dubbele schadeloosstelling voor de door konijnen aan vruchten en gewassen veroorzaakte schade heeft een maatregel kunnen vormen die zowel relevant was als evenredig ten opzichte van de destijds met de wetten van 1846, 1882 en 1900 nagestreefde doelstellingen. In de huidige omstandigheden kunnen konijnen echter nog bezwaarlijk als een plaag worden beschouwd die uitzonderlijke maatregelen zou verantwoorden, die zeer sterk afwijken van de gemeenrechtelijke beginselen inzake aansprakelijkheid (Arbitragehof nr. 5/98, 21 januari 1998, *B.S.* 2 maart 1998).

211 Het niet toekennen van terugwerkende kracht aan een norm kan strijdig zijn met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, met name wanneer deze norm een einde maakt aan een regeling die zelf discrimineerde.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens had in het arrest *Marckx* vastgesteld dat het oud artikel 756 B.W. strijdig was met de artikelen 14 *juncto* 8 EVRM. Door het nieuwe artikel 745 B.W., ingevoerd bij Wet van 31 maart 1987, aan te nemen, heeft de wetgever die discriminatie opgeheven.

Niets kan echter verantwoorden dat de uitwerking van de bepaling die de discriminerende regeling van het oude artikel 156 B.W., beëindigt werd uitgesteld tot 6 juni 1987 (het Arbitragehof hanteert de term “inwerkingtreding”; om eerder vermelde redenen, zie boven, nr. 38, dient hier eigenlijk “uitwerking” te worden gelezen).

Het lijkt immers niet zo te zijn dat de wetgever, door aan de nieuwe bepaling een dusdanige terugwerkende kracht te geven dat zij van toepassing zou zijn geweest op een nalatenschap die is opgevallen op 10 januari 1984, overdreven afbreuk zou hebben gedaan aan de rechtszekerheid (Arbitragehof nr. 83/93, 1 december 1993, *B.S.* 2 maart 1994).

Met een verwijzing naar het arrest *Marckx*, dat omwille van de rechtszekerheid voor de uitwerking van dit arrest een grens stelde op de datum van de uitspraak, geeft het Arbitragehof aan dat de toepassing van het oude artikel 756 B.W. wel nog kan worden behouden voor nalatenschappen opgevallen vóór 13 juni 1979.

212 Ook overgangsmaatregelen, die vaak slechts voor een bepaalde categorie van personen worden ingevoerd, dienen het gelijkheidsbeginsel te respecteren. Wanneer de regelgever voorziet in een overgangsmaatregel, moet hij de gebruikte criteria op gelijke wijze toepassen op wie zich ten opzichte van de te beoordelen maatregelen en het nagestreefde doel in een gelijkwaardige situatie bevinden (Arbitragehof nr. 39/94, 19 mei 1994, *B.S.* 8 juni 1994; nr. 25/98, 10 maart 1998, *B.S.* 7 april 1998). Ook de proportionaliteit van de overgangsmaatregel met zijn doel wordt in dat geval nagegaan.

De wetgever wilde het stelsel van de vrijstelling van de investeringsreserves met ingang van het aanslagjaar 1983 vervangen door een stelsel van investeringsaftrek. Het komt hem toe te oordelen of een stelsel van fiscale vrijstellingen dat hij heeft ingevoerd al dan niet moet worden gehandhaafd of vervangen door een ander stelsel en daarbij te bepalen voor welke periode en in welke omstandigheden een stelsel van toepassing is en vanaf wanneer en in welke gevallen het wordt opgeheven of vervangen.

In voorkomend geval vermag hij, bijkomend, maatregelen te nemen om die handelwijze te verijdelen waarmee belastingplichtigen het voordeel van een vrijstelling zouden verkrijgen voor een periode

die de wetgever niet heeft bedoeld. Indien daardoor evenwel een verschil in behandeling tussen categorieën van belastingplichtigen ontstaat, dient het Hof te beoordelen of dat verschil objectief en in redelijkheid kan worden verantwoord ten aanzien van de nagestreefde doelstelling.

Het criterium van onderscheid tussen vennootschappen al naargelang zij vanaf 1 december 1981 hun statutaire bepalingen betreffende de datum van afsluiting van de jaarrekening al dan niet hebben gewijzigd, is objectief en houdt verband met het oogmerk te vermijden dat de vennootschappen die deze wijziging hebben doorgevoerd, de vrijstelling van de investeringsreserve blijven genieten voor de periode die door een vervroegde afsluiting zou worden verbonden aan het aanslagjaar 1982.

De maatregel gaat echter verder dan nodig is omdat hij niet alleen tot gevolg heeft dat de bedoelde vennootschappen voor de betrokken periode de vrijstelling van de investeringsreserve wordt ontzegd, maar bovendien teweegbrengt dat die vennootschappen evenmin aanspraak kunnen maken op het stelsel van de investeringsaftrek voor de betrokken periode, hoewel die periode in beginsel aan het aanslagjaar 1983 verbonden is (Arbitragehof nr. 70/97, 18 november 1997, *B.S.* 4 februari 1998).

De beoordeling van de proportionaliteit is echter minder streng wanneer het gaat om een tijdelijke of uitdovende overgangsmaatregel. Ook wanneer een maatregel op zichzelf niet langer is verantwoord wegens het verdwijnen van de hoofd-doelstelling, kan hij toch verantwoord blijven in het kader van een overgangsmaatregel (Arbitragehof nr. 6/98, 21 januari 1998, *B.S.* 4 april 1998).

Ook de aanvechting van een onmiddellijke werking en van het gebrek aan overgangsmaatregelen moet worden geformuleerd in termen van het gelijkheidsbeginsel. De schending moet voortvloeien uit de wet zelf en niet uit de uitvoering van de oude wet.

Dat bv. een nieuwe wet betreffende de invordering van lokale heffingen moeilijkheden oplevert om op dat ogenblik nog niet ingekohierde belastingen in te vorderen, die hadden kunnen worden vermeden door overgangsbepalingen, toont op zich nog geen discriminatie aan die aan de wet is toe te schrijven (Arbitragehof nr. 30/98, 18 maart 1998, *B.S.* 1 april 1998).

AFDELING IV

RECHT OP EEN BEHOORLIJKE RECHTSBEDELING

213 De kern van de rechtsstaat bestaat in de binding van de overheid aan het recht om overheidswillekeur tegen te gaan (over het concept van de Belgische rechtsstaat, P. POPELIER, *a.w.* 35-106).

Een waarborg voor de eerbiediging van deze juridische grenzen bestaat in de rechterlijke controle op het overheidshandelen. Om te voorkomen dat de willekeur door het bestuur wordt vervangen door een jurisdictionele willekeur, worden eisen gesteld, die een "behoorlijke rechtsbedeling" waarborgen (P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling en geschillen over directe rijksbelastingen*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 54).

In de rechtsleer is stilaan een theorie van "beginselen van behoorlijke rechtsbedeling" tot ontwikkeling gekomen (zie W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijke rechtspraak", in *Liber Amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, I, 23-29 en P. VAN ORSHOVEN, *a.w.* 62 e.v.; in Nederland B.W.N. DE WAARD, *Beginselen van*

behoorlijke rechtspleging, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987, 450 p. en J.M. POLAK, “Algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak”, *N.J.B.* 1968, 417-422). Centraal daarbij staat artikel 6 EVRM, dat concrete vereisten stelt waaraan een behoorlijke rechtsbedeling dient te voldoen. Bij de beoordeling van de temporele functie van een bepaling, gaat het dan met name om de toegang tot en de onafhankelijkheid van de rechter. Daarnaast betreft het eveneens de eerbiediging van het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken.

214 De terugwerkende kracht van een norm is strijdig met het recht op een behoorlijke rechtsbedeling, wanneer de normsteller hiermee de uitkomst van een gerechtelijke procedure wil beïnvloeden of de werking van een rechterlijke uitspraak wil uithollen. In de rechtspraak van het Arbitragehof is in dat opzicht een reeds uitgebreide rechtspraak tot stand gekomen waarin legislatieve “validaties” van onrechtmatige normen worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel *juncto* artikel 14 R.v.St.-wet. Bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zijn reeds enige arresten geveld waarin de tussenkomst van de wetgever in een gerechtelijke procedure werd getoetst aan artikel 6 EVRM.

§ 1. De rechtspraak van het Arbitragehof

A. LEGISLATIEVE VALIDATIES

215 Het komt wel vaker voor dat de wetgever ingrijpt in een gerechtelijke procedure die wordt gevoerd tegen een bestuurshandeling, om de onrechtmatigheid ervan met terugwerkende kracht te dekken (zie voor enkele voorbeelden o.m. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *a.w.* 797, vtnt. 215). De wetgever bepaalt zo de uitkomst van de procedure in het voordeel van de bestuurshandeling die wordt aangevochten.

De technieken waarmee de wetgever een onregelmatige bestuurshandeling kan valideren, zijn veelvuldig (over de verschillende technieken, B. MATHIEU, *Les ‘validations’ législatives*, Parijs, Economica, 1987, 38-158; zie ook P. POPELIER, “Legislatieve ‘validatie’: een kwestie van wetgevingstechniek”, in *Wetgeving in theorie en praktijk*, A. ADAMS en L.J. WINTGENS, (eds.), Antwerpen, Maklu, 1994, 80 e.v., J. SALMON *a.w.* I, 555 e.v. en H. SIMONART en J. SALMON “Les validations législatives et le contrôle de la Cour d’arbitrage”, *J.T.* 198 e.v.).

De wetgever kan het bestuur machtigen om dezelfde maatregel te nemen met terugwerkende kracht; hij kan de inhoud van het gehele besluit of van het onrechtmatige deel opnemen in wettelijke bepalingen die met terugwerkende kracht worden uitgevaardigd; hij kan retroactief een wettelijke basis geven aan de bestuurshandeling of de wettelijke bepaling waarmee het besluit in strijd is uit de rechtsorde verwijderen; en hij kan de bestuurshandeling als dusdanig bekrachtigen.

Een klassieke aanleiding tot legislatieve ‘validatie’ is deze, waarbij de onregelmatige benoeming van een ambtenaar wordt geregulariseerd. Maar ook reglementaire, bv. fiscale, besluiten en verordeningen werden zo reeds gevalideerd. Meestal gebeurt dit op initiatief van de regering zelf, wanneer haar besluiten door de Raad van State

vernietigd dreigen te worden of zelfs nog na een door de Raad van State uitgesproken vernietiging.

Een fiscale verordening van de provincieraad Brabant was vernietigd door de Raad van State (R.v.St. Mergam, nr. 35.680, 17 oktober 1990). De heffing en inning van de opcentiemen werden echter bevestigd door artikel 1 van de Wet van 15 mei 1991 (zie Arbitragehof nr. 67/92, 12 november 1992, B.S. 8 december 1992).

Het K.B. van 27 februari 1989 was vernietigd door de Raad van State (R.v.St. Association des femmes au foyer, nr. 35.013, 23 mei 1990). Toch interpreteerde het Arbitragehof artikel 29 van de Wet van 20 juli 1990 houdende economische en fiscale bepalingen zo, dat ook dit vernietigde K.B. hierdoor werd bekrachtigd (Arbitragehof nr. 16/91, 13 juni 1991, B.S. 18 juli 1991. Hierover P. POPELIER, "Over een onregelmatig besluit, een toedekkende wetgever en de rechtspraak van het Arbitragehof, *R.W.* 1993-94, 297).

Vaak zijn dergelijke 'validaties' terug te vinden op een onopvallende plaats in een zogenaamde programmawet.

216 In al deze gevallen dient de rechter, voor wie de bestuurshandeling werd aangevochten, toe te geven dat hij, door het ingrijpen van de wetgever, geen onregelmatigheid meer kan vaststellen (vb. R.v.St. pvba Instituut "de Toekomst", nr. 11.447, 13 oktober 1965; Drousie, nr. 12.889, 22 maart 1968; M., beschikking nr. 1768, 31 mei 1985, *R.W.* 1985-86, 670 en R.v.St. Association des femmes au foyer, nr. 46.451, 7 maart 1994; Cass. 28 september 1986, Arr. Cass. 1985-86, 895 en 8 september 1986, Arr. Cass. 1986-87, 31).

De Raad van State is wel van oordeel dat, nu de uitkomst van de procedure wordt bepaald door het optreden, met terugwerkende kracht, van de wet- of decreetgever, het gepast is de kosten ten laste van de overheid te brengen (R.v.St. pvba Instituut "de Toekomst", nr. 11.447, 13 oktober 1965; Drousie, nr. 12.889, 22 maart 1968; B.R.T. nr. 29.765 en 29.766, 19 april 1988; R.v.St. Meeuw, nr. 29.884, 26 april 1988 en R.v.St. V.U.B., nr. 29.885, 26 april 1988).

217 Een bestuurshandeling kan naar de inhoud regelmatig zijn, maar aangetast zijn door een vormgebrek. Dat was bv. het geval bij een verordening van de provincieraad van Brabant, waarbij de opcentiemen op de onroerende voorheffing voor het begrotingsjaar 1988 werden verhoogd, evenwel door een provincieraad die op onregelmatige wijze was bijeengeroepen (zie het vernietigingsarrest R.v.St. Mergam, nr. 35.680, 17 oktober 1990). Wanneer de wetgever met terugwerkende kracht dat vormgebrek dekt, kan de rechtshandeling niet meer worden aangevochten. Wanneer de rechtshandeling ook naar de inhoud onregelmatig was, kan deze inhoud die door de wet of het decreet wordt overgenomen, niet meer door de gewone of de administratieve rechter worden gesanctioneerd. Ze kan eventueel wel door het Arbitragehof worden getoetst, maar slechts aan het gelijkheidsbeginsel (of eventueel aan de rechten in verband met het onderwijs). Dit noodzaakt een nieuwe procedure, ditmaal voor het Arbitragehof, dat bovendien meer terughoudend is dan de Raad van State bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Zo kunnen een besluit en een wet met dezelfde inhoud, respectievelijk door de Raad van State wel, maar door het Arbitragehof niet strijdig met het gelijkheidsbeginsel worden geacht (vgl.

R.v.St. Association des femmes au foyer, nr. 34.814, 25 april 1990 met Arbitragehof nr. 16/91, 13 juni 1991, *B.S.* 18 juli 1991. Het Arbitragehof heeft het laatste woord, zie R.v.St. Association des femmes au foyer, nr. 46.624, 23 maart 1994).

In al deze gevallen bestaat er toch nog een verweermiddel tegen het ingrijpen van de wetgever. Het Arbitragehof beoordeelt immers ook de legislatieve 'validatie', dit is de techniek zèlf waarbij de wet- of decreetgever ingrijpt in een hangende procedure.

218 Het rechtssubject moet evenwel alert zijn. Het Arbitragehof is van oordeel dat maar sprake kan zijn van met het recht op behoorlijke rechtsbedeling strijdige legislatieve validaties, wanneer er daadwerkelijk gerechtelijke procedures aanhangig zijn of waren waarin de onwettigheid van het gevalideerde besluit werd aangevoerd.

"Noch uit de memories van de partijen noch uit de door hen neergelegde stukken blijkt dat de onwettigheid van de voormelde instructies (waarvan de inhoud retroactief wordt overgenomen door de wet) in rechte zou zijn aangevoerd of dat zij bij een jurisdictionele beslissing zou zijn vastgesteld. In die voorwaarden blijkt niet dat de wetgever in de aan de gang zijnde procedures zou tussenkomen of aan het gezag van gewijsde afbreuk zou doen" (Arbitragehof nr. 81/95, 14 december 1995, *B.S.* 3 januari 1996. Zie ook de arresten nr. 16/91, 13 juni 1991, *B.S.* 18 juli 1991 en nr. 34/93, 6 mei 1993, *B.S.* 29 mei 1993).

Deze stelling is voor kritiek vatbaar. Volgens LAMBOTTE (*De Raad van State*, Brussel, UGA, 1984, 184) erkent de uitvoerende macht, die ook als er geen sprake is van enige betwisting, de wetgever verzoekt om een validatie, impliciet dat de wettigheid van haar handeling twijfelachtig is. Ook de validatie die wil voorkómen dat de wettigheid van een besluit, genomen binnen de gewone uitvoeringsbevoegdheid van de uitvoerende macht, wordt aangevochten, wordt strijdig met het recht op een behoorlijke rechtsbedeling en met name op de toegang tot de rechter, zoals gewaarborgd in de artikelen 144-146 G.W. en 6 EVRM (zie ook P. POPELIER, "Legislatieve "validatie": een kwestie van wetgevingstechniek", *a.w.* 87).

219 Het Arbitragehof viseert bovendien enkel legislatieve validaties met terugwerkende kracht. Validaties vormen geen probleem wanneer ze een onmiddellijke werking krijgen toegekend.

"De wetgever heeft met de bestreden bepalingen (opneming in wet van de voorwaarden waaronder een militair ontslag uit het leger kan verkrijgen, o.m. door de vervulling van de rendementsperiode) beoogd elke betwisting inzake de rendementsperiode in de toekomst te vermijden door hieraan een wettelijke basis te verlenen. Uit die toelichting blijkt voldoende dat het geenszins de bedoeling van de wetgever is geweest in te grijpen in de hangende rechtsgedingen betreffende de vóór de inwerkingtreding van de bestreden bepalingen bestaande betwistingen, die bijgevolg zullen worden beslecht op grond van de regels die van kracht waren op het tijdstip waarop de bestreden beslissing werd genomen" (Arbitragehof nr. 81/95, 14 december 1995, *B.S.* 3 januari 1996).

Twijfel kan rijzen wanneer de validatie gebeurt door de toekenning van wettelijke kracht aan een besluit. De bepaling dat een besluit "kracht van wet" heeft, heeft op zich geen retroactieve werking. In principe zou de Raad van State, voor wie dat besluit werd aangevochten, het besluit nog kunnen vernietigen voor de periode tussen het ontstaan en het ogenblik waarop het kracht van wet heeft gekregen. De Raad van State is niettemin van oordeel dat hij niet meer tot de vernietiging kan overgaan, omdat het voorwerp van het beroep niet meer de kracht van een bestuurshandeling heeft.

Ook dergelijke validatie wordt door het Arbitragehof onrechtmatig geacht (Arbitragehof nr. 33/93, 22 april 1993, *B.S.* 8 juni 1993). Onduidelijk is, of uit de formulering “de bepalingen van het KB (...) hebben kracht van wet”, impliciet een terugwerkende kracht werd gelezen, dan wel of ook het toekennen van kracht van wet voor de toekomst onrechtmatig wordt geacht.

Dat een validatie voor de toekomst mogelijk is, is de wetgever niet ontgaan. Een besluit dat door de Raad van State wordt vernietigd wegens strijdigheid met een bepaalde wet, kan door de wetgever niet meer worden gevalideerd door die wet retroactief te wijzigen of door er via een interpretatieve wet een andere betekenis aan te hechten. De rechtsgevolgen van dat besluit kunnen wel nog worden bereikt, door een nieuwe bepaling of een interpretatieve wet, met werking voor de toekomst. Het staat de wetgever echter vrij om voor de toekomst een andere regeling door te voeren wanneer hij een gewijzigd beleid gepast acht; niet alle gevolgen van een vernietigingsarrest worden daardoor ontkracht (P. POPELIER, “Over een onregelmatig bestuur, een toedekkende wetgever en de rechtspraak van het Arbitragehof”, *R.W.* 1993-94, 299).

Het besluit, dat de *cv Intercommunale d'œuvres sociales pour la région de Charleroi* sinds 1 januari 1990 onherroepelijk was aangesloten bij het gemeenschappelijk pensioenstelsel, werd door de Raad van State vernietigd wegens strijdigheid met artikel 161 van de Gemeentewet.

De wetgever achtte de interpretatie die de Raad van State aan deze bepaling had gegeven verkeerd. Hij wilde deze interpretatie verbeteren en de gevolgen die daaruit waren voortgevloeid, ongedaan maken. In de Memorie van Toelichting (*Gedr.St.* Senaat nr. 536/1, 23) wordt echter gewezen op de rechtspraak van het Arbitragehof met betrekking tot dergelijke wetgevende ingrepen. Om een nietigverklaring te vermijden, wordt de nieuwe aansluiting niet met terugwerkende kracht ingevoerd, maar geldt ze pas vanaf 1 januari 1993. Artikel 74 van de Wet van 30 december 1992 bepaalt aldus, dat “de met het beheer van ziekenhuizen belaste intercommunales die op 31 december 1986 bij de Omslagkas voor gemeentelijke pensioenen aangesloten waren en die ten gevolge van een vóór 31 december 1987 bij de Rijksdienst voor sociale zekerheid van de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten ingediende betwisting op 31 december 1992 niet meer bij deze Dienst zijn aangesloten, (...) van rechtswege en onherroepelijk, opnieuw aangesloten (zijn) bij deze Dienst met ingang van 1 januari 1993”.

Volgens de betrokken intercommunale, die in beroep gaat bij het Arbitragehof, gaat het niettemin om een vorm van geldigverklaring bij wet die tot doel heeft een rechterlijke beslissing schaaakmat te zetten (zie de argumenten van de intercommunale in het arrest van het Arbitragehof nr. 30/93, 1 april 1993, *B.S.* 8 april 1993). Juridisch kan tegen die techniek nochtans weinig worden ingebracht (eveneens P. POPELIER, “Over een onregelmatig bestuur, een toedekkende wetgever en de rechtspraak van het Arbitragehof”, *a.w.* 299. In die zin ook B. MATHIEU, *a.w.* 44-45). Niet de techniek van de legislatieve validatie zelf, maar enkel de inhoud van de wettelijke bepaling kan nog door het Arbitragehof worden beoordeeld.

B. VALIDATIE DOOR DE FEDERALE WETGEVER

220 Het Arbitragehof toetst de legislatieve ‘validatie’ door de federale wetgever aan de artikelen 10 en 11 G.W.

De wetgever mag aan de rechtssubjecten geen jurisdictionele waarborg ontnemen. Gezien zijn beperkte bevoegdheden, kan het Arbitragehof dat enkel controleren, wanneer het gebeurt met schending van het gelijkheidsbeginsel. Artikel 14 R.v.St.-wet verzekert evenwel aan alle burgers op de meest algemene wijze een

jurisdictionele waarborg tegen akten van het bestuur (Arbitragehof nr. 16/91, 13 juni 1991, *B.S.* 18 juli 1991, Arbitragehof nr. 33/93, 22 april 1993, *B.S.* 8 juni 1993, Arbitragehof nr. 46/93, 15 juni 1993, *B.S.* 20 augustus 1993 en Arbitragehof nr. 5/94, 20 januari 1994, *B.S.* 10 februari 1994). De gevalideerde bestuurshandeling betreft in de regel – ook als het om een reglementair besluit of een verordening gaat – slechts een beperkte categorie van personen. Dat is zeker het geval wanneer de validatie een lokaal besluit betreft: de normadressaten zijn dan beperkt in de ruimte, bv. de inwoners van een gemeente of provincie. Het Arbitragehof zal dus zelden moeilijkheden ondervinden om een ongelijke behandeling vast te stellen (P. POPELIER, “Over een onregelmatig bestuur, een toedekkende wetgever en de rechtspraak van het Arbitragehof”, *a.w.* 299).

De rechtspraak van het Arbitragehof betrof telkens de toegang tot en werking van de Raad van State, waarbij het gelijkheidsbeginsel wordt gerelateerd aan artikel 14 R.v.St.-Wet. Niets verhindert echter eenzelfde redenering met betrekking tot de toegang tot en de bevoegdheid van de rechter op grond van de artikelen 144-146 en 159 G.W. (eveneens P. POPELIER, “Legislatieve “validatie”: een kwestie van wetgevingstechniek”, *a.w.* 87). In zijn laatste arresten noemt het Arbitragehof overigens niet meer uitdrukkelijk artikel 14 R.v.St.-wet, maar spreekt het over jurisdictionele waarborgen in het algemeen (bv. Arbitragehof nr. 64/97, 6 november 1997, *B.S.* 17 januari 1998; nr. 3/98, 14 januari 1998, *B.S.* 14 februari 1998).

221 De ongelijke behandeling schendt het gelijkheidsbeginsel, wanneer ze niet door uitzonderlijke omstandigheden kan worden verantwoord. Er moet derhalve een wettig doel voorhanden zijn en het aangewende procédé moet evenredig zijn met dit doel.

“De terugwerkende kracht van wetsbepalingen, die van die aard is dat zij rechtsonzekerheid in het leven kan roepen, kan enkel worden verantwoord op grond van bijzondere omstandigheden, inzonderheid wanneer zij onontbeerlijk is voor de goede werking of de continuïteit van de openbare dienst.

Indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht van de wetkrachtige norm tot gevolg heeft dat de afloop van een of meer gerechtelijke procedures in een welbepaalde zin wordt beïnvloed of dat rechtscolleges verhinderd worden zich uit te spreken over een welbepaalde rechtsvraag, vergt de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden een verantwoording bieden voor dat optreden van de wetgever, dat ten nadele van een categorie van burgers inbreuk maakt op de jurisdictionele waarborgen die aan allen worden geboden” (Arbitragehof nr. 64/97, 6 november 1997, *B.S.* 17 januari 1998 en nr. 3/98, 14 januari 1998, *B.S.* 14 februari 1998).

Het mag niet het doel zelf zijn van de wetgever om de werking van de Raad van State te dwarsbomen of het gezag van zijn arresten te schenden (Arbitragehof nr. 67/92, 12 november 1992, *B.S.* 8 december 1992; nr. 33/93, 22 april 1993, *B.S.* 8 juni 1993; nr. 87/95, 21 december 1995, *B.S.* 23 januari 1996; nr. 64/97, 6 november 1997, *B.S.* 17 januari 1997 en nr. 3/98, 14 januari 1998, *B.S.* 14 februari 1998).

Dat wordt geacht het geval te zijn, wanneer geen andere ernstige motieven bewezen worden geacht (vb. Arbitragehof nr. 33/93, 22 april 1993, *B.S.* 8 juni 1993 en Arbitragehof nr. 64/97, 6 november 1997, *B.S.* 17 januari 1997). De bewering dat de bekrachtiging van een besluit de rechtszekerheid dient, omdat de inhoud daarvan

nog slechts bij wet kan worden gewijzigd, kan daarbij niet als argument worden aanvaard (Arbitragehof nr. 33/93, 22 april 1993, *B.S.* 8 juni 1993).

222 Wettige oogmerken zijn onder meer:

– de regularisatie van een vormgebrek, wanneer het bestuur dat zelf niet meer op nuttige wijze kan doen.

Zo kon bv. de provincieraad van Brabant, wiens fiscale verordening voor het begrotingsjaar 1988, in 1990 om formele redenen was vernietigd door een arrest van de Raad van State, niet zelf de geheven opcentiemen voor 1988 regulariseren omdat artikel 2 B.W. haar volgens het Arbitragehof niet toeliet een maatregel te nemen met terugwerkende kracht (zie Arbitragehof nr. 67/92, 12 november 1992, *B.S.* 8 december 1992. Zie ook Arbitragehof nr. 87/95, 21 december 1995, *B.S.* 23 januari 1996).

Het hernemen van de inhoud van een vernietigde bepaling is alleszins niet strijdig wanneer de rechtsgrond van het vernietigingsarrest wordt geëerbiedigd zonder dat de referentienormen zelf rechtstreeks worden gewijzigd.

“Ten aanzien van de onmogelijkheid, voor de betrokken ondernemingen, om bij de burgerlijke rechtscolleges de terugbetaling van de onwettig geïnde rechten te verkrijgen, merkt het Hof op dat de vernietiging van een administratieve maatregel door de Raad van State niet in hun voordeel 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 omstandigheden 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 (het recht van toegang tot een rechtbank, dat in artikel 6 EVRM wordt erkend noch aan het in art. 13 EVRM vermelde recht op daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie), 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” (Arbitragehof nr. 87/95, 21 december 1995, *B.S.* 23 januari 1996).

Ook het bestuur kan de inhoud van een vernietigd besluit of een vernietigde verordening hernemen, op voorwaarde dat de rechtsgrond van het vernietigingsarrest wordt geëerbiedigd. Dergelijke regularisatie kan zelfs met terugwerkende kracht, indien geen verkregen rechten worden geschonden en de temporele functie wordt verantwoord door redenen van algemeen belang, zoals de goede werking en de continuïteit van de openbare dienst (zie boven, nr. 200);

– het voorkomen van financiële en administratieve moeilijkheden die de goede werking van een openbare dienst belemmeren (Arbitragehof nr. 67/92, 12 november 1992, *B.S.* 8 december 1992);

– de bedoeling een einde te maken aan de rechtsonzekerheid die het gevolg was van tegengestelde rechterlijke beslissingen (Arbitragehof nr. 84/93, 7 december 1993, *B.S.* 28 december 1993 en Arbitragehof nr. 5/94, 20 januari 1994, *B.S.* 10 februari 1994). Dat kan zelfs wanneer het gaat om beslissingen van bv. enerzijds de Raad van State, en anderzijds de gewone rechter, zonder dat evenwel het Hof van Cassatie zich reeds heeft uitgesproken (zie dezelfde arresten. Kritisch: H. SIMONART en J. SALMON *a.w.* 207);

– de bedoeling van de wetgever om zelf een bevoegdheid uit te oefenen waaromtrent

wordt betwist dat hij ze had gedelegeerd (Arbitragehof nr. 46/93, 15 juni 1993, *B.S.* 20 augustus 1993, Arbitragehof nr. 73/93, 21 oktober 1993, *B.S.* 10 november 1993, Arbitragehof nr. 2/94, 13 januari 1994, *B.S.* 16 februari 1994, 21 en Arbitragehof nr. 3/94, 13 januari 1994, *B.S.* 15 februari 1994).

223 In dat laatste geval gaat het niet om een werkelijke ‘validatie’, omdat het gebrek van de bestuurshandeling er juist in bestond dat niet de uitvoerende macht, maar de wetgever bevoegd was. Het Hof merkt hierbij op dat het gezag van gewijsde een verderstreckende draagwijdte zou 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 te doen (Arbitragehof nr. 2/94, 13 januari 1994, *B.S.* 16 februari 1994 en Arbitragehof nr. 3/94, 13 januari 1994, *B.S.* 15 februari 1994).

Betwistbaar is echter de ‘validatie’ waarbij de wetgever de regering machtigt om bepaalde maatregelen te treffen die op zich reeds tot de bevoegdheid van deze regering behoren, en de genomen maatregelen nadien bekrachtigt.

Volgens het Arbitragehof schendt de op voorhand door de wet ingestelde bekrachtigingsprocedure niet het gelijkheidsbeginsel “doordat zij de controle van de wetgever op de uitoefening van de machten die hij (...) aan de Koning geeft, verstevigt en doordat zij sommige handelingen van de uitvoerende macht niet zonder verantwoording aan de rechterlijke wettigheidstoets onttrekt” (Arbitragehof nr. 16/91, 13 juni 1991, *B.S.* 18 juli 1991, overw. 6.B.3. Instemmend: R. ERGEC, “De l’invalidation des ‘validations’ législatives à l’égalité en matière fiscale”, *J.T.* 1991, 839).

De Raad van State, Afdeling Wetgeving, had er in diezelfde zaak nochtans op gewezen dat elke bekrachtiging van een besluit dat uit zijn aard niet tot het grondwettelijk aan de wetgever voorbehouden domein behoort, bekritiseerbaar is uit het oogpunt van de scheiding der machten (advies van 9 en 15 mei 1990, *Gedr.St. Kamer* 1989-90, 1218/1, p. 37 en p. 42, noot 1).

In het verleden werd zo een besluit bekrachtigd met dezelfde inhoud als besluiten die eerder door de Raad van State waren geschorst en vernietigd en waarvan ook de legislatieve ‘validatie’ door het Arbitragehof was vernietigd, maar waarvan de ‘validatie’ nu de test doorstond omdat de bekrachtigingsprocedure op voorhand in de wet was ingebouwd (Arbitragehof nr. 34/93, 6 mei 1993, *B.S.* 29 mei 1993. Kritisch over die wetgevingstechniek op zich: P. POPELIER, “Legislatieve ‘validatie’: een kwestie van wetgevingstechniek”, *a.w.* 89 e.v. en H. SIMONART en J. SALMON *a.w.* 205). *In casu* was de regering met haar besluit in feite op het domein van de wetgever getreden en werd het gelijkheidsbeginsel weliswaar door de Raad van State wel, door het Arbitragehof evenwel niet geschonden geacht door de inhoud zelf. Het Arbitragehof lijkt evenwel te suggereren dat niet de omstandigheid dat de materie behoorde tot de bevoegdheidssfeer van de wetgever, maar de op voorhand ingebouwde bekrachtigingsprocedure doorslaggevend was voor zijn oordeel. Zo zou de mogelijkheid openstaan voor de wetgever om het bestuur en zichzelf op voorhand in te dekken tegen de sanctionering van toekomstige onregelmatige besluiten en legislatieve ‘validaties’ (P. POPELIER, “Legislatieve ‘validatie’: een kwestie van wetgevingstechniek”, *a.w.* 92).

224 Ook de uitsluiting van de Raad van State om een wettigheidstoets door te voeren, wordt niet als een legislatieve ‘validatie’ beschouwd, noch als een onrechtmatige inbreuk op het principe van de scheiding der machten, wanneer de beoordeling aan gespecialiseerde rechtscolleges wordt toevertrouwd.

“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 rechtbanken toekomt bevestigd, rekening houdend zowel met de eigen aard van het sociaal recht als met de belangen van de rechtzoekenden” (Arbitragehof nr. 37/93, 19 mei 1993, *B.S.* 9 juni 1993, overw. B.7.2.).

Artikel 160 G.W., dat bepaalt dat er voor geheel België een Raad van State bestaat, verhindert niet dat de wetgever, zoals bv. inzake onteigeningen, zekere geschillen aan de Raad van State en andere aan een ander rechtscollege toevertrouwt (Arbitragehof nr. 51/95, 22 juni 1995, *B.S.* 10 augustus 1995).

C. VALIDATIE DOOR DE DECREETGEVER

225 Het Arbitragehof toetst de decretale ‘validatie’ aan zowel de bevoegdheidsverdelende bepalingen als aan het gelijkheidsbeginsel.

De Gemeenschappen en Gewesten mogen geen individuele bestuurshandelingen die aan de Raad van State ter beoordeling zijn voorgelegd, geldig verklaren: de draagwijdte en het rechtsgevolg van zo’n decretale bepaling bestaat er immers in substantie uitsluitend in afbreuk te doen aan artikel 14 van de Gecoördineerde Wetten van de Raad van State, wat door artikel 146 G.W. uitdrukkelijk aan de wetgever is voorbehouden (Arbitragehof nr. 46, 11 februari 1988, *B.S.* 24 februari 1988). Dit blijkt te meer uit het nieuwe artikel 160 G.W. dat uitdrukkelijk de bevoegdheid van de Raad van State aan de wetgever voorbehoudt (J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het publiek recht*, deel 2, Brugge, Die Keure, 1997, 107, noot 318. Zie ook A. ALLEN, *Handboek*, a.w. 715).

De bevoegdheidsverdelende bepalingen worden echter niet geschonden wanneer een decreet enkel onrechtstreeks tot gevolg heeft dat de Raad van State zich in de betrokken zaak niet meer zal kunnen uitspreken, maar dit niet het enige of hoofdzakelijke doel was van de decreetgever (Arbitragehof nr. 30/95, 4 april 1995, *B.S.* 19 mei 1995).

De wetgevingstechniek blijkt hierbij een belangrijke rol te spelen (zie P. POPELIER, “Legislatieve ‘validatie’ en de bevoegdheid van de decreetgever: een kwestie van wetgevingstechniek?”, *R.W.* 1995-96, 179). Het Hof benadrukt bv. het erg onrechtstreeks karakter van een “validatie” en de algemene draagwijdte van een decreet, dat op algemene wijze maar retroactief een wettelijke basis geeft aan een voor de Raad van State aangevochten rechtshandeling (Arbitragehof nr. 30/95, 4 april 1995, *B.S.* 19 mei 1995). Het eigenlijke doel moet dan uiteraard wel binnen het bevoegdheidsdomein van de decreetgever blijven (*t.a.p.* overw. B.18).

Zo is ook toegestaan dat een decretale bekrachtigingsprocedure de controle versterkt op de uitoefening van aan de Regering verleende machten in aangelegenheden die de decreetgever zelf vermag te regelen, wanneer dit niet is ingegeven door de bedoeling de justitiabelen een jurisdictionele waarborg te ontnemen, maar is verantwoord door de noodzaak van een vlugge en doeltreffende bescherming van

een hoger rechtsgoed (Arbitragehof nr. 41/95, 6 juni 1995, *B.S.* 1 juli 1995: i.c. de bescherming van de duinen en van de voor het duingebied belangrijke landbouwgebieden).

Wanneer de decreetgever, door een rechtstreekse ‘validatie’ van individuele besluiten, een door artikel 146 G.W. aan de federale wetgever voorbehouden aangelegenheid heeft overtreden, lijkt ook de leer van de impliciete bevoegdheden geen noemenswaardige rol te kunnen spelen. Eén van de voorwaarden daarvan luidt immers dat de weerslag voor het betreden domein slechts marginaal mag zijn. Het Arbitragehof lijkt van oordeel te zijn dat dit bij een rechtstreekse ‘validatie’ van individuele besluiten juist niet het geval is (zie P. POPELIER, “Legislatieve ‘validatie’ en de bevoegdheid van de decreetgever: een kwestie van wetgevingstechniek?”, *a.w.* 179).

226 In de andere gevallen wordt ook de decretale ‘validatie’ vanuit het perspectief van het gelijkheidsbeginsel beoordeeld. Een rechtvaardiging is dan nog mogelijk, zoals voor de legislatieve validatie, wanneer zij de in het gelijkheidsbeginsel besloten evenredigheidstoets doorstaat.

Deze toetsing zal in vele gevallen echter reeds mee in het onderzoek naar de bevoegdheidsvraag besloten liggen. Zo oordeelde het Arbitragehof dat, nu de implicaties voor het beroep bij de Raad van State op voldoende wijze worden verantwoord door de zorg om de fundamentele opties van een aan de gang zijnde onderwijshervorming te vrijwaren en te beletten dat het onverkort toepassen van het vroegere personeelsstatuut die opties zou doorkruisen, hieruit tevens blijkt dat het de decreetgever er niet in substantie om te doen was de bevoegdheid van de Raad van State te beïnvloeden en hij dus binnen zijn bevoegdheden is gebleven (Arbitragehof nr. 30/95, 4 april 1995, *B.S.* 19 mei 1995). De toetsing van de ‘validatie’ aan de bevoegdheidsverdelende regels en deze aan het gelijkheidsbeginsel, vallen zo in zekere mate met elkaar samen (P. POPELIER, “Legislatieve ‘validatie’ en de bevoegdheid van de decreetgever: een kwestie van wetgevingstechniek?”, *a.w.* 179-180).

Zo blijkt dat het Arbitragehof bij de beoordeling van de legislatieve ‘validatie’ door zowel de federale wetgever als de decreetgever, de bedoeling van de wet- of decreetgever nagaat als het belangrijkste criterium (zie ook A. ALEN, *a.w.* 714 en J. VANDE LANOTTE, *a.w.* 111).

D. BEROEP TOT SCHORSING

227 Een niet-gerechtigde legislatieve ‘validatie’ kan voor het Arbitragehof worden bestreden door middel van een annulatieberoep of een prejudiciële vraag. Een schorsingsprocedure zal in de regel weinig succes hebben. Het bestaan van de wet of van het decreet verhindert immers niet dat het beroep voor de gewone of de administratieve rechter wordt ingesteld binnen de wettelijk bepaalde termijnen, waarbij de exceptie van on(grond)wettigheid van die wet of dat decreet wordt opgeworpen (Arbitragehof nr. 1, 5 april 1985).

Een schorsing kan echter worden verkregen wanneer de procedure van de

prejudiciële vraag te veel tijd in beslag zou nemen.

Dat was het geval in een van de zeldzame schorsingen die het Arbitragehof tot nu toe heeft toegestaan. Daarin werd, bij een 'validatie' van een benoemingsbesluit, overwogen dat "de Raad van State, gelet op de proceduretermijnen, niet in staat (zal) zijn de beroepen vóór 30 november 1992 te beslechten. Op die datum echter zal de verzoeker de pensioengerechtigde leeftijd bereiken, waardoor, gelet op de heersende rechtspraak van de Raad van State, zijn beroep gevaar loopt niet ontvankelijk te worden verklaard bij gebrek aan actueel belang" (Arbitragehof nr. 20/92, 12 maart 1992, *B.S.* 7 april 1992).

Het vernietigingsberoep werd ingetrokken nadat de betrokkene door de overheid in zijn rechten was hersteld (aldus P. MARTENS, "La constitutionnalisation du droit juridictionnel", in *Liber Amicorum Hannequart et Rasin*, a.w. 294; zie Arbitragehof nr. 51/92, 18 juni 1992, *B.S.* 25 juli 1992).

Alleszins kan de persoon die schade heeft geleden door een onrechtmatig besluit waarvan de 'validatie' door het Arbitragehof werd vernietigd, bij de rechter een vordering tot schadevergoeding instellen (J. SALMON, a.w. 565).

§ 2. Rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

228 Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ziet toe op tussenkomsten van de wetgever in gerechtelijke procedures. Dit hoeft niet noodzakelijk om een legislatieve validatie te gaan; het kan ook gaan om een wet die de uitkomst van een gerechtelijke procedure tussen de overheid en een rechtssubject tracht te beïnvloeden door de rechtsregels of contractuele bepalingen waarop de tegenpartij zich beroept, met terugwerkende kracht te wijzigen.

Het Hof van Cassatie ziet dat als een druk die niet verschilt van de druk die elke wet op de rechter uitoefent en acht dergelijke tussenkomst dan ook geen miskenning van het recht op een eerlijke behandeling van de zaak door een onafhankelijke instantie (Cass. 19 april 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 846, m.b.t. de Loodsenwet).

Het Europees Hof ziet dit anders.

229 Het eerste arrest over deze aangelegenheid dateert van 9 december 1994 (Eur. Hof Griekse raffinaderijen Stran en Stratis Andreadis, 9 december 1994, *Publ. C.E.D.H.* reeks A, nr. 301-B).

Na een veroordeling tot schadevergoeding door het scheidsgerecht wegens de niet-uitvoering van een in decretale bepalingen neergelegde overeenkomst en de bevestiging daarvan in eerste en tweede aanleg, had de Griekse staat zich, door middel van haar bevoegdheid om 'supra-legislatieve' wetsbepalingen te interpreteren, bevrijd van de veroordeling en van de hangende en toekomstige procedures in dit verband.

Het Hof overwoog dat het principe van de rechtsstaat en de vereiste van een eerlijk proces, neergelegd in artikel 6 EVRM, zich verzetten tegen elke inmenging van de wetgever in een gerechtelijke procedure om de uitslag daarvan te beïnvloeden (Par. 49. Zie ook A. ALEN, a.w. nr. 721c, p. 715).

230 Het Hof acht zich bijzonder bewust van de gevaren inherent aan het gebruik

van retrospectieve regelgeving die als effect heeft dat de uitkomst wordt beïnvloed van een gerechtelijk dispuut waarbij de Staat partij is, in het bijzonder wanneer het effect erin bestaat dat hangende gedingen niet meer door de particulier kunnen worden gewonnen (Eur. Hof National & Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society en the Yorkshire Building Society, 23 oktober 1997). Het acht een retroactieve maatregel echter niet strijdig met artikel 6 EVRM, wanneer dit wordt verantwoord door een legitiem doel. In het raam van de proportionaliteitstest, worden in het bijzonder de goede trouw van de tegenpartij en de voorspelbaarheid van het overheidsoptreden in aanmerking genomen.

In een door een derde partij aangespannen procedure oordeelde de rechter dat de oorspronkelijke fiscale regelgeving onwettig was om technische redenen (machtoverschrijding). De verzoekende partijen moesten redelijkerwijs hebben begrepen dat de overheid zou proberen de technische gebreken te herstellen en om redenen van algemeen belang niet zou aanvaarden dat een substantieel bedrag van reeds geïnde ontvangsten zou verloren gaan om technische redenen.

De partijen waren niet verrast door de aankondiging van retroactieve wetgeving; zij spanden het geding aan nadat de autoriteiten formeel beslisten de goedkeuring van het parlement te vragen voor de retrospectieve validatie van de regulations en slechts enkele dagen vóór de officiële aankondiging van die beslissing. Het Europees Hof zag het geding als een poging om te profiteren van de kwetsbaarheid van de situatie van de overheid als gevolg van een rechterlijke beslissing. Daartegenover stelde het dat de beslissing om retroactief remediërende wetgeving in te voeren was genomen zonder acht te slaan op hangende procedures en met als eigenlijk doel de oorspronkelijke bedoeling van het parlement te herstellen. De partijen waren niet het bijzonder doelwit van de overheidsbeslissing (Eur. Hof, National & Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society en the Yorkshire Building Society, 23 oktober 1997).

Ook de versluiering via een interpretatieve wet wordt door het Europees Hof voorzien.

De inmenging van de wetgever in een gerechtelijke procedure door middel van een retrospectieve wet, die uitleg geeft over de betekenis van een begrip in een vorige wet, in het voordeel van de overheid en afwijkend van de rechtspraak van het Hof van Cassatie waarin dat begrip wordt uitgelegd in een voor de verzoeker gunstige zin, is *in casu* strijdig met artikel 6 EVRM, dat een faire procedure voorschrijft (Eur. Hof Papageorgiou, 22 oktober 1997).

AFDELING V

EIGENDOMSRECHT

231 Een uitloper van de leer van de verkregen rechten is het verbod van aantasting van de eigendom. Hoe uiteenlopend de invulling van verkregen rechten verder ook was, eigendomsrechten behoorden in elk geval tot de kern daarvan.

Zo vat ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de “eigendom”, die door artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM wordt beschermd, op als “reeds verworven goederen” (Eur. Hof Van der Musselle, 23 november 1983, *Publ. C.E.D.H.* Serie A, nr. 70). Dat wordt weliswaar ruim geïnterpreteerd (zie ook H. VANDENBERGHE, “Interpretatieproblemen bij de bescherming van het eigen-

domsrecht (art. 1, 1° protocol EVRM)”, in *Liber Amicorum Krings*, Brussel, E. Story Scientia, 1991, 374: dit artikel sluit aan bij het concept van bescherming van verworven rechten, maar overstijgt het ook. Vgl. eveneens L.P. SUETENS, “Eigendomsordening in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens”, in dezelfde bundel, 812). Ook bv. een aanspraak op schadevergoeding wordt, nog vóór een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde de vergoeding toekent, als “verworven” beschouwd, wanneer een “legitiem vertrouwen” op de toekenning daarvan kan worden gehaald uit vaststaande rechtspraak (zie Eur. Hof Pressos Compania Naviera e.a., 20 november 1995, *Publ.C.E.D.H.* Serie A, nr. 332).

232 De bescherming van het eigendomsrecht wordt in deze bepaling echter niet meer zo absoluut opgevat als onder de leer van de verkregen rechten. In de bepaling zelf is de techniek van de belangenafweging ingebouwd. Uit een analyse van de rechtspraak wordt opgemaakt dat het Hof een slechts zeer marginale controle uitoefent op de eerbiediging van het eigendomsrecht (zie L.P. SUETENS, *a.w.* 816-825).

In het eerste lid van de bepaling wordt, na de neerlegging van een algemeen principe van eerbied voor het eigendomsrecht, bepaald dat niemand van zijn eigendom zal worden beroofd, “behalve in het algemeen belang”, en met inachtneming van de voorwaarden neergelegd in de wet en in de algemene beginselen van het internationaal recht.

Het tweede lid voegt daaraan toe dat de Staat bovendien het recht heeft om het gebruik van de eigendom te reglementeren en met name “die wetten toe te passen welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren”.

233 Het Europees Hof neemt bij deze belangenafweging een extra terughoudende houding aan. Dat is gebaseerd op de formulering van de toegelaten uitzondering, die veel vager is dan in de overige bepalingen van het verdrag (zie G. COHEN-JONATHAN, *a.w.* 525, J.E.S. FAWCETT, *a.w.* 406 en H. VANDENBERGHE, *a.w.* 373-374). Het Hof kent de staten met name in hun sociaal en economisch beleid een grote vrijheid toe (zie Eur. Hof James, 21 februari 1986, *Publ.C.E.D.H.* Serie A, nr. 98 en Mellacher e.a., 19 december 1989, *Publ.C.E.D.H.* Serie A, nr. 169).

Het relatieve gewicht van het algemeen belang in de afweging verschilt naargelang de inbreuk een eigendomsberoving dan wel een beperking van het gebruik van de eigendom betreft. De beoordelingsbevoegdheid van de verdragsstaten zou het grootst zijn in het laatste geval (zie A. ALEN, *Handboek Staatsrecht*, *a.w.* 634-635). In de toepassing lijkt dat onderscheid echter moeilijk te ontwaren (zie H. VANDENBERGHE, *a.w.* 377, met verwijzing naar o.m. Eur. Hof James, 21 februari 1986, *Publ.C.D.E.H.* Serie A, nr. 98).

234 Het Europees Hof beoordeelt ook de temporele functie van een norm in het licht van artikel 1 van het eerste protocol.

In het in de vorige afdeling reeds besproken arrest Griekse raffinaderijen Stran en Stratis Andreadis oordeelde het Hof over de tussenkomst van de wetgever in een gerechtelijke procedure door middel van een retroactieve wet, op een moment dat de veroordeling reeds was uitgesproken door het scheidsgerecht en de zaak, na twee bevestigingen, hangende was voor het Hof van Cassatie. Het Hof achtte dat ingrijpen niet enkel strijdig met artikel 6 EVRM, maar ook met het in artikel 1 van het eerste protocol neergelegde eigendomsrecht (par. 74).

In het arrest *Pressos Compania Naviera* beoordeelde het de Loodswet die, vijf jaar na een arrest van het Hof van Cassatie waarin de aansprakelijkheid van de loodsen werd uitgesproken, met dertig jaar terugwerkende kracht deze aansprakelijkheid terugschreefde. Het Hof achtte het duidelijk dat het doel van de wetgever erin bestond de verzoekers hun recht op schadevergoeding te ontnemen, wat een aantasting uitmaakte van het eigendomsrecht in de zin van artikel 1, eerste protocol. In de afweging werd het argument van de overheid, dat de wet de toestand herstelde die bestond vóór het cassatie-arrest van 1983, van weinig gewicht geacht. Het Hof vond dat het arrest van het Hof van Cassatie geen afbreuk deed aan de rechtszekerheid, nu het arrest, aldus het Europees Hof, kon worden voorzien als een specifieke toepassing van het *Flandria*-arrest van 1920 over overheidsaansprakelijkheid in het algemeen en in het licht van de overwegingen van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State bij het ontwerp van de Wet van 1967. Een retroactiviteit van dertig jaar respecteerde derhalve niet het vereiste evenwicht tussen de betrokken belangen (Eur. Hof *Pressos Compania Naviera e.a.*, 20 november 1995, *Publ.C.E.D.H.* Serie A, nr. 332).

Ook in het arrest *National & Provincial Building Society* werd de retroactieve wetgeving zowel aan artikel 6 EVRM als aan artikel 1 van het eerste protocol getoetst. De beschermde “eigendom” bestond in dit geval uit gelden die door deze wetgeving aan de fiscus werden toegekend. Deze gelden waren eerder geheven als belastingsgelden, op grond van wetgeving die door de rechter als onrechtmatig was beoordeeld om eerder technische redenen.

Het Europees Hof bevestigde als principe dat de overheid een zeer ruime beoordelingsvrijheid heeft bij het vastleggen en implementeren van het beleid op fiscaal gebied.

Het Hof kende slechts een gering gewicht toe aan de argumenten van de verzoekers, omdat deze voordeel trachtten te halen uit een vacuüm bij de overgang naar een nieuw fiscaal regime. Bovendien konden zij er niet op vertrouwen het profijt te behouden dat zij haalden uit gebreken in de fiscale wetgeving, die gebleken waren na een rechterlijke uitspraak maar in feite onbedoeld waren, nu zij de debatten in het parlement hadden gevolgd en zodoende wisten dat de wetgever dit vacuüm zou herstellen om de betaling van belastingen te verzekeren.

Anderzijds kende het Hof een groot gewicht toe aan de bedoelingen van de wetgever. Zo erkende het een dwingend belang om de onzekerheid te herstellen over de wettigheid van fiscale inkomsten die reeds op grond van de betwiste regelgeving sinds jaren waren geïnd. De retroactieve wetgeving werd derhalve niet strijdig geacht met artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM (Eur. Hof *National & Provincial Building Society e.a.*, 23 oktober 1997).

235 Uit deze rechtspraak blijkt dat retroactieve wetgeving die tot stand komt om de gevolgen van een rechterlijke uitspraak te herstellen, niet alleen vanuit het oogpunt van het recht op een behoorlijke rechtsbedeling, neergelegd in artikel 6 EVRM kan worden beoordeeld, maar tevens vanuit het oogpunt van het eigendomsrecht, neergelegd in artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM.

In de belangenafweging blijkt ook het oogpunt van de rechtszekerheid door te spelen. Eigendom wordt begrepen als “reeds verworven goederen” of een “verworven aanspraak” daarop. Een inbreuk hierop betekent een aantasting van het vertrouwen dat men deze goederen zal verwerven dan wel kan behouden. In de afweging speelt derhalve mee hoe groot dit vertrouwen in het concrete geval kon zijn en in welke mate de nieuwe wetgeving voorspelbaar was. Anderzijds speelt voor de overheid de mate waarin een rechtsonzekere situatie was ontstaan, bv. na een rechterlijke

uitspraak, en waarin de wetgeving deze toestand tracht te herstellen.

236 Dat in de beoordeling vanuit het perspectief van artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM ook het rechtszekerheidsbeginsel kan worden ingepast, blijkt eveneens uit een tussenvonnis van 17 maart 1997 van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Brussel.

In deze zaak werd de Belgische Staat aangesproken ter vergoeding van de schade veroorzaakt door het optreden van de formele wetgever. Ditmaal ging het niet om retroactieve wetgeving, maar om wetgeving die systematisch en met onmiddellijke werking het fiscaal gunstregime voor reconversievennootschappen inperkte, zonder eerbiedigende werking voor vennootschappen die door het oorspronkelijke gunstregime waren aangetrokken om in de reconversiezones te investeren en hadden gerekend op de beloofde fiscale voordelen. De rechtbank onderzocht deze wetgeving in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel en achtte haar onrechtmatig. Vervolgens stelde zij echter vast dat zij niet bevoegd was om de formele wet te toetsen aan een algemeen rechtsbeginsel en beriep zij zich derhalve op artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM, om welke reden de zittingen werden geschorst om de partijen gelegenheid te geven hun conclusies in het licht van die bepaling voor te bereiden (tussenvonnis Rb. Brussel 17 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 257).

AFDELING VI

RECHTSZEKERHEID

237 De temporele functie wordt bij voorkeur beoordeeld vanuit het beoordelingsperspectief van de rechtszekerheid. Vooral het retroactiviteitsverbod werd immers van oudsher reeds verantwoord vanuit dit perspectief.

Het concept van het rechtszekerheidsbeginsel is geëvolueerd van een eerder statische en absolute opvatting van eerbiediging van verkregen rechten, tot een meer flexibel rechtsbeginsel dat ook legitieme verwachtingen beschermt en waarin plaats wordt geruimd voor een belangenafweging (zie P. POPELIER, *a.w.* hoofdstuk 2 over de verschillende concepten van rechtszekerheid). In dat laatste concept, wordt het onderscheid tussen de temporele functies bij de beoordeling gerelativeerd.

Het concept dat wordt toegepast in de rechtspraak, hangt mede af van de bevoegdheden van de rechter. Zo zal het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel bij de gewone rechter en de Raad van State verschijnen als een beginsel van behoorlijk bestuur. Formele wetgeving kan aan dat rechtsbeginsel maar worden getoetst wanneer het wordt vastgehaakt aan een bepaling van internationaal recht, zoals bv. artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM, of wanneer het wordt gerelateerd aan het gelijkheidsbeginsel en hierover een prejudiciële vraag wordt gesteld aan het Arbitragehof.

In die zin slechts kan de uitspraak van het Hof van Cassatie worden begrepen, volgens dewelke “de nood aan rechtszekerheid niet belet dat krachtens een algemeen rechtsbeginsel dat onder meer is

neergelegd in artikel 2 B.W., de wet onmiddellijk van toepassing is op alle gevolgen van onder de vroegere bij wet ontstane toestanden” (Cass. 10 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 195). Bij een formele wet kan de onmiddellijke werking als principiële temporele functie niet rechtstreeks door het Hof worden getoetst aan het rechtszekerheidsbeginsel. Het Hof stelt vervolgens vast dat artikel 6 EVRM niet is geschonden.

In de regel blijft het concept van de verkregen rechten een dominante rol spelen en wordt de temporele functie van een besluit of verordening aanvaard wanneer ze een grondslag vindt in een formele wet.

238 Omdat de beoordeling van de temporele functie in de rechtspraak voornamelijk vanuit deze beoordelingsperspectieven gebeurt, wordt hieraan een afzonderlijk hoofdstuk besteed. Achtereenvolgens worden besproken: het concept van de verkregen rechten en de toepassingen daarvan in de rechtspraak, in het bijzonder in het leerstuk van de intrekking, en het concept van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en de toepassingen daarvan in de rechtspraak van de Belgische en Europese hoven.

HOOFDSTUK II

INVALSHOEK VAN DE RECHTSZEKERHEID

AFDELING I

VERKREGEN RECHTEN EN LEERSTUK VAN INTREKKING EN OPHEFFING VAN BESLUITEN

§ 1. Verkregen rechten

239 Het leerstuk van verkregen rechten en zijn invloed op de rechtspraak werd in de voorgaande hoofdstukken reeds besproken. Samenvattend kan hier worden gewezen op het volgende.

Geen afbreuk mag worden gedaan aan verkregen rechten. Hierbij vervalt het onderscheid tussen onmiddellijke werking en retroactiviteit. “Retroactiviteit” wordt gelijkgesteld met “afbreuk aan verkregen rechten”, ook als volgens de formele definitie sprake is van een werking voor de toekomst. Eens is vastgesteld dat een norm een verkregen recht aantast, wordt ze onrechtmatig geacht; geen ruimte wordt gelaten voor een belangenafweging.

Wat precies verkregen rechten zijn is onduidelijk.

Alleszins vallen hieronder geen loutere verwachtingen, maar enkel subjectieve rechten die aan een persoon toekomen krachtens een rechtsverlenende norm. Er dient een regeling voorhanden te zijn die het verkregen recht toekent (R.v.St. Pelouse, nr. 10.137, 3 juli 1963 en R.v.St. De Smet, nr. 20.295, 25 april 1980). Er kan geen sprake zijn van een verkregen recht in geval het bestuur over een discretionaire bevoegdheid beschikte met betrekking tot dat recht (R.v.St. Juliam, nr. 14.105, 29 april 1970).

Bijvoorbeeld: Een algemene regel bepaalt de voorwaarden waaronder een benoeming kan gebeuren. Het bestuur beschikt over een zekere discretionaire bevoegdheid bij de keuze van de meest geschikte kandidaat. Het benoemingsbesluit zelf is een rechtscheppend besluit. De subjectieve rechten die uit de algemene regeling voortvloeien, zoals het recht op wedde of op het vaststellen van anciënniteit, zijn verkregen door het benoemingsbesluit.

De intrekkingssleer, die in de volgende paragraaf wordt besproken als een toepassing van de leer van de verkregen rechten, heeft betrekking op de rechtscheppende besluiten die verkregen rechten genereren, *in casu* het benoemingsbesluit.

Ruimere omschrijvingen, zoals het “verkregen recht” op de toekenning van een schadevergoeding (Eur. Hof Pressos Compania Naviera e.a., 20 november 1995; *Publ.C.E.D.H.* Serie A, nr. 332. Zie boven, nr. 231), of op “het ongewijzigd blijven van het op het ogenblik van de inschrijving bestaande leerplan, op zijn minst voor de jaren van die graad” (R.v.St. Verbergt, nr. 22.137, 23 maart 1982), zijn eerder te begrijpen als een invloed van het vertrouwensbeginsel.

Uit het legaliteitsbeginsel in strikte zin volgt dat het verbod om afbreuk te doen aan

verkregen rechten slechts juridisch afdwingbaar is ten aanzien van de lagere regelgever. Een inbreuk op verkregen rechten is toegelaten indien dat volgt uit of krachtens een formele wet. De temporele functie van een formele wet wordt wel zo geïnterpreteerd dat geen verkregen rechten worden geschonden.

240 Het leerstuk van de verkregen rechten speelt sterker door wanneer het gaat om individuele besluiten. Dit blijkt uit het leerstuk van de intrekking en de opheffing van besluiten (zie A. VRANCKX, *a.w.* 78).

VAN DAMME en DE KEGEL zijn van mening dat het onderscheid tussen algemene en individuele besluiten irrelevant is voor de opheffing, maar niet voor de intrekking (M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *a.w.* 15 en 35). Een algemeen besluit kan wel subjectieve rechten genereren, maar zou geen verkregen rechten kunnen voortbrengen (M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *a.w.* 15. Zo ook P. LEWALLE, "L'abrogation", *a.w.* 95-99). Daarom zou niemand een subjectief recht kunnen laten gelden op het instandhouden van een bestaand reglement (M.-A. FLAMME, *a.w.* 512, M. VAN DAMME "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel", *a.w.* 143 en M. VAN DAMME en F. DE KEGEL *a.w.* 15. P. LEWALLE, "Légalité, sécurité, stabilité et droit administratif. Un équilibre introuvable?", *a.w.* 236 en A. VAN MENSEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK en S. WYCKAERT, *a.w.* 147 hebben het over het ontbreken van een "verworven recht" op het ongewijzigd houden van een regeling. Zie ook P. LEWALLE, "L'abrogation", *a.w.* 75 e.v. Vgl. nochtans R.v.St. Verbergt, nr. 22.137, 23 maart 1982). Een intrekking is echter niet aanvaardbaar.

Ook in een arrest van de Raad van State staat te lezen dat een algemeen besluit, dat geen beoordelingsbevoegdheid toekent aan de uitvoerende overheid, subjectieve rechten toekent waaraan niet mag worden geraakt, zodat ook "een intrekking of schorsing" niet is toegelaten (R.v.St. Algemeen Eigenaarssyndicaat, nr. 27.829, 22 april 1987).

Als rechtsmiddel werd echter artikel 2 B.W. ingeroepen, zodat het nog maar de vraag is of de Raad wel degelijk de intrekkingssleer toepast, dan wel het beginsel van niet-retroactiviteit. In beide gevallen lijkt de Raad overigens "subjectieve rechten" gelijk te stellen met "verkregen rechten", om de terugwerkende kracht van het aangevochten besluit te veroordelen.

241 Deze uitleg is echter weinig verhelderend. Ook volgens LEWALLE (*a.w.* 358) betreft het in feite een kringredenering. De leer van de intrekking is gebaseerd op het concept van de verkregen rechten (zie verder, nr. 253). Indien men van oordeel is dat enkel een individueel besluit een verkregen recht kan genereren, dan blijven algemene reglementen zowel bij de intrekking als bij de opheffing buiten beschouwing. Indien men van oordeel is dat algemene reglementen wel degelijk verkregen rechten kunnen genereren, dan rijst de vraag waarom de beslissingsvrijheid van de normsteller verhindert dat iemand om die reden een subjectief recht laat gelden op het instandhouden van de gevolgen van een bestaand reglement, maar niet dat iemand een subjectief recht zou laten gelden op het instandhouden van de "verkregen" gevolgen van een bestaand individueel besluit. Het concept van verkregen rechten gaat immers voorbij aan het onderscheid tussen de temporele functies.

Een verklaring voor het onderscheid tussen individuele en algemene besluiten kan

wel worden geboden vanuit het vertrouwensbeginsel en de techniek van de belangenafweging, waarbij rechtszekerheid, legaliteit en de rechtscheppende functie van de regelgever tegen elkaar worden afgewogen (zie P. POPELIJER, "Rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel", *a.w.* 102-103). Het vertrouwensbeginsel weegt zwaarder door wanneer het bestaan van een rechtssituatie door de overheid in het bijzonder is bevestigd ten aanzien van een bepaald persoon. De afbreuk aan een individuele rechtssituatie kan bovendien eerder het vermoeden van willekeur wekken dan een algemene, voor iedereen gelijk geldende wijziging. Bovendien is de bevrozing van door een algemene norm gedicteerde rechtssituaties een meer verregaande beperking van de normatieve bevoegdheid dan de bevrozing van een individuele rechtssituatie (vgl. P. LEWALLE, *a.w.* 362-363).

242 Hoe dan ook wordt in de regel slechts voor bij individueel besluit verkregen rechtssituaties gesteld dat zij zowel voor de toekomst als voor het verleden onaantastbaar zijn (R.v.St. Ilegems, nr. 29.100, 5 januari 1988. Vgl. ook R.v.St. Dutry, nr. 33.449, 22 november 1989. Zie eveneens H. VAN EECKE, "Het intrekken der administratieve akten", *T.B.P.* 1952, 244). Ook met betrekking tot de toepassing van de in artikel 159 G.W. neergelegde exceptie van onwettigheid trekt de Raad van State een analogie met de intrekkingssleer enkel door ten aanzien van individuele besluiten (zie verder, nr. 259).

Dat is het uitgangspunt voor de leer van de intrekking en de opheffing, die nu wordt besproken. Bij de intrekking van algemene besluiten gebeurt de beoordeling eerder op grond van het algemeen retroactiviteitsverbod.

§ 2. Intrekking en opheffing van besluiten. Rechtspraak van de Raad van State

A. KWALIFICATIE ALS INTREKKINGS- OF OPHEFFINGSBESLUIT

243 De intrekking van een besluit werd in het eerste hoofdstuk omschreven als het besluit dat met terugwerkende kracht terugkomt op een vorig besluit, om redenen die direct verband houden met dat besluit; de opheffing doet dit voor de toekomst (zie boven, nr. 42).

Bepaalde handelingen worden hiermee gelijkgesteld. Zo kan een wijziging van een besluit neerkomen op een gedeeltelijke intrekking of opheffing (R.v.St. Rans, nr. 27.628, 10 maart 1987; Ilegems, nr. 29.100, 5 januari 1988; Dijl, nr. 42.965, 17 mei 1993; Kegels, nr. 49.041, 13 september 1994). Ook rechtsfiguren als de vaststelling van nietigheid van rechtswege of het invoeren van een voorbehoud kunnen in bepaalde omstandigheden worden gelijkgesteld met een intrekking, wanneer hiermee in werkelijkheid de beperkingen op de intrekking worden omzeild.

Door aan de Vaste Wervingssecretaris, zonder enige beperking in de tijd, de bevoegdheid toe te kennen om de nietigheid vast te stellen van de aanwervingen die werden gedaan met miskenning van de toepasselijke besluiten, is de rechtszekerheid op fundamentele wijze in het gedrang gebracht. De handeling waarbij de Vaste Wervingssecretaris vaststelt dat de werving van een personeelslid "van rechtswege nietig" is, is een constitutieve en geen declaratieve handeling, nu de aanwervingen bestonden en als zodanig in het rechtsverkeer gelding hadden. Het gaat om een echte vernietiging,

waarbij de rechtsgevolgen van een onregelmatige aanwerving retroactief ongedaan worden gemaakt. Er bestaat geen wezenlijk onderscheid tussen de handeling waarbij wordt vastgesteld dat een werving van rechtswege nietig is, en een intrekking van de wervingsbeslissing (R.v.St. Reynaert, nr. 43.256, 9 juni 1993).

De bestuursbeslissing, die een gunstige examenuitslag vaststelt, is verricht onder het voorbehoud van voldoening aan de toelatingsvereisten. Formeel gezien is de intrekking van een bestuurshandeling die zonder voorbehoud is gesteld hiermee niet volkomen gelijk te stellen. Wanneer de uitslag van het onderzoek naar de naleving van de toelatingsvereisten enkel afhankelijk is van de wijze waarop de overheid het dossier behandelt, kan dit er echter op neerkomen dat de overheid zonder tijdsbepanking een kandidaat de rechten kan ontzeggen die gegrond zijn op een voor hem gunstige examenuitslag. Dat komt neer op een onbeperkte mogelijkheid tot intrekking: voor de kandidaat is het rechtsgevolg in beide veronderstellingen immers hetzelfde.

Het invoeren van het voorbehoud moet daarom aan dezelfde regels worden onderworpen als de intrekking van een bestuurshandeling. Het vaststellen, het verifiëren en het beoordelen van gegevens die bij de inschrijving van het examen reeds waren gekend of onmiddellijk kenbaar konden worden gemaakt, moeten zodanig geschieden dat de overheid, nadat zij aan een kandidaat een gunstige uitslag heeft gemeld, in principe ten laatste binnen de termijn gesteld voor het indienen van een annulatieberoep bij de Raad van State aan de kandidaat moet doen kennen dat zij van het voorbehoud toepassing maakt in een voor de kandidaat ongunstige zin (R.v.St. Gielen, nr. 43.406, 21 juni 1993).

Wanneer daarentegen de uitslag van het onderzoek naar de naleving van de vereisten niet louter afhankelijk is van het bestuur zelf, wordt het invoeren van het voorbehoud niet met een intrekking of opheffing gelijkgesteld.

Wanneer een personeelslid voor zijn benoeming niet heeft voldaan aan het vereiste geneeskundig onderzoek, is aan het besluit dat hem benoemt noodzakelijkerwijze de stilzwijgende ontbindende voorwaarde verbonden dat hij daaraan zou voldoen. De handeling waardoor hij wegens lichamelijke ongeschiktheid is ontheven, maakt geen intrekking van de benoeming uit. De verzoeker kan zich ook niet beroepen op een gewettigd vertrouwen doordat het geneeskundig onderzoek pas twee jaar na de benoeming werd afgesloten. De duur van het geneeskundig onderzoek ontsnapt voor een groot deel aan de invloed van de benoemende overheid. De verzoeker kon in redelijkheid uit de gegeven omstandigheden niet afleiden dat hij van de bijzondere lichamelijke geschiktheidseisen was vrijgesteld (R.v.St. Lauwens, nr. 37.216, 18 juni 1991).

B. BEOORDELING VAN INTREKKINGSBESLUITEN

244 In het principiële schema dat de Raad van State toepast bij de beoordeling van een intrekkingbesluit, wordt achtereenvolgens nagegaan of het ingetrokken besluit rechtscheppend dan wel louter rechtserkennend was en indien het rechtscheppend was, of het al dan niet rechtmatig was. Dat schema kan worden weergegeven in een beslissingstabel (de methode van de beslissingstabel, een schematische presentatie van condities en acties en hun samenhang, werd ontworpen door M. VERHELST, *De praktijk van de beslissingstabellen*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 175 p. Over toepassingen in de rechtspraktijk, zie R.W. OVERHOFF en L.J. MOLENAAR, *In de regel beslist*, 's Gravenhage, SDU Uitgeverij, 1991, 382 p. en P. POPELIER, *a.w.* 553 e.v.).

De kolommen dienen verticaal te worden gevolgd. Boven de dubbele lijn staan de “condities”, eronder staan de “acties”. Men kan meteen vaststellen welke condities relevant zijn; onderaan ziet men als uitkomst of en wanneer intrekking mogelijk is. Onder “definitief” besluit wordt in het schema begrepen, een besluit dat niet meer voor vernietiging door de Raad van State vatbaar is. Een besluit is niet “definitief”, zolang de beroepstermijn voor de Raad van State nog loopt of, wanneer een beroep

is ingesteld, tot aan het sluiten van de debatten. Het schema van de principes van de intrekingsleer, ziet er dan als volgt uit.

Schema. De intrekingsleer van de Raad van State

Rechtscheppend		x	x	x	x	x	x	x
Niet rechtscheppend	x							
Regelmatig		x						x
Onregelmatig			x	x	x	x	x	
“Definitief”							x	
Niet “definitief”			x					
Onbestaand				x				
Niet onbestaand			x			x	x	
Door bedrog uitgelokt					x			
Niet door bedrog uitgelokt			x			x	x	
Intrekking toegelaten door wet						x		x
Geen wettelijke toelating van intr.		x	x				x	
Intrekking steeds mogelijk, om wettigheids- of om opportuniteitsredenen	x							
Intrekking nooit toegelaten		x					x	
Intrekking toegelaten zolang het besluit niet definitief is, tot het sluiten der debatten, maar enkel binnen de grenzen waarbinnen een vernietiging nog mogelijk is			x					
Intrekking toegelaten om deze reden				x	x			
Intrekking toegelaten binnen de perken van de wet						x		x

245 De eerste vraag die moet worden gesteld is of het ingetrokken besluit onaantastbare rechten heeft doen ontstaan (R.v.St. Van Kerckhove, nr. 25.111, 7 maart 1985). Het moet gaan om verkregen rechten in hoofde van de persoon tot wie het besluit is gericht: derden, ten aanzien van wie slechts sprake is van afgeleide rechten, kunnen de intrekking niet aanvechten (R.v.St. Van Kerckhove, nr. 25.111, 7 maart 1985).

Een besluit dat geen definitieve rechten toekent aan een persoon, is bv. een tuchtsanctie (R.v.St. Houtmeys, nr. 28.268, 29 juni 1987) of een weigeringsbeslissing. Andere voorbeelden zijn: een aankondiging dat bepaalde beslissingen zullen worden genomen (R.v.St. Vanderstede, nr. 43.077, 25 mei 1993), een bepaling die een tijdelijk personeelslid, in afwijking van het statuut, opzegbaar maakt (R.v.St. Terasse, nr. 26.724, 25 juni 1986), een brief die informatie geeft over de toepassing van een wettelijke uitzonderingsregeling maar hierin geen beslissing neemt voor het concrete geval (R.v.St. nv Sadacem, nr. 25.712, 9 oktober 1985) of een voorbereidende handeling zoals een eerste rangschikking (R.v.St. Deroy, nr. 42.598, 19 april 1993).

Zie verder ook de opsomming van VAN DAMME en DE KEGEL (*a.w.* 50-54) die hieronder vermelden: louter rechterkende besluiten, negatieve besluiten, voorwaardelijke besluiten, tuchtsancties, handelingen zonder gevolgen, onbestaande en door bedrog uitgelokte handelingen.

In die gevallen is een intrekking steeds mogelijk, zowel om wettigheidsredenen als om overwegingen van opportuniteit (bv. R.v.St. Gosseye en Rousseau, nr. 23.831, 20 december 1983; Terasse, nr. 26.724, 25 juni 1986; Mannekens, nr. 27.511, 10 februari 1987; Houtmeys, nr. 28.268, 29 juni 1987). Dat geldt ook voor een beslissing die geen definitieve rechten toekent, maar bv. de dienstopdracht van een ambtenaar bepaalt (R.v.St. Mannekens, nr. 27.511, 10 februari 1987).

Een intrekking dient echter ook dan te worden gemotiveerd door overwegingen die opwegen tegen het retroactiviteitsverbod en mag de wettelijke bevoegdheids- en procedureregels niet schenden.

De intrekking van een negatieve beslissing, zoals de weigering van een vergunning, kan bv. onrechtmatig zijn indien op die manier de door specifieke procedures gegarandeerde inspraak- en verweermogelijkheden van betrokkene en van derden worden geschonden (vb. R.v.St. Deweer, nr. 38.706, 10 februari 1992. Zie ook M.-A. FLAMME, *a.w.* I, 546-547 en M. VAN DAMME en F. DE KEGEL *a.w.* 51).

Zo wordt ook bv. het door de minister aan de gemachtigde ambtenaar gerichte verzoek om een administratief beroep in te trekken, gevolgd door een intrekking van het beroep door de ambtenaar, onrechtmatig geacht wegens miskennis van de wettelijke bevoegdheidsregels en de rechten van verweer van bouwaanvrager en derden (R.v.St. Cailliau en Davids, nr. 39.268, 30 april 1992).

De organisatie van een administratief hoger beroep of van een bestuurlijk schorsings- en vernietigingstoezicht staat anderzijds niet de bevoegdheid in de weg van het bestuur die het oorspronkelijke besluit heeft genomen, om dit besluit in te trekken wegens de onrechtmatigheid ervan en binnen de termijn bepaald voor een annulatieberoep bij de Raad van State (R.v.St. College van Curatoren van het faillissement nv Sotrah en nv Federale Immobiliënvennootschap van het bouwbedrijf, nr. 43.390, 17 juni 1993).

246 In de rechtsleer wordt de relevantie van dit eerste criterium bestreden (zie

o.m. A. ALLARD, "La théorie du retrait comme succédané de l'annulation contentieuse est-elle transposable en droit fiscal?", *Adm. Publ. (T.)* 1988, 65 e.v. en P. LEWALLE, *a.w.* 231 e.v. en 244 e.v. Vgl. ook M.-A. FLAMME, *a.w.* I, 535 e.v. Zie eveneens de bespreking van de afwijkende leer in M. VAN DAMME en F. DE KEGEL *a.w.* 57 e.v.).

Dat past bij de kritiek die in het algemeen wordt geuit op de leer van de verkregen rechten. Deze rechtsleer houdt enkel het regelmatigheids criterium aan. Sporen hiervan zijn ook in de rechtspraak van de Raad van State terug te vinden.

Soms ligt een rechtscheppend besluit voor, maar wordt bij het invoeren van de beoordelingsregels het eerste criterium niet uitdrukkelijk genoemd (vb. R.v.St. Valentin, nr. 6.691, 20 november 1958). In andere gevallen wordt eraan voorbijgegaan dat het besluit geen rechten verleende.

In het arrest Deweer bv. stelde de Raad dat de overheid niet een regelmatig en definitief geworden besluit vermocht in te trekken. Nochtans ging het om een besluit tot weigering van een vergunning tot oprichting van een officina, dat dus niet rechtverlenend was. Bijkomende argumenten waren wel dat het besluit was genomen op grond van regelmatig ingewonnen adviezen en na afwikkeling van een wettelijk vastgestelde procedure, en dat in de gegeven omstandigheden geen herziening of rechtzetting mogelijk was (R.v.St. Deweer, nr. 38.706, 10 februari 1992).

In een arrest van 26 januari 1993 wordt gesteld dat één van de voorwaarden voor intrekking van een rechtverlenend besluit de onregelmatigheid ervan is en dat, aangezien het ingetrokken besluit regelmatig was, hieraan niet is voldaan. Niets werd echter gezegd over het feit dat het ging om de intrekking van een besluit dat op zijn beurt een bouwvergunning introk, en dus zelf niet rechtverlenend was (R.v.St. Benayer en Debast, nr. 41.756, 26 januari 1993).

Ook in een arrest van 9 februari 1996 werd gesteld dat een bepaald intrekkingbesluit niet wettig gemotiveerd was want gebaseerd op opportuniteitsoverwegingen en niet op de onwettigheid van de ingetrokken beslissing. Ook hier ging het om de intrekking van een besluit dat op zijn beurt een bouwvergunning introk (R.v.St. Panella & Parent, nr. 58.093, 9 februari 1996).

247 Toch houdt de Raad van State in de regel duidelijk het eerste criterium aan. In de overwegingen, waarin de principiële regels worden herhaald voor de beoordeling van een intrekkingbesluit, wordt meestal op dit eerste criterium gealludeerd (bv. R.v.St. De Vuyst, nr. 28.282, 29 juni 1987; Hindryckx, nr. 28.936, 1 december 1987; Delmotte, nr. 31.905, 7 februari 1989; Reynaert, nr. 43.256, 9 juni 1993; Henrard, nr. 46.457, 7 maart 1994: "onregelmatige akte die rechten heeft doen ontstaan"; R.v.St. Kempeneers, nr. 28.761, 10 november 1987; Ilegems, nr. 29.100, 5 januari 1988; Canvasste, nr. 58.170, 16 februari 1996: "onregelmatige akten die rechten toekennen / verlenen"; R.v.St. Scherens, nr. 29.702 en Vanderhaegen, nr. 29.703, 29 maart 1988: "een individuele constitutieve rechtshandeling die onregelmatig is").

Volgens de aanhangers van de afwijkende leer is de vermelding van het rechtscheppend karakter van een besluit slechts een "vaststelling die de onrechtmatigheid nog versterkt".

In meer recente arresten schuift de Raad van State de vraag naar het rechtscheppend karakter nochtans duidelijk naar voor als eerste criterium (zie M. VAN DAMME en F. DE KEGEL *a.w.* 39 en de in vtnt. 144 geciteerde rechtspraak. Zie ook R.v.St. De Zwarte Sluis Polder, nr. 63.152, 20 november 1996, waar een omstandig onderzoek wordt gedaan naar het al dan niet rechtscheppend karakter van het besluit, waarop,

na de vaststelling dat wel degelijk rechten werden gecreëerd, de Raad oordeelt dat het besluit niet mocht worden ingetrokken). In andere arresten geldt de overweging dat geen sprake is van onaantastbaar verkregen rechten in hoofde van de persoon tot wie het besluit is gericht als motivering om de intrekking niet te vernietigen (vb. R.v.St. Van Kerckhove, nr. 25.111, 7 maart 1985; Terasse, nr. 26.724, 25 juni 1986; Houtmeys, nr. 28.268, 29 juni 1987).

PAQUES wijst erop dat het onderscheid tussen rechtscheppende en andere besluiten nog zin heeft voor zover de bevoegdheid van de Raad van State daarmee verband houdt, en dus de band met de beroepstermijn stand houdt (M. PAQUES, "Erreur de l'administration et retrait", *Amén.* 1995, 263). Het onderscheid wordt echter ook aangehouden voor niet-rechtscheppende besluiten waarvoor de Raad van State bevoegd is, zoals weigeringsbeslissingen en tuchtsancties.

De beoordeling van de intrekking en de opheffing van besluiten door de Raad van State vindt precies zijn grondslag in de leer van de verkregen rechten (o.m. R.v.St. Van Kerckhove, nr. 25.111, 7 maart 1985 en R.v.St. Ilegems, nr. 29.100, 5 januari 1988. De schending van verworven rechten kan dan ook als middel worden ingeroepen om de toepassing van de intrekkingbeslissing te verkrijgen, vb. R.v.St. Hindryckx, nr. 28.936, 1 december 1987). Ook de analoge niet-toepassing van artikel 159 G.W. vindt enkel plaats wanneer het om een rechtscheppende bepaling gaat (zie verder, nr. 259). Verder wordt dan ook enkel rekening gehouden met de leer zoals die door de Raad van State is uitgewerkt.

248 Indien een besluit wel individuele rechten toekent, rijst de vraag naar de rechtmatigheid. Een regelmatig, rechtverlenend besluit, mag nooit worden ingetrokken (zie o.m. R.v.St. De Troyer, nr. 1.339, 3 maart 1952; Coppin, nr. 25.022, 6 februari 1985; Meert, nr. 26.089, 22 januari 1986; Zwarte Sluis Polder, nr. 63.152, 20 november 1996; Robette, nr. 64.344, 31 januari 1997).

Het algemeen belang wordt in dat geval *a priori* geacht nooit te kunnen opwegen tegen de afbreuk aan verworven rechten (aldus M. VAN DAMME en F. DE KEGEL *a.w.* 41).

Soms is een intrekking echter vereist, juist omwille van de rechtszekerheid. Dat is het geval wanneer een besluit op zich niet onrechtmatig is, maar zonder voorwerp is geworden door omstandigheden vreemd aan de besluitnemende overheid.

Een mutatiebesluit dat zonder voorwerp is doordat de betrekking waarop het sloeg niet voorhanden blijkt te zijn, is rechtverlenend en op zichzelf niet onrechtmatig, maar dient als vervallen te worden beschouwd. Een intrekking van dat besluit is zelfs vereist, om duidelijkheid in het rechtsverkeer te scheppen (R.v.St. Saron, nr. 41.873, 2 februari 1993; zie ook R.v.St. Moreels, nr. 26.714, 25 juni 1986).

249 Een rechtscheppend besluit kan worden ingetrokken, op voorwaarde dat het onregelmatig is en nog niet definitief.

Het besluit moet reeds *ab initio* onregelmatig zijn geweest (R.v.St. Franken, nr. 61.413, 3 september 1996). De intrekking moet ook door die onregelmatigheid worden gemotiveerd (zie R.v.St. Sabbe, nr. 33.053, 21 september 1989 en R.v.St.

Panella & Perent, nr. 58.093, 9 februari 1996). De motivering moet uitdrukkelijk in de intrekingsakte zelf worden vermeld (zie de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, *B.S.* 12 september 1991, van toepassing op individuele besluiten).

De intrekking is mogelijk zolang het besluit nog niet “definitief” is geworden, dit wil zeggen zolang nog een vernietiging mogelijk is door de Raad van State (zie o.m. R.v.St. de Lannoy, nr. 13.614, 6 juni 1969; Van Kerckhove, nr. 25.111, 7 maart 1985; De Vuyst, nr. 28.282, 29 juni 1987; Ilegems, nr. 29.100, 5 januari 1988; Delmotte, nr. 31.905, 7 februari 1989; Dijl, nr. 42.965, 17 mei 1993; Canvaste, nr. 58.170, 16 februari 1996; Boodts, nr. 66.641, 9 juni 1997).

De intrekking is dus mogelijk wanneer de beroepstermijn van zestig dagen nog niet verstreken is, of, wanneer een beroep op ontvankelijke wijze werd ingesteld, zolang de debatten nog niet zijn gesloten. In dat laatste geval kan de intrekking enkel worden verantwoord door een onregelmatigheid die de verzoeker bij de Raad van State op ontvankelijke wijze heeft aangehaald of die ambtshalve door de Raad van State moet worden ingeroepen (zie R.v.St. Tibax, nr. 20.599, 30 september 1980; Tommelein, nr. 23.281, 24 mei 1983; Gosseye en Rousseau, nr. 23.831, 20 december 1983).

250 De vraag rijst wanneer een fictief positief besluit “definitief” is en derhalve niet meer mag worden ingetrokken.

De stelling in de rechtsleer luidt dat een fictief positief besluit niet meer kan worden ingetrokken (I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1992, 212 en 213). Wanneer de wet bepaalt dat het uitblijven van een bepaalde bestuursbeslissing na verloop van tijd wordt gelijkgesteld met een positief besluit, heeft de wetgever de betrokkene zekerheid willen geven over het gunstige gevolg van zijn verzoek. Daarom kan de overheid hierop niet meer terugkomen door middel van een intrekking. Dat zou er overigens op neerkomen dat het bestuur nog een bijkomende termijn zou krijgen om alsnog een negatief besluit te nemen, zij het enkel om wettighedsredenen (*t.a.p.* 212). De Raad van State heeft ook, buiten het kader van de intrekking, geoordeeld dat geen negatieve beslissing meer kan volgen na het verstrijken van de termijn van verval (zie *t.a.p.* 199-120 en de in voetnoot 159 vermelde arresten van de Raad van State). Bovendien verdwijnt de band met de beroepstermijn, omdat de rechtsleer uit twee arresten van de Raad van State besluit dat fictieve positieve besluiten niet het voorwerp kunnen uitmaken van een annulatieberoep (aldus de interpretatie in de rechtsleer van de arresten R.v.St. Solvay e.a., nr. 35.423, 9 juli 1990 en Mombeek, nr. 36.183, 8 januari 1991, hierover verder).

In de rechtsleer worden wel kritische bedenkingen gemaakt bij de consequenties van deze stelling. Met name worden vragen gesteld bij de grotere bescherming die daardoor wordt verleend aan personen aan wiens verzoek krachtens de wet een positief gevolg wordt toegekend door het stilzitten van het bestuur, ten opzichte van de persoon aan wie het bestuur uitdrukkelijk een positief besluit verleende (I. OPDEBEEK, *a.w.* 213 en M. VAN DAMME en F. DE KEGEL *a.w.* 25). Andere negatieve consequenties zijn dat ook derden-belanghebbenden geen intrekking meer kunnen verkrijgen en het bestuur zijn prerogatief tot intrekking verliest (I. OPDEBEEK, *a.w.* 213).

(Volgens OPDEBEEK kunnen derden niet bij wege van willig beroep om de intrekking verzoeken, maar staat voor hen nog wel een beroep bij de Raad van State open. Dat dient te worden gelezen in het licht van haar kritiek (p. 214) op de boven vermelde rechtspraak van de Raad van State, volgens dewelke geen beroep meer openstaat tegen fictieve positieve besluiten. Het argument dat bij gebreke aan betekening ook geen termijn voorhanden is waarmee de intrekkingmogelijkheid verband houdt – p. 213 –, blijft nochtans niet overeind: voor de betrokkene gaat de beroepstermijn in vanaf het verstrijken van de termijn, voor derden vanaf de feitelijke kennisneming).

De stelling die hier wordt verdedigd, is dat voor zover een specifieke intrekingsleer wordt toegepast op individuele rechtscheppende besluiten, dat ook moet gelden voor fictieve positieve besluiten.

Het argument dat het bestuur geen bijkomende termijn mag krijgen om alsnog een negatief besluit te nemen, vindt zijn zwakte in de toegeving dat een intrekking enkel nog om wettigheidsredenen kan. Dat is inderdaad een grote beperking van de beslissingsvrijheid van het bestuur dat geen nieuwe, door opportuniteitsargumenten gemotiveerde, beslissing kan nemen. Uit het feit dat de wet de betrokkene zekerheid wil geven over het gunstige gevolg op zijn verzoek, dient nog niet noodzakelijk te worden afgeleid dat de wetgever in dat geval ook zijn zegen heeft gegeven aan eventuele onwettige besluiten.

Een sterker argument is dat nu de Raad van State van oordeel is dat fictieve positieve besluiten niet het voorwerp kunnen uitmaken van een annulatieberoep, hetzelfde effect evenmin kan worden verkregen door middel van een intrekking. De Raad steunt de mogelijkheid van intrekking precies op deze band met de beroepstermijn.

Deze rechtspraak is echter voor kritiek vatbaar (zie ook I. OPDEBEEK, *a.w.* 214: een fictief positief besluit is immers een even reëel besluit als een ander). Ook hier geldt dat de wetgever niet noodzakelijk zijn zegen heeft gegeven aan onwettige besluiten. Bovendien wordt, zonder motivering, aan derden-belanghebbenden een beroep bij de Raad ontzegd, wat in strijd lijkt te zijn met het gelijkheidsbeginsel gerelateerd aan artikel 14 R.v.St.-Wet.

In de arresten, waarin wordt gesteld dat fictieve positieve besluiten niet het voorwerp kunnen uitmaken van een beroep bij de Raad van State, ging het echter om fictieve goedkeuringsbesluiten door de toezichthoudende overheid. Dat deze besluiten niet konden worden aangevochten, verhinderde niet dat de toezichthoudende overheid niet buiten de zaak werd gesteld en dat het goedgekeurde besluit evengoed kon worden aangevochten en vernietigd (in de zaak Solvay werd het annulatieberoep verworpen; in de zaak Mommens werd overgegaan tot een gedeeltelijke vernietiging). Geen arrest werd gevonden waaruit zou blijken dat ook in andere gevallen een fictief positief besluit niet het voorwerp van een annulatieberoep zou kunnen zijn.

251 Indien een besluit dat wordt aangevochten voor de Raad van State overeenkomstig deze regels wordt ingetrokken door het bestuur, valt het beroep bij de Raad van State zonder voorwerp – tenzij de ingetrokken beslissing werd vervangen door een nieuwe beslissing die inhoudelijk niet wezenlijk van de eerste verschilt (R.v.St. Mortier, nr. 68.242, 23 september 1997). Omdat het verdwijnen van het voorwerp van het beroep het gevolg is van het optreden van de verwerende partij, die hiermee de onregelmatigheid van het besluit erkent, worden de kosten bij de verwerende overheid gelegd (o.m. R.v.St. Gemeente Oudenburg, nr. 25.820, 7 november 1985; De Coninck, nr. 28.201, 25 juni 1987; Leerschool, nr. 33.065, 26 september 1989; Borremans, nr. 47.504, 19 mei 1994; nv Mathijs, nr. 56.144, 8 november 1995; Keustermans, nr. 63.628, 17 december 1996; Hadad, nr. 65.222, 13 maart 1997).

Indien echter de procedure voor de Raad van State reeds enige tijd aan de gang is vooraleer de overheid het aangevochten besluit intrekt, erkent de Raad wel het belang om de onwettelijkheid vast te stellen van een maatregel die reeds uitwerking heeft gehad en wordt het beroep niet zonder voorwerp verklaard.

Zie R.v.St. De Grootte-Liacre, nr. 41.057, 16 november 1992: verzoekster heeft sinds 1 januari 1988, zijnde de dag waarop de bestreden beslissing tot onbewoonbaarverklaring van haar eigendom, tot 13 juni 1991, de dag waarop de beslissing werd ingetrokken, de uitvoering moeten ondergaan van de ingetrokken maatregel.

252 Ook rechtscheppende besluiten kunnen te allen tijde worden ingetrokken, wanneer ze onbestaand zijn of door bedrog uitgelokt. Bovendien kan ook de wet een grondslag bieden: een intrekking is dan mogelijk binnen de perken door de wet gesteld.

In het geval van bedrog of onbestaande handelingen wordt het normale schema doorbroken, op grond van een andere belangenafweging. Hogere belangen dan louter individuele belangen vereisen dat deze besluiten uit het rechtsverkeer worden verwijderd, wat verklaart dat ze zonder beperking in de tijd kunnen worden ingetrokken, aldus de Raad van State (R.v.St. Wellens, nr. 33.466, 28 november 1989).

Het beginsel *fraus omnia corrumpit* is een vertrouwde rechtsfiguur die de verschillende rechtstakken doorkruist.

Bedrog houdt in dat het rechtssubject te kwader trouw een bestuurshandeling heeft uitgelokt door een onjuiste voorstelling van de feiten (R.v.St. Lauwers, nr. 38.666, 6 februari 1992). De Raad van State stelt dat de betrokkene de hem door de leer van de intrekking gewaarborgde rechtszekerheid “niet waardig” is (R.v.St. Paulussen, nr. 28.934, 1 december 1987 en R.v.St. Dochez, nr. 29.344, 16 februari 1988). Het staat aan de overheid om het vermoeden van bedrog te steunen op een geheel van gewichtige, bepaalde en overeenstemmende gegevens (R.v.St. Paulussen, nr. 28.934, 1 december 1987 en R.v.St. Dochez, nr. 29.344, 16 februari 1988).

Een “onbestaande handeling” is een beslissing die is aangetast door een onregelmatigheid die dermate evident is, dat ze de betrokken beslissing als volkomen onernstig doet verschijnen (zie o.m. R.v.St. De Ridder, nr. 20.372, 30 mei 1980; Rammant, nr. 25.491, 18 juni 1985; Lauwers, nr. 38.666, 6 februari 1992). Een meer nauwkeurige definitie kan niet worden gegeven, omdat de figuur van de onbestaande handeling juist een middel is om door een concrete belangenafweging aan het rigide schema van de intrekking te ontsnappen. Deze uitzondering wordt daarom verder, onder paragraaf F besproken.

C. BEOORDELING VAN OPHEFFINGSBESLUITEN

253 De leer m.b.t. de intrekking van besluiten, geldt ook voor de opheffing van besluiten (R.v.St. Paulussen, nr. 28.934, 1 december 1987; Ilegems, nr. 29.100, 5 januari 1988; Dochez, nr. 29.344, 16 februari 1988; Goyvaerts, nr. 31.759, 17 januari 1989; Depecker, nr. 35.460, 13 juli 1990).

Hetzelfde schema is hierop van toepassing. De verklaring hiervoor ligt in de eerder gemaakte vaststelling, dat het concept van verkregen rechten ontsnapt aan het onderscheid tussen de temporele functies. Ook de opheffing tast verkregen rechten aan, zij het dan alleen voor de toekomst (R.v.St. Ilegems, nr. 29.100, 5 januari 1988).

254 Een besluit kan wel worden opgeheven binnen de geldende wettelijke regels en procedures. In dat geval is sprake van een “acte contraire”, die de opheffing van

een vorige beslissing als effect kan hebben (zie o.m. A. BUTTGENBACH, *a.w.* 355, J. DEMBOUR, *a.w.* 296, M.-A. FLAMME, *a.w.* 515 en P. LEWALLE, "L'abrogation", *a.w.* 103 en 122 e.v. en "L'égalité, sécurité, stabilité en droit administratif", *a.w.* 238. Kritisch: M. VAN DAMME en F. DE KEGEL *a.w.* 16-17).

Zo kan bv. een benoeming worden beëindigd door een nieuwe benoeming, bevordering, oppensioenstelling of afzetting. In dat geval ontbreekt echter het kenmerk van de intrekking- of opheffingsbeslissing, die aan een vorig besluit een einde maakt om redenen die direct verband houden met dat besluit. Het gaat in werkelijkheid om een nieuw besluit, dat voortgaat op de door het eerste besluit gecreëerde situatie. Een gedeeltelijke "acte contraire" mag echter ook slechts gedeeltelijk een einde maken aan het vorige besluit.

De bevordering of nieuwe benoeming van een lid van het onderwijspersoneel maakt een einde aan zijn benoeming, maar slechts binnen de perken van het nieuwe ambt waarmee hij is bekleed. Een nieuwe benoeming voor drie kwart brengt slechts een verlies van drie kwart mee van de vroegere betrekking, die niet kan worden ingetrokken of vernietigd (R.v.St. Coppin, nr. 25.022, 6 februari 1985).

D. GRONDSLAG VOOR HET BEOORDELINGSSCHEMA

255 Deze jurisprudentiële constructie is opgebouwd vanuit de spanning tussen het legaliteits- en het rechtszekerheidsbeginsel, die in het bijzonder tot uiting komt bij de intrekking of opheffing van onregelmatige, rechtverlenende handelingen.

Bij besluiten die geen rechten scheppen, komt het rechtszekerheidsbeginsel, volgens zijn concept van verkregen rechten, niet in het gedrang. Bij onregelmatige besluiten speelt het legaliteitsbeginsel, volgens hetwelk het bestuur slechts regelmatige beslissingen in het rechtsverkeer mag brengen, dan op absolute wijze. Wanneer het besluit regelmatig was, wordt *a priori* voorrang gegeven aan de algemene belangen waardoor de intrekking noodzakelijkerwijze wordt ingegeven.

Bij besluiten die wel rechten scheppen en bovendien regelmatig zijn, kan het legaliteitsbeginsel niet meer worden ingeroepen en speelt het rechtszekerheidsbeginsel ten volle.

256 De Raad van State is van oordeel dat ook onregelmatige besluiten verkregen rechten kunnen genereren (R.v.St. Van Kerckhove, nr. 25.111, 7 maart 1985).

In dat geval komen het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel tegenover elkaar te staan. De Raad lost dit op door op voorhand en in *abstracto* een afweging te maken, waarbij wordt verwezen naar de beroepsmogelijkheden *ratione temporis* tot vernietiging van een onregelmatig besluit (zie R.v.St. Wezenbeek, nr. 63.860, 8 januari 1997). Zolang de vernietiging van een besluit door de Raad van State nog mogelijk is, kon het rechtssubject niet volledig vertrouwen op het behoud van de uit dat besluit voortvloeiende rechten. De wetgever heeft in dergelijk vernietigingsberoep voorzien, maar omwille van de rechtszekerheid een termijn gesteld aan deze mogelijkheid. Wanneer geen vernietiging meer mogelijk is, is het besluit "definitief", zodat in de belangenafweging het rechtszekerheidsbeginsel voorrang krijgt op het legaliteitsbeginsel.

Wanneer de wetgever een beroep bij de Raad van State tegen individuele akten heeft mogelijk gemaakt binnen een gestelde termijn, heeft hij noodzakelijkerwijze de administratieve overheid in staat gesteld haar beslissing tijdens diezelfde termijn opnieuw te onderzoeken; dit nieuw onderzoek brengt het recht mee een onregelmatige en bijgevolg voor nietigverklaring vatbare beslissing in te trekken. Indien de Raad van State geen onregelmatige akte mag vernietigen wanneer het beroep is ingesteld buiten deze termijn, dan behoort het *a fortiori* niet aan de administratieve overheid om een administratieve akte die rechten verleent, in te trekken, zelfs niet wegens bevoegdheidsoverschrijding, eens die termijn is verstreken, behalve wanneer de akte is aangetast door een gebrek die haar een onbestaande handeling maakt, wanneer de handeling is uitgelokt door bedrieglijke manoeuvres of wanneer een uitdrukkelijke bepaling dergelijke intrekking toelaat (R.v.St. de Lannoy, nr. 13.614, 6 juni 1969; Rossignol, nr. 25.391, 29 mei 1985. Zie ook o.m. R.v.St. de Zurpele, nr. 2.206, 13 februari 1953; Rans, nr. 27.628, 10 maart 1987; Van der Ben, nr. 28.541, 30 september 1987).

De door de wetgever met de beroepstermijn beoogde rechtszekerheid betekent dat een particulier na verloop van deze termijn zeker is dat het hem verleende voordeel wegens onrechtmatigheid niet meer teloor kan gaan ten gevolge van het instellen van een zodanig beroep. De aldus verkregen rechtszekerheid zou goeddeels ijdel zijn wanneer de overheid zelf zonder enige beperking in de tijd aan de particulier het hem verleende voordeel als onrechtmatig verleend zou kunnen ontnemen en dit dan nog zonder de waarborgen van een jurisdictionele procedure (R.v.St. Paulussen, nr. 28.934, 1 december 1987 en R.v.St. Dochez, nr. 29.344, 16 februari 1988. Zie ook R.v.St. Reynaert, nr. 43.256, 9 juni 1993).

257 De beoordeling door de Raad van State is geïnspireerd door zijn functie als beschermer van het rechtssubject tegen onrechtmatige overheidshandelingen. Hij situeert het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, in zijn concept van verkregen rechten, op hetzelfde niveau. De kritiek van het Rekenhof, dat de uit artikel 19 R.v.St.-Wet afgeleide intrekking leer niet kan opwegen tegen grondwettelijke bepalingen (hierover M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *a.w.* 64), is derhalve niet houdbaar.

De afweging tussen beide beginselen verloopt wel aan de hand van de wettelijke richtlijnen (over dit criterium, zie boven, nr. 178 c). Met name artikel 19 R.v.St.-wet, dat een door de Koning te bepalen termijn stelt aan de beroepsmogelijkheid tegen onrechtmatige bestuurshandelingen, kent een *prima facie* gewicht toe aan het rechtszekerheidsbeginsel, na verloop van deze termijn. Met de instelling van de Raad van State werd, aldus de Raad van State, een “voordien niet bestaand evenwicht in de hand gewerkt tussen het wettigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel” (R.v.St. Artois e.a., nr. 65.974, 22 april 1997).

E. PROBLEMATIEK VAN DE BAND MET DE BEROEPSTERMIJN

258 De Raad van State kan worden gevolgd wanneer hij het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel op dezelfde hoogte plaatst en vervolgens zoekt naar wettelijke criteria die mee de uitkomst van de afweging kunnen bepalen. Een te hechte band met de beroepstermijn voor de Raad van State en het rigide schema dat hieruit volgt, roepen nochtans diverse vragen op.

259 De Raad van State is van oordeel dat een intrekking niet meer mogelijk is wanneer geen beroep tot vernietiging meer kan worden ingesteld bij de Raad van State, omdat het besluit dan “definitief” is en de betrokkene daarop kan vertrouwen. Dat kan maar worden volgehouden, indien dit “definitief” karakter ook wordt

bewaard wanneer een beroep wordt gedaan op de in artikel 159 G.W. neergelegde exceptie van onwettigheid.

Inderdaad is de Raad van State van oordeel dat na deze beroepstermijn de onwettigheid van individuele, rechtscheppende besluiten ook bij wege van exceptie niet meer kan worden ingeroepen (zie o.m. R.v.St. sa des villas de forest, nr. 31.825, 19 januari 1989; Gemeente Wuustwezel, nr. 51.077, 10 januari 1995. Voor een uitgebreide opsomming van deze vaste rechtspraak, zie P. LEWALLE, "Légalité, sécurité, stabilité et droit administratif", *a.w.* 246-247, vtnt. 45). Enkel voor besluiten met een verordenende draagwijdte wordt geen beperking gesteld op de termijn (o.m. R.v.St. Felix, nr. 38.137, 20 november 1991; Jacobs, nr. 43.309, 17 juni 1993). Ook hier wordt als grondslag verwezen naar de rechtszekerheid in de zin van eerbiediging van verkregen rechten (R.v.St. Terasse, nr. 26.724, 25 juni 1986). De beperking op de termijn om de exceptie van onwettigheid in te roepen geldt dan ook niet voor bepalingen die geen enkel recht in het leven hebben geroepen (R.v.St. Terasse, nr. 26.724, 25 juni 1986).

Het Hof van Cassatie volgt deze redenering echter niet. Het is van oordeel dat artikel 159 G.W. in algemene bewoordingen is gesteld en geen onderscheid maakt tussen besluiten met individuele en besluiten met algemene draagwijdte. Ook de onwettigheid van individuele besluiten kan derhalve zonder beperking op de termijn worden ingeroepen (zie o.m. Cass. 21 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1045; 24 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 364; 19 oktober 1989, *Arr.Cass.* 1989, 233; 10 november 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1291). Hetzelfde geldt voor het Rekenhof, dat erop wijst dat het zijn legaliteitscontrole onmogelijk kan volbrengen binnen een termijn van zestig dagen (zie o.m. het 126ste Boek van Opmerkingen, I, 66; het 141ste Boek, I, 25; het 145ste Boek, I, 25; het 150ste Boek, I, 62).

Een individueel besluit is dus ook na de termijn van zestig dagen nog niet volkomen "definitief": de betrokkene moet nog steeds rekening houden met een mogelijke niet-toepassing ervan.

Dat kan tot een paradoxale situatie aanleiding geven. De intrekking, na de beroepstermijn, van een onregelmatig besluit kan door de Raad van State worden vernietigd op verzoek van de betrokkene, die de toepassing van het besluit wil behouden. Voor de gewone rechter kan de toepassing echter worden uitgesloten op grond van artikel 159 G.W. (zie J. DHONDT, "Artikel 107 van de Grondwet en de onaantastbaarheid van onregelmatige administratieve rechtshandelingen", *T.B.P.* 1990, 564, M. VAN DAMME "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel", *a.w.* 159 en M. VAN DAMME en F. DE KEGEL *a.w.* 71-72).

Hierbij rijst de vraag naar de draagwijdte van het gezag van gewijsde van de arresten van de Raad van State. Dient de gewone rechter enkel rekening te houden met het dispositief, dat het intrekkingbesluit vernietigt, of dient hij eveneens rekening te houden met de grondslag, met name de "onaantastbaarheid van verkregen rechten", ook als die bekomen zijn door een onregelmatig, individueel besluit?

Indien de niet-toepassing van het besluit voor de gewone rechter wordt ingeroepen door een belanghebbende derde die was tussengekomen in de procedure voor de Raad van State, kan overeenstemming worden gevonden met de rechtspraak van de Raad van State, die de uitwerking van een vernietiging van het individueel besluit kan beperken tot de verhouding tussen het bestuur

en de betrokkene (zie verder, nr. 261).

Indien het bestuur zelf onwillig is om het besluit toe te passen en de rechter laat hem, anders dan de Raad van State (zie R.v.St. gemeente Riemst, nr. 29.560, 15 maart 1988; Michiels, nr. 35.522, 18 september 1990; Browaeyns, nr. 37.671, 19 september 1991; Artois e.a., nr. 65.974, 22 april 1997. Anders: R.v.St. Leens, nr. 29.227, 27 januari 1988), toe zich hiervoor op artikel 159 G.W. te beroepen, vormt artikel 36 R.v.St.-Wet een andere oplossing. Dat artikel voorziet in de mogelijkheid voor de Raad van State om een dwangsom op te leggen aan het bestuur indien het herstel van de wettigheid na een vernietigingsarrest het stellen of juist de onthouding van een bepaalde overheidsbeslissing of -handeling inhoudt en de overheid hierbij in gebreke blijft.

260 Men kan zich afvragen of de stelling van de Raad van State kan worden gevolgd, die uit het beperken van de termijn voor een vernietigingsberoep, ook een beperking van de termijn voor de intrekking van het besluit afleidt (zie ook één van de argumenten voor de afwijkende visie van het Rekenhof, weergegeven door M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *a.w.* 63 en 64).

De mogelijkheden om een besluit te laten vernietigen door de Raad van State of om de exceptie van onwettigheid tegen een besluit in te roepen op grond van artikel 159 G.W., zijn bedoeld als bescherming van het rechtssubject tegen onwettig overheidsoptreden (R.v.St. Artois e.a., nr. 65.974, 22 april 1997).

De beperking van de beroepstermijn voor de Raad van State strekt in de eerste plaats tot bescherming van het bestuur en slechts in tweede orde tot bescherming van de begunstigde van het besluit (R.v.St. Vaelen, nr. 19.618, 14 mei 1979 en R.v.St. Cooleman, nr. 19.619, 14 mei 1979. Zie ook het verslag bij het Regentsbesluit van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de Afdeling Administratie van de Raad van State, *B.S.* 23-24 augustus 1948, 6826). Zo wordt voorkomen dat een bestuurshandeling blijvend in vraag zou kunnen worden gesteld door particulieren met een *i n d i v i d u e e l* belang (zie voor dit argument ook het Rekenhof, 126ste Boek van Opmerkingen, I, 64). Daarom krijgt bv. de Vaste Commissie voor Taaltoezicht – maar geen ander rechtssubject (R.v.St. V.V.O., nr. 13.748, 22 oktober 1969) – een termijn van vijf jaar voor een beroep, in het *a l g e m e e n* belang, tot nietigheid van bestuurshandelingen wegens strijdigheid met de Taalwetten in Bestuurszaken (artikel 58 van de bij KB van 18 juli 1966 Gecoördineerde Wetten op het gebruik van de Talen in Bestuurszaken, *B.S.* 2 augustus 1966).

De intrekking van een besluit gebeurt echter door het bestuur dat het besluit zelf heeft genomen. Ook een intrekkingbesluit dient te zijn ingegeven door het algemeen belang. De beperking door de Raad van State van de intrekkingstermijn strekt enkel tot bescherming van het individuele belang van de begunstigde (R.v.St. Vaelen, nr. 19.618, 14 mei 1979 en R.v.St. Cooleman, nr. 19.619, 14 mei 1979. Zie ook J. BORRET, verslag bij R.v.St. De Ridder, nr. 20.372, 30 mei 1980, *T.B.P.* 1981, 252, vnt. 5).

De wetgever beperkte dus de beroepstermijn ten voordele van in de eerste plaats het bestuur, dat optreedt voor het algemeen belang, en ten nadele van de verzoeker, die optreedt in zijn eigen belang. Eén van de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van het beroep is overigens het bestaan van een persoonlijk belang bij de vernietiging. De Raad van State leidt hieruit een omgekeerde afweging af, die *a priori* wordt

toegepast: het individuele belang van de begunstigde van het besluit weegt, na de beroepstermijn, op tegen het algemeen belang waarvoor het bestuur optreedt bij de intrekking van het besluit. Dat schema sluit in principe uit dat wordt onderzocht in hoeverre een algemeen belang een laattijdige intrekking toch zou kunnen rechtvaardigen (zie echter verder in deze paragraaf, F, nr. 264 e.v., over de versoepelingen van het schema).

261 De verwijzing naar de termijn waarbinnen een beroep bij de Raad van State kan worden ingesteld, is bovendien niet zo rechtszeker als op het eerste gezicht lijkt (zie ook P. LEWALLE, “*Légalité, sécurité, stabilité et droit administratif*”, *a.w.* 241 en 248 e.v.). Zowel het aanvangs- als het eindpunt van de termijn zijn immers niet steeds en niet voor iedereen hetzelfde.

Voor de persoon aan wie het besluit wordt betekend, gaat de termijn van zestig dagen in vanaf de betekening. Voor derden ten aanzien van wie een besluit wordt betekend noch bekendgemaakt, gaat deze termijn pas in vanaf de feitelijke kennisneming (artikel 4, derde lid van het procedurereglement, RB van 23 augustus 1948, *B.S.* 23-24 augustus 1948, *err.*, *B.S.* 8 oktober 1948, *err.*, *B.S.* 21 november 1948).

In oudere rechtspraak laat de Raad van State de termijn voor intrekking in geval van niet-publicatie of betekening lopen vanaf de totstandkoming van de akte (R.v.St. Chamart, nr. 14.445, 14 januari 1971. M. VAN DAMME “Is inzake de intrekking van bestuurshandelingen een doorgedreven parallellisme met de vernietiging wenselijk?”, *T.B.P.* 1985, 176 verkiest deze oplossing). Die oplossing biedt voor de begunstigde de meeste zekerheid over het ogenblik waarop een besluit “definitief” is.

In meer recente rechtspraak kiest de Raad van State voor een andere oplossing, waarbij een onderscheid wordt gemaakt in rechtsverhoudingen en aldus het principiële *erga omnes*-gezag van een vernietigingsarrest wordt genuanceerd. De intrekking meer dan zestig dagen na de betekening van het ingetrokken besluit, maar binnen de zestig dagen vanaf de bekendmaking aan of de kennisneming door derden, wordt vernietigd t.a.v. de rechtsverhouding tussen verzoeker en overheid, maar niet t.a.v. de rechtsverhouding tussen verzoeker en een eventuele tussenkomende partij (zie R.v.St. Leuridan, nr. 20.179, 11 maart 1980 en R.v.St. Deschamps, nr. 27.608, 3 maart 1987. Dezelfde redenering wordt gevolgd bij de vraag in welke mate een rechtherstellende maatregel na een vernietigings-arrest nog kan terugwerken. Kritisch: M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *a.w.* 48).

262 De omvang van de beroepstermijn kan ook om andere redenen niet eenduidig worden vastgesteld.

– Een besluit dat op zich uitvoerbaar is, maar deel uitmaakt van een complexe rechtshandeling, kan nog worden aangevochten binnen de beroepstermijn die geldt vanaf de betekening, bekendmaking of kennisneming van de eindbeslissing.

Overigens kan ook een intrekkingbesluit zelf zo'n onderdeel van een complexe rechtshandeling zijn, waarvan de eindbeslissing kan worden afgewacht vooraleer de intrekking wordt aangevochten,

vb. R.v.St. Delacauw, nr. 56.208, 13 november 1995.

– Ten aanzien van toepassingsbesluiten die een vernietigde bestuurshandeling als directe rechtsgrond hebben, staat een nieuwe beroepstermijn van zestig dagen open (o.m. R.v.St. Franssens, nr. 21.467, 16 oktober 1981; Walravens, nr. 43.010, 18 mei 1993). Het komt het bestuur toe, juist in het belang van de duidelijkheid en de zekerheid van de rechtssituaties, dergelijke gevolgakten in te trekken (R.v.St. arresten nrs. 26.381-26.384, 22 april 1986; Walravens, nr. 43.010, 18 mei 1993), althans binnen de grenzen van het belang dat de verzoekende partij had bij de verkregen vernietiging (R.v.St. Wellens, nr. 33.466, 28 november 1989).

– De termijnen worden heropend, en wel voor een periode van zes maanden, voor de vernietiging van een besluit dat steunde op een wet of ordonnantie die of een decreet dat door het Arbitragehof werd vernietigd (artikel 18 Bijz. W. Arbitragehof).

– De Raad van State is, aldus artikel 11 R.v.St.-Wet, slechts bevoegd indien geen ander rechtscollege dat is. Bepaalde, ook rechtverlenende, besluiten zijn slechts aanvechtbaar voor een gewone of administratieve rechter, met inachtneming van andere termijnen (hierover P.J. DELAHAUT, “Reflexions sur la théorie du retrait des décisions administratives”, *Adm. Publ. (T.)* 1978-79, 49 e.v.).

– Voor het beroep bij de Raad van State zelf kunnen langere termijnen gelden. De Vaste Commissie voor Taaltoezicht bv. beschikt over vijf jaar voor een beroep tot vernietiging van een bestuurshandeling wegens strijdigheid met de Taalwetten in Bestuurszaken (art. 58 Gecoörd. Wetten op het Gebruik van de Talen in Bestuurszaken).

– De mogelijkheid bestaat dat een derde binnen de termijn van zestig dagen een beroep heeft aangetekend bij een rechtscollege dat onbevoegd was, maar ten aanzien waarvan de verzoeker redelijkerwijze kon hebben gemeend dat het bevoegd was. De Raad van State aanvaardt in dat geval een heropening van de termijnen vanaf de betekening van het vonnis waarin de onbevoegdheid wordt vastgesteld (zie o.m. R.v.St. Vercammen, nr. 24.689, 26 september 1984; Scheire, nr. 19.290, 8 februari 1988; Baeten, nr. 35.619, 2 oktober 1990).

263 Een toepassing van dat laatste punt vindt nu ook een wettelijke grondslag. De verschillende regelgevingen op de openbaarheid van bestuur vereisen dat een individuele bestuurshandeling in de akte zelf vermeldt bij welke instantie, volgens welke modaliteiten en binnen welke termijn beroep kan worden ingesteld tegen het besluit (zie o.m. art. 13 § 1 Decr. VI. R. 23 oktober 1991, *B.S.* 27 november 1991, art. 2, 4° W. 11 april 1994, *B.S.* 30 juni 1994, art. 6 Ord. Br. H. R. 30 maart 1995, *B.S.* 23 juni 1995, art. 3, 3° Decr. W. Gew.R. 30 maart 1995, *B.S.* 28 juni 1995, art. 4 Decr. Fr. Gem.C. 11 juli 1996, *B.S.* 27 augustus 1996, art. 7 Ord. Gem. Gem.C., 26 juni 1997, *B.S.* 20 september 1997, art. 3, 4° W. 12 november 1997, *B.S.* 19 december 1997. Vgl. ook art. 2 *in fine* Decr. Fr. Gem.R. 22 december 1994, *B.S.* 31 december 1994, err. *B.S.* 21 maart 1995). Zoniet begint de beroepstermijn niet te lopen (enkel het decreet van de Vlaamse Raad vermeldt geen sanctie. Hierover P. LEWALLE, “Le délai du recours pour excès de pouvoir et la transparence administrative”, in *Liber Amicorum Prof. dr. G. Baeteman*, Antwerpen, E. Story Scientia, 1997, 639). Een pendant daarvan is neergelegd in artikel 19, tweede lid R.v.St.-

Wet, dat bepaalt dat de beroepstermijn voor de Raad van State maar een aanvang neemt op voorwaarde dat de betekening door het bestuur van het individuele besluit het bestaan van het beroep en de in acht te nemen vormvoorschriften en termijnen vermeldt.

De band tussen intrekking- en beroepsmogelijkheid betekent niet dat de overheid zichzelf de mogelijkheid tot intrekking kan voorbehouden, louter door de niet-vermelding van deze gegevens op het besluit. Artikel 19, tweede lid R.v.St.-Wet wordt van dwingend recht geacht en niet van openbare orde, aangezien het strekt tot bescherming van persoonlijke belangen van de rechtzoekenden en niet van het algemeen belang (R.v.St. Derycke, nr. 64.984, 5 maart 1997; Van Impe, nr. 66.199, 7 mei 1997; Depecker, nr. 66.849, 18 juni 1997. Zie G. DEBERSAQUES, "De sanctie verbonden aan het verzuim bij de betekening van een bestuurshandeling, de beroepsmogelijkheden, de vormvereisten en de termijnen te bepalen", *a.w.* 780). Een beroep op deze bepaling wordt niet aanvaard, wanneer de daardoor beschermde belangen niet zijn geschonden, met name het belang voor de betrokkene om op de hoogte te zijn van de beroepsmogelijkheden tegen dat besluit (R.v.St. Van Impe, nr. 66.199, 7 mei 1997; Depecker, nr. 66.849, 18 juni 1997; Vlaeminck, nr. 68.244, 23 september 1997. Hierover G. DEBERSAQUES, *a.w.* 779 e.v.).

Wel blijft de beroepstermijn lopen ten aanzien van een andere belanghebbende aan wie het besluit eventueel ook diende te worden betekend, en van wie niet redelijkerwijze moet worden aangenomen dat hij op de hoogte was van zijn beroepsmogelijkheden. Dat kan bv. voorvallen in een besluit dat een verzameling bevat van individuele besluiten die onderling verband houden, zoals een besluit dat radiofrequenties verdeelt onder verschillende omroepen.

F. VERSOEPELINGEN VAN HET SCHEMA

264 In drie hypothesen ontsnapt de Raad van State aan zijn zelf opgestelde, rigide schema. In die gevallen kan hij bij de beoordeling van een intrekkingbesluit, ongeacht het rechtscheppend karakter van het besluit, nog rekening houden met de concrete omstandigheden.

In de eerste hypothese kan rekening worden gehouden met een geheel van gewichtige, bepaalde en overeenstemmende gegevens, die erop wijzen dat het ingetrokken besluit was ingegeven door bedrog. In dat geval kan het besluit te allen tijde worden ingetrokken (zie boven, nr. 252).

265 In een tweede hypothese kan de Raad van State vaststellen dat het ingetrokken besluit in werkelijkheid "onbestaande" was. Ook dan is een intrekking te allen tijde mogelijk (zie boven, nr. 252).

Een onbestaande handeling is een besluit dat is aangetast door een onregelmatigheid die dermate evident is, dat ze de betrokken beslissing als volkomen onernstig doet verschijnen (zie o.m. R.v.St. De Ridder, nr. 20.372, 30 mei 1980; Rammant, nr. 25.491, 18 juni 1985; Lauwers, nr. 38.666, 6 februari 1992). In dat geval wordt de spanning tussen rechtszekerheid en legaliteit nader onderzocht. Een nadere invulling van het begrip "onbestaande handeling" kan daarom niet op voorhand worden

gegeven (kritisch wegens de onbepaaldheid van dat begrip, P. LEWALLE, *a.w.* 40). De figuur van de onbestaande handeling is precies een jurisprudentieel beleidsinstrument dat de rechter uitiem de mogelijkheid biedt om – weliswaar in zeldzame gevallen – door een belangenafweging toch aan het rigide beoordelingschema van de intrekking te ontsnappen (hierover M. VAN DAMME “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, *a.w.* 150-151 en M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, “De onbestaande bestuurshandeling”, *T.B.P.* 1997, 219-224 en *a.w.* 83-85. Zie ook J. BORRET, verslag bij R.v.St. De Ridder, nr. 20.372, 30 mei 1980, *T.B.P.* 1981, 251).

De rechtszekerheid verschijnt hier niet meer zozeer in haar betekenis van onaantastbaarheid van verkregen rechten, maar in haar betekenis van het vertrouwensbeginsel. Het grof en evident karakter van de onregelmatigheid wordt geformuleerd vanuit het gezichtspunt van “ieder persoon met enige ontwikkeling” (R.v.St. Hindryckx, nr. 28.936, 1 december 1987), maar met inachtneming van de concrete feiten die de schijn van rechtmatigheid konden geven (zie bv. R.v.St. De Ridder, nr. 20.372, 30 mei 1980; Rammant, nr. 25.491, 18 juni 1985) of die een dubbelzinnige houding in hoofde van het bestuur aanwijzen (vb. R.v.St. Kempeneers, nr. 28.761, 10 november 1987; Ilegems, nr. 29.100, 5 januari 1988; Scherens, nr. 29.702, 29 maart 1988; Lauwers, nr. 38.666, 6 februari 1992).

Nagegaan wordt onder meer in welke mate het bestuur duidelijkheid had gegeven over de toepasselijke regelgeving, of de toepasselijke regelgeving zelf duidelijk was, in hoeverre het bestuur zelf verwarring bracht over de al dan niet regelmatigheid van het besluit en in welke mate de onwettigheid van de beslissing strijdig is met het algemeen belang. Dat komt overeen met de criteria die worden aangehouden in de belangenafweging die aan de orde komt bij de toepassing van het vertrouwensbeginsel, en die verder nog worden besproken (zie verder, afdeling III, nr. 290 e.v.).

Een bestuurshandeling wordt slechts uitzonderlijk als “onbestaand” gekwalificeerd (dat gebeurde wel in bv. R.v.St. Burggraeve, nr. 4.052, 7 februari 1955; Dielen, nr. 4.195, 19 maart 1955; De Coninck, nr. 13.693, 18 september 1969; COO Geel, nr. 14.845, 29 juni 1971; Van Outryve, nr. 17.478, 4 maart 1976). De reden hiervoor is dat de gepleegde onregelmatigheid zoniet uitsluitend, dan toch in de eerste plaats aan het bestuur zelf is toe te schrijven (R.v.St. De Vuyst, nr. 28.282, 29 juni 1987).

De ingetrokken beslissing erkende ten onrechte de door verzoekster in de privé-sector gepresteerde diensten als een nuttige ervaring. Die beslissing kon voor de verzoekster nochtans niet als evident onrechtmatig voorkomen, mede in acht genomen het feit dat in de brief die haar deze beslissing meedeelde, geen sprake was van enige invloed daarvan op haar wedde en de juiste toepasselijke reglementaire teksten haar evenmin werden meegedeeld. Dergelijke inaanmerking van diensten moet op zichzelf genomen niet als onredelijk voorkomen voor een niet in het bestuursrecht opgeleid persoon. Van zijn kant had het bestuur die voor de hand liggende onregelmatigheid niet mogen begaan (R.v.St. De Ridder, nr. 20.372, 30 mei 1980).

Alleen al de steeds wisselende verklaringen over het onwettig zijn van de ingetrokken beslissingen wijzen erop dat geen evidente, voor de hand liggende, onmiddellijk zichtbare onwettigheid die de betrokken beslissing als volkomen onernstig doet verschijnen, voorhanden is (R.v.St. Kempeneers, nr. 28.761, 10 november 1987).

Het ligt niet zo voor de hand dat het vak "kunstgeschiedenis" het voorwerp kan uitmaken van een niet-uitsluitend ambt omdat het geen artistiek vak is. Het begrip "artistiek vak" is trouwens in geen enkele geschreven rechtsregel gedefinieerd. Het bestuur stelt overigens twee onwettigheden vast die in logica onmogelijk samen aangevochten kunnen worden: de ene veronderstelt dat kunstgeschiedenis een artistiek vak is, de andere niet (R.v.St. Ilegems, nr. 29.100, 5 januari 1988).

De vaststelling van graadanciënniteit als eerste vliegveldopzichter is niet zo onregelmatig dat ze als onbestaand dient te worden beschouwd. Uit de gegevens van de zaak blijkt immers dat die onregelmatigheid allesbehalve evident was, aangezien het bestuur zelf gedurende tien jaar gepoogd heeft het Rekenhof ervan te overtuigen dat de vaststelling in overeenstemming was met het KB (R.v.St. Scherens, nr. 29.702 en Vanderhaegen, nr. 29.703, 29 maart 1988).

De onregelmatigheid verschijnt niet als evident en voor de hand liggend, nu de intrekking meer dan vijftien jaar later gebeurde en nadat het bestuur verschillende malen de intrekking had geweigerd omdat de onregelmatigheid niet was bewezen of de regelmatigheid niet in twijfel was getrokken (R.v.St. Lauwers, nr. 38.666, 6 februari 1992).

Een benoeming kan voor onbestaande worden gehouden wanneer het wettelijk vereiste bekwaamheidsbewijs ontbrak, indien het enkel feit van die ontstentenis betekent dat een essentiële waarborg ontbreekt voor de degelijke uitoefening van het beroep in zulk een mate dat onvermijdelijk de belangen die de diploma-eis zoekt te beschermen substantieel in het gedrang komen wanneer men de betrokkene toch het beroep laat uitoefenen. *In casu* wogen de gevolgen van de onwettigheid echter niet ernstig genoeg voor de Raad van State, omdat de betrokken persoon zijn taken reeds twaalf jaar had uitgeoefend zonder dat bleek dat hij geen voldoening had gegeven en hij het onderwijs, waarvan hij een diploma behoorde te bezitten, had voltooid op het examen over het laatste schooljaar na (R.v.St. Paulussen, nr. 28.934, 1 december 1987).

266 Tenslotte oordeelde de Raad van State in enkele arresten dat de intrekking van zelfs een onregelmatig maar rechtverlenend besluit onrechtmatig is, wanneer deze onregelmatigheid is te wijten aan een nalatigheid van het bestuur zelf bij het naleven van bepaalde formaliteiten (R.v.St. Vrinssen, nr. 13.829, 9 december 1969. Volgens FLAMME (*a.w.* I, 540) betrof dit een geïsoleerd arrest. Zie echter nadien ook R.v.St. Marcon GmbH, nr. 53.601, 9 juni 1995. Kritisch: M. PAQUES, "Erreur de l'administration et retrait", *a.w.* 263).

De Raad voert op die wijze een op het zorgvuldigheidsbeginsel gebaseerde concrete belangenafweging doordat het *a priori*-schema van de intrekkingssleer doorbreekt. Concreet werd aan het bestuur verweten de gegevens, door de vergunningvrager verstrekt, niet zorgvuldig te hebben nagezien.

Dat de onregelmatigheid te wijten is aan de overheid zelf, is echter geen bezwaar wanneer de intrekking gebeurt nadat dat gebrek als ontvankelijk annulatiemiddel is aangevoerd bij de Raad van State (R.v.St. Boodts, nr. 66.641, 9 juni 1997).

§ 3. Intrekking van besluiten. Rechtspraak van het Hof van Cassatie

267 Uit de vaststelling dat het Hof van Cassatie de exceptie van onwettigheid op grond van artikel 159 G.W. ook aanvaardt bij individuele besluiten, leidt de meeste rechtsleer af dat het ook de intrekking van een onregelmatig besluit zonder beperking mogelijk acht (zie P. QUERTAINMONT, "Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droits)", *R.C.J.B.* 1990, 410-441 en M. VAN DAMME "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel", *a.w.* 158-159).

Dat blijkt echter niet onverdeeld uit de rechtspraak (zie ook D. D'HOOGHE, *a.w.* 1099 en, met verwijzing naar lagere rechtspraak, D. LAGASSE, "De l'antinomie entre les principes de la légalité et de la sécurité", *J.T.* 1980, 481-482).

268 Het Hof van Cassatie gaat niet in op het middel dat met inroeping van de intrekingsleer de toepassing wil bekomen van een individueel, door het Hof als rechtscheppend erkend besluit tot toekenning van een rustpensioen: artikel 159 G.W. verbiedt dergelijke toepassing (Cass. 21 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1045). Uit dit arrest alleen blijkt nog niet dat ook de intrekingsleer zelf wordt verworpen; enkel de analogie met de toepassing van artikel 159 G.W. wordt niet aanvaard. D'HOOGHE (*a.w.* 1100) concludeert hieruit dat de theorie van de intrekking niet met zich hoeft mee te brengen dat bestuursbeslissingen die ten aanzien van het bestuur "definitief" zijn geworden, ook ten aanzien van de rechter onaantastbaar zijn.

Indien een formeel intrekingsbesluit voorhanden is, komt het Hof van Cassatie bij de beoordeling daarvan toch tot een afweging tussen enerzijds de legaliteitseis en anderzijds de onaantastbaarheid van verkregen rechten. Zo mag bv. het bestuur een bouwvergunning niet meer intrekken wegens een onzorgvuldigheid of een onregelmatigheid volgend uit de miskennis van een loutere vormvereiste, te wijten aan het bestuur zelf (Cass. 10 september 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 52, Cass. 3 december 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 475; vgl. ook Cass. 21 mei 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 930). De "eventueel door een fout (van het bestuur) afgeleverde vergunning" doet immers "voor degene die ze verkrijgt rechten ontstaan" (Cass. 21 mei 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 930).

In een toepassing van deze leer door het Hof van Beroep van Gent blijkt dat hier een meer concrete belangenafweging ten grondslag ligt. De vergunning, die rechten heeft doen ontstaan, mocht volgens dit Hof niet worden ingetrokken omdat zij bij vergissing en dus onregelmatig werd verleend. Het Hof nam daarbij zowel het gedrag van het bestuur in aanmerking, dat geen ernstig voorbereidend onderzoek had gedaan, als het gedrag van de begunstigde, die als een normaal, voorzichtig en behoedzaam persoon had gehandeld (Gent, 24 mei 1996, *C.D.P.K.* 1997, 445).

Het Hof van Cassatie past daarbij de rechtspraak van de Raad van State toe die hierboven werd geschetst als een derde hypothese waarin de Raad afwijkt van het normale beoordelingsschema van de intrekking (zie boven nr. 256. Zie J. VELU, noot bij Cass. 10 september 1988, *Arr.Cass.* 1981-82, 52).

In een arrest van 19 oktober 1989 daarentegen was er wel sprake van een formeel intrekingsbesluit, in de vorm van een corrigerend wijzigingsbesluit, maar volstond het Hof met de opmerking dat artikel 159 G.W. geen onderscheid maakt tussen individuele en algemene besluiten, zodat het bestuur op rechtmatige wijze geen toepassing maakte van het oorspronkelijke besluit (Cass. 19 oktober 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 233). De intrekingsleer of een concrete belangenafweging kwam in de motivering niet ter sprake. In dit geval ging het echter om de vaststelling van de anciënniteit op basis waarvan de ambtenaarswedde wordt berekend, wat als een louter rechterkende handeling wordt beschouwd. Zoals de Raad van State, acht het Hof van Cassatie de vaststelling dat de bestuurshandeling geen subjectief recht

doet ontstaan ten voordele van de tegenpartij, relevant: dergelijke akte kan te allen tijde worden ingetrokken (Cass. 3 oktober 1996, *Arr.Cass.* 1996, 851).

269 Anderzijds aanvaardt het Hof van Cassatie niet de mogelijkheid van een aansprakelijkheidsvordering voor de schade die is ontstaan door de, volgens het schema van de Raad van State, laattijdige intrekking van een onregelmatig besluit: de intrekking van een onwettig besluit kan op zichzelf geen fout of onvoorzichtigheid zijn, als bedoeld in de artikelen 1382-1383 B.W. (Cass, 19 oktober 1989, *Arr.Cass.* 1989, 233).

Het ingetrokken besluit betrof de vaststelling van de wedde op basis van een verkeerde anciënniteit, zodat kan worden betwijfeld of een beperking van de termijn hoe dan ook kon worden ingeroepen bij gebreke van een rechtsceppend besluit. Het Hof van Cassatie ging echter niet in op de voor zijn uitspraak irrelevante discussie over het al dan niet rechtsceppend karakter van het besluit.

In dat geval kan het bestuur echter wel aansprakelijk worden gesteld voor de schade ontstaan uit de onregelmatigheid van het ingetrokken besluit (zie R. PEREMANS, "De intrekking door de administratieve overheid van de door haar uitgereikte bouwen verkavelingsvergunningen", *T.Aann.* 1974, 94, P. QUERTAINMONT, *a.w.* 440-441 en H. VAN EECKE, *a.w.* 19, en de verwijzingen naar de rechtspraak. Vgl ook de concl. Adv.-Gen. JANSSENS DE BISTHOVEN bij Cass. 21 april 1988, *Pas.* 1988, I, 991).

Een intrekking van een rechtmatig besluit kan wel op foutieve wijze inbreuk maken op subjectieve rechten en aanleiding geven tot schadevergoeding (Cass. 16 november 1950, *Arr.Cass.* 1951, 128). In dat geval komt artikel 159 G.W. niet ter sprake, zodat de eerbiediging van verkregen rechten absolute prioriteit krijgt.

§ 4. Standpunt van het Rekenhof

270 Ook het Rekenhof bleek de beperking op de toepassing van artikel 159 G.W. niet te aanvaarden (zie *boven*, nr. 259). Hier is de gevolgtrekking dat het daarom ook de intrekking leert afwijzen, wel gepast (zie ook M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *a.w.* 60-65 en hun verwijzingen naar de Boeken van het Rekenhof).

Het Hof van Cassatie en zeker de Raad van State vinden, uitgaande van hun functie in het rechtsbestel, plaats voor een afweging tussen het legaliteits- en het rechtszekerheidsbeginsel, in het belang van de rechtzoekende. Dat is niet het geval voor het Rekenhof. Zijn beoordelingsperspectief wordt bepaald door zijn wettelijke opdracht tot controle van de wettigheid en regelmatigheid van de financiële verrichtingen van de Staat, de Gemeenschappen, de Gewesten en provincies, en diverse besturen die daarvan afhangen (zie art. 180 G.W. en de Wet van 29 oktober 1846 op de inrichting van het Rekenhof, *B.S.* 1 november 1846). Deze controle kan het onmogelijk binnen de zestig dagen verrichten (zie het 126ste Boek van Opmerkingen van het Rekenhof, p. 66).

Zijn standpunt kan overigens op twee manieren worden uitgelegd. Volgens een eerste mogelijke uitleg geeft het Rekenhof absolute voorrang aan het legaliteitsbeginsel. Volgens een tweede mogelijke uitleg komt het aan een afweging niet

toe, omdat het, anders dan de Raad van State en het Hof van Cassatie (zie boven, nrs. 256 en 268), van oordeel is dat een onregelmatig besluit geen verkregen rechten kan genereren (zie M.-A. FLAMME, *a.w.* 533. In die zin ook P. LEWALLE, *a.w.* 243, P. QUERTAINMONT, *a.w.* 438 en 440 en P. SCHREDER, *Intrekking van administratieve handelingen*, in *Adm. Lexicon*, Brugge, Die Keure, 1976, 4).

§ 5. Besluit

271 Bij de beoordeling van de intrekking of opheffing van besluiten, speelt de leer van de verkregen rechten een doorslaggevende rol. De Raad van State voert hierbij een *a priori* afweging door tussen legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel. Dit levert een schema op waaraan intrekking- en opheffingsbesluiten op voorhand kunnen worden getoetst, zodat de beoordeling door de Raad van State voorspelbaar wordt.

Het bestaan van dergelijk schema scheidt op zich rechtszekerheid. Toch is de toepassing ervan niet zo duidelijk als op het eerste gezicht lijkt. De band met de beroepstermijn doet vragen rijzen naarmate het precieze aanvangs- en eindpunt voor deze termijn kan verschillen. Wanneer het schema, dat geen plaats laat voor een concrete afweging van belangen, te rigide wordt, kan de Raad in één van de onder § 2, F (zie boven, nr. 264 e.v.) genoemde hypothesen uit het schema breken.

Bovendien is het precieze onderscheid tussen rechtsceppende en rechterkende besluiten moeilijk te onderkennen voor een rechtssubject, ten aanzien van wie de overheid het bestaan van een rechtssituatie in het bijzonder heeft bevestigd (zie ook de kritiek van P. DELAHAUT, *a.w.* 46 en J.-M. FAVRESSE, "La théorie du retrait des actes administratifs n'est-elle pas sujette à critique?", *R.J.D.A.* 1971, 162 e.v.) Met het opgeven van dat onderscheid, zou echter ook de band met het vernietigingsberoep verzwakken, nu bij de Raad van State geen beroep openstaat tegen rechterkende besluiten. Toch blijkt dat de Raad van State in enkele arresten dit eerste criterium overslaat en meteen overgaat op het criterium van de regelmatigheid, wat aanleiding heeft gegeven tot een afwijkende theorie in de rechtsleer (zie boven, nr. 246).

272 Het uitgangspunt van de verkregen rechten leidt er ook toe dat de beoordeling van intrekking- en opheffingsbesluiten in principe beperkt blijft tot individuele besluiten. Toch kunnen ook algemene besluiten individuele rechten genereren. Voor algemene besluiten met terugwerkende kracht geldt nog steeds het retroactiviteitsverbod zoals dat wordt gelezen in artikel 2 B.W. of wordt geformuleerd als een beginsel van behoorlijk bestuur. Ook daar bleek het concept van verkregen rechten erg door te wegen, zodat het resultaat in de praktijk nagenoeg hetzelfde is (P. POPELIER, "De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel", *a.w.* 102 en M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *a.w.* 36).

Een merkwaardige consequentie is wel dat algemene besluiten die afbreuk doen aan individueel verkregen rechten, per definitie onrechtmatig worden geacht, terwijl individuele besluiten wel afbreuk kunnen doen aan individueel verkregen rechten, zolang dat gebeurt binnen een bepaalde termijn en om wettigheidsredenen.

Anders is het bij besluiten met onmiddellijke werking: voor algemene normen is dat het principe, terwijl de individuele opheffing van een rechtscheppend besluit in principe niet geoorloofd is.

Dat leidt ertoe dat een individuele rechtssituatie, die niet door een individueel besluit zou kunnen worden ongedaan gemaakt, toch wijzigingen kan ondergaan ingevolge een nieuw reglement (R.v.St. Lauwers, nr. 12.246, 28 februari 1967. Zie ook P. LEWALLE, *a.w.* 103). Wel wordt een algemeen verstrekte machtiging tot intrekking of opheffing van besluiten getoetst aan dezelfde principes die de eigenlijke intrekking of opheffing beheersen (R.v.St. Tommelein, nr. 23.281, 24 mei 1983. Zie ook W. LAMBRECHTS, "De grenzen van de intrekking van administratieve rechtshandelingen", *R.W.* 1983-84, 1224).

Een consequente interpretatie van artikel 2 B.W. en het verbod van retroactiviteit overeenkomstig de leer van de verkregen rechten zou echter ertoe moeten leiden, dat ook dergelijke reglementen die formeel onmiddellijk werken, materieel als retroactief worden beschouwd.

273 Het Hof van Cassatie lijkt het schema van de Raad van State bij de beoordeling van intrekkingbesluiten niet te volgen. Het voert een eigen beoordeling uit, gebaseerd op een afweging waarin het legaliteitsbeginsel zwaar doorweegt. Ook de weigering door het Hof van Cassatie om de toepassing van artikel 159 G.W. in de tijd te beperken voor individuele, rechtscheppende besluiten, doorkruist de leer van de Raad van State.

274 De belangrijke rol van het legaliteitsbeginsel en de beperkte bevoegdheden van de gewone en administratieve rechtscolleges leiden ertoe dat een wet zelfs op individuele rechtssituaties afzonderlijk inbreuk kan maken met zowel onmiddellijke als retroactieve werking, waar het bestuur dat niet zelf had kunnen doen. De rechter kan deze wettelijke basis slechts onderzoeken op zijn overeenstemming met in internationale verdragen vervatte rechtsnormen met directe werking.

De Afdeling Administratie heeft het tot nog toe gelaten bij deze opmerking (zie R.v.St. Paulussen, nr. 28.934, 1 december 1987 en R.v.St. Dochez, nr. 29.344, 16 februari 1988). De Afdeling Wetgeving daarentegen toetst daadwerkelijk de intrekking door een wet van een als "eigendom" te kwalificeren recht aan artikel 1, eerste protocol EVRM (vb. advies van 7 en 8 december 1995, *Gedr.St. Kamer*, 1995-96, 352/1, 146), wat impliceert dat bij de beoordeling de techniek van de belangenafweging wordt gehanteerd.

Dat is ook de techniek waarmee het Arbitragehof een wet beoordeelt, die afbreuk doet aan individueel verkregen rechten. Het Arbitragehof maakt voor de beoordeling geen onderscheid tussen individuele en algemene normen, intrekking- en opheffingsnormen en normen met retroactieve of onmiddellijke werking. De techniek die het hanteert en de criteria die bij de afweging in aanmerking komen, worden in de volgende afdeling besproken.

Alleszins blijkt reeds dat normen met eenzelfde effect *a n d e r s* worden beoordeeld, naarmate de beoordeling gebeurt door de Raad van State, het Hof van Cassatie of het Arbitragehof.

AFDELING II

RECHTSZEKERHEID EN VERTROUWENSBEGINSSEL

§ 1. Concept van rechtszekerheid

275 Rechtszekerheid kan op verschillende manieren worden opgevat (zie over de diverse concepten P. POPELIER, *a.w.* 132 e.v.).

Traditioneel viel “rechtszekerheid” samen met “wetszekerheid”. Dat vloeit voort uit een model van recht en staat, waarin de democratisch verkozen wetgever een soevereine positie bekleedde en de wet, als uiting van de “wil van het volk” onschendbaar was. Hiermee hangt de leer van de “rationele wetgever” samen, die uitgaat van het paradigma van de rationaliteit en dus duidelijkheid en rechtszekerheid van de wet (hierover *t.a.p.* 181 e.v.). Daaraan kan een verticaal rechtszekerheidsconcept worden aangehangen. Hierbij wordt uitgegaan van het axioma dat de wet, die vooraf *in abstracto* wordt opgesteld, zo duidelijk is dat daarin de werkelijkheid ook in zijn concrete gedaante vervat ligt, zodat de toepassing van de algemene regel op het particuliere geval door loutere deductie kan gebeuren. De klemtoon bij de juridische werking van het rechtszekerheidsbeginsel ligt daarom op het legaliteitsbeginsel: de strikte toepassing van de wet door rechter en bestuur. De wet zelf kan niet worden bekritiseerd.

276 Het leerstuk van de verkregen rechten past in een statisch werkelijkheidsbeeld, waarin de klemtoon ligt op het behoud van een verkregen evenwicht. De zekerheid die de wetgever moet aanbieden is gericht op behoud en accumulatie van eigendom. Wat eenmaal werd verworven, dient als verworven te worden behouden (hierover *t.a.p.* 137 e.v.). Retroactief is elke rechtsregel die het actuele patrimonium treft. Dat is in dit werkelijkheidsbeeld volkomen ontoelaatbaar.

277 De transformatie van de klassieke liberale staat naar de sociale welvaartsstaat, waarin de overheidstaken toenemen en de positie van de wetgever verzwakt, maakt een model van rechtszekerheid als wetszekerheid onhoudbaar (zie *t.a.p.* 148 e.v.). De verticale rechtszekerheid, voortvloeiend uit het pyramidevormige beeld van de wetgever als centrum van een hiërarchisch rechtssysteem, is achterhaald in het pluralistisch en gefragmenteerd netwerk dat zowel de maatschappij als de overheidsstructuur kenmerkt in de moderne staat (H.R. VAN GUNSTEREN, *The quest for control*, Londen, John Wiley & Sons, 1976, 92).

Een positieve ingesteldheid op de dynamiek van de nieuwe maatschappelijke orde leidt tot de afwijzing van het klassieke, statische concept van verkregen rechten. Recht moet enerzijds een oriëntatiekader bieden, waarbinnen plannen kunnen worden gemaakt en waarin rechtsverkeer mogelijk is, maar tegelijk voldoende ruimte bieden voor creativiteit en innovatie. Het inzicht dat de werkelijke tijdsbeleving veel dynamischer is dan de statische opdeling in verleden, tegenwoordige en toekomstige tijd gezien vanuit een punt alfa, en dat in een omgeving die nooit volkomen transparant en voorspelbaar kan worden gemaakt behoefte is aan

flexibiliteit, schept ruimte voor een nieuw concept van rechtszekerheid, dat in de Duitse rechtsleer wordt omschreven als "Dispositionssicherheit" (hierover *t.a.p.* 156 e.v.).

278 Het nieuwe concept van rechtszekerheid gaat uit van de beslissingsvrijheid van de persoon, wat de mogelijkheid van kiezen en de nodige ruimte voor de ontwikkeling van genomen beslissingen impliceert. Dat betekent dat een persoon eventuele rechtsgevolgen van zijn handelen of niet-handelen moet kunnen voorzien en dat een persoon, die uitdrukkelijk rekening heeft gehouden met voorspelde rechtsgevolgen, er in redelijke mate op moet kunnen vertrouwen dat deze gevolgen inderdaad zullen tot stand komen.

Dat vertrouwen kan enkel relatief zijn. Een persoon treedt steeds op in een dynamische, evoluerende omgeving, wat betekent dat hij steeds alert moet zijn voor mogelijke wijzigingen en flexibel genoeg om zijn strategieën hieraan aan te passen. Bovendien staat hij steeds in een wederzijdse relatie met de gemeenschap. HESSEL spreekt daarbij over de "solidariteitsgedachte": een persoon moet, bij het nastreven van zijn persoonlijke belangen, rekening houden met de belangen van anderen (B. HESSEL, *Rechtsstaat en economische politiek*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, 38 e.v. en *Overheidsoptreden in de relationistische rechtsstaat*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, 26).

279 Een van de belangrijkste functies van het recht bestaat er dan in om een betrouwbaar handelingskader aan te bieden waarbinnen de constructie van een adequaat beslissingsmodel mogelijk is. Het beslissingsmodel dat elke persoon construeert is afhankelijk van zijn doelstellingen en voorkeuren binnen een bepaald maatschappijbeeld. Zijn beslissingen worden genomen en de realisatie daarvan gebeurt op grond van bepaalde berekeningen en verwachtingen. Die worden genomen op basis van verschillende gegevens, waaronder ook de juridische context. Regelgeving is echter zelf onderworpen aan de dynamische krachten van de omgeving, zodat ook rekening moet worden gehouden met de sociaal-economische context waarin de voor de beslissing relevante wetgeving is gesitueerd, evenals met de politiek-juridische doelstellingen waarvan wetgeving het instrument is, en die in geval van evolutie of nieuwe inzichten tot wijziging van regelgeving kunnen aanleiding geven.

280 Uit het rechtszekerheidsbeginsel kunnen zo verschillende rechtsvereisten worden afgeleid (zie voor de formulering van deze vereisten als "beginselen van behoorlijke regelgeving", *t.a.p.* 663).

Het recht moet toegankelijk en duidelijk zijn, zodat een persoon zijn berekeningen en beslissingen mede kan baseren op de regelgeving en de daarin voorspelde rechtsgevolgen. Dat is de objectieve rechtszekerheid. Het moet bovendien betrouwbaar en uitvoerbaar zijn, zodat ervan kan worden uitgegaan dat deze rechtsgevolgen in principe ook worden gerealiseerd. Dat wordt omschreven als het vertrouwensbeginsel.

De objectieve rechtszekerheid is een noodzakelijke voorwaarde voor de doorwerking

van het vertrouwensbeginsel (N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *a.w.* 941, B. PEETERS, "Rechts(on)zekerheid in het belastingrecht", *T.F.R.* 1994, 179, P. POPELIER, *a.w.* 161-162 en K. VOGEL, "Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen Vernunftrecht und Verfassungsrecht", *J.Z.* 1988, 833 e.v.). Men kan maar vertrouwen op de realisatie van bepaalde rechtsgevolgen, indien voorafgaand de toepasselijke regelgeving en de daarin voorspelde rechtsgevolgen voldoende toegankelijk en duidelijk waren om legitieme verwachtingen te creëren. Het vertrouwensbeginsel wordt dan ingeroepen, wanneer de overheid in een concreet geval op een nadelige wijze ingrijpt in de subjectieve belangen die een persoon door het objectieve recht beschermd meende.

281 Een belangrijk aspect voor het beslissingsmodel en de doorwerking van het rechtszekerheidsbeginsel, is de vraag in hoeverre men bepaalde verwachtingen kan hebben van de rechtsorde op een toekomstig tijdstip. De juridische vertaling hiervan is terug te vinden onder de term "gerechtvaardigde" verwachtingen.

Deze verwachtingen wegen het meest door in de mate dat de overheid niet enkel een kader met handelingsmogelijkheden heeft aangeboden, maar bovendien heeft aangezet tot één welbepaalde activiteit. De overheid heeft in dat geval zichzelf gebonden, niet tot het elimineren van elk risico, maar tot het openhouden van de mogelijkheid tot het ontplooiën van die bepaalde activiteit.

Het ultieme moment in de werking van het rechtszekerheidsbeginsel is de afweging van belangen, die een middenweg houdt tussen de persoonlijke beslissingsvrijheid en de wetgevende beleidsvrijheid. Het resultaat hangt af van enerzijds het gewicht of de "gerechtvaardigheid" van de verwachtingen en anderzijds het gewicht van het algemeen belang en de noodzaak van de maatregel om dat belang te beschermen. De criteria die in de rechtspraak in aanmerking worden genomen om het gewicht van deze belangen te meten, worden in de volgende paragraaf besproken.

§ 2. Omschrijving in de rechtspraak van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel

282 De rechtszekerheid werd lange tijd niet als zodanig als rechtsbeginsel erkend (zie overigens nog de afwijzende houding van C. PARMENTIER, "La sécurité juridique, un principe général du droit?", in *La sécurité juridique*, Luik, Eds. du jeune barreau de Liège, 1993, 21-34).

Wel wordt van oudsher de leer van de verkregen rechten toegepast, die de stabiliteit van gevestigde particuliere situaties waarborgt door de onaantastbaarheid van de definitief geworden, constitutieve bestuurshandeling (zie voor deze definitie o.m. R.v.St. Cooleman, nr. 19.619, 14 mei 1979; Tommelein, nr. 23.281, 24 mei 1983 en Van Kerckhove, nr. 25.111, 7 maart 1985).

De Raad van State is de eerste om de leer van de verkregen rechten in te passen binnen een ruimere omschrijving van de rechtszekerheid als een beginsel van behoorlijk bestuur. Het formuleert dit aanvankelijk als een spanning tussen enerzijds de legaliteit, die de eerbiediging vereist van de gestelde rechtsregels, en anderzijds

de eerbiediging van de verkregen rechten (zie R.v.St. Cooleman, nr. 19.619, 14 mei 1979. Zie eveneens R.v.St. Belgisch Rode Kruis e.a., nr. 40.885, 29 oktober 1992). Die omschrijving wordt opengebroken door de erkenning van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel als een beginsel van behoorlijk bestuur.

Eerder dan een specifiek beginsel van behoorlijk bestuur, is het rechtszekerheidsbeginsel nochtans zelf een fundamentele grondslag voor diverse beginselen van behoorlijk bestuur, aldus M. VAN DAMME, "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel", *a.w.* 120. "De rechtszekerheid" is inderdaad op zich een te onbepaald beginsel; in het juridisch discours is het maar hanteerbaar door de concretisering in verschillende rechtseisen (zie P. POPELIER, *a.w.* 663 p.).

Het Hof van Cassatie sluit zich hierbij aan. In deze rechtspraak wordt het vertrouwensbeginsel omschreven als een aspect van het rechtszekerheidsbeginsel, op grond waarvan het rechtssubject moet kunnen vertrouwen op wat door hem niet anders kan worden opgevat dan als een vaste gedrags- of beleidsregel van de overheid; het bestuur mag de door hem opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen van het rechtssubject niet beschamen (R.v.St. Vermeulen, nr. 27.685, 17 maart 1987 en Cass. 27 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 727).

Ofschoon het vertrouwensbeginsel in het algemeen als een element van het rechtszekerheidsbeginsel wordt beschouwd, heeft de Raad van State het ook al eens gecatalogeerd onder het zorgvuldigheidsbeginsel (zie R.v.St. Bracke, nr. 20.324, 13 mei 1980 en Brauers, nr. 41.504, 28 december 1992). Over de overlappingsen en het verband tussen rechtszekerheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel en andere beginselen van behoorlijk bestuur, D. D'HOOGHE, "Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid", *R.W.* 1993-94, 1091-1103 en M. VAN DAMME "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel", *a.w.* 120-121 en 165.

283 Het Arbitragehof ziet het rechtszekerheidsbeginsel als een grondbeginsel, waaraan, in combinatie met het gelijkheidsbeginsel, ook formele wetgeving kan worden getoetst. Het formuleert dit beginsel als de vereiste dat de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk is, zodat de rechtzoekende in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien op het tijdstip dat die handeling wordt verricht (Arbitragehof nr. 25/90, 5 juli 1990, *B.S.* 6 oktober 1990 en nr. 36/90, 22 november 1990, *B.S.* 28 december 1990).

In een alternatieve formulering, waarin de klemtoon wordt gelegd op het vertrouwensbeginsel, komt duidelijk tot uiting dat een belangenafweging hieraan inherent is: volgens het grondbeginsel van rechtszekerheid kan de wetgever niet zonder objectieve en redelijke verantwoording afbreuk doen aan het belang van de rechtssubjecten om in staat te zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen te voorzien (o.m. Arbitragehof nr. 10/93, 11 februari 1993, *B.S.* 9 maart 1993; nr. 53/93, 15 juli 1993, *B.S.* 16 september 1993; nr. 28/96, 30 april 1996, *B.S.* 4 mei 1996 en nr. 49/96, 12 juli 1996, *B.S.* 1 augustus 1996).

Het bestaan van een "verkregen recht" wordt slechts in aanmerking genomen als één van de elementen bij deze afweging (zie verder, nr. 304).

Dit vertrouwensbeginsel speelt ook in de verhouding bestuur-wetgever. Krachtens het vertrouwensbeginsel kan de formele wetgever in zekere mate worden gebonden

door de verwachtingen die het bestuur heeft opgewekt bij de discretionaire toepassing van een onbepaalde wettelijke regel (zie verder, nr. 302).

284 Ook op Europees niveau wordt het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel erkend als een rechtsbeginsel. De rechtspraak van het Hof van Justitie wordt in de bespreking betrokken, omdat ook interne wetgeving met een communautaire dimensie aan dit communautaire rechtsbeginsel kan worden getoetst. De rechtspraak van dit Hof, zelf geïnspireerd door het Duitse model, verheldert bovendien de belangenafweging en de criteria die daarin een rol spelen.

Het Hof van Justitie noemt rechtszekerheid en voorspelbaarheid dwingende vereisten waaraan streng de hand dient te worden gehouden, in het bijzonder bij regelingen die financiële gevolgen kunnen hebben (vaste rechtspraak, o.m. H.v.J. arresten van 15 december 1987, z. 235, Ierland/Commissie, *Jur.* 1987, 5041, z. 326/85, Nederland/Commissie, *Jur.* 1987, 5143; z. 336/85, Frankrijk/Commissie, *Jur.* 1987, 5173; z. 346/85, V.K./Commissie, *Jur.* 1987, 5197; z. 348/85, Denemarken/Commissie, *Jur.* 1987, 5225 en H.v.J. 13 maart 1990, z. 30/89, Commissie/Frankrijk, *Jur.* 1990, I-691).

285 Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens noemt het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel niet expliciet als rechtsbeginsel. Toepassingen zijn wel terug te vinden via de reeds besproken toetsing aan het recht op eigendom, neergelegd in artikel 1 eerste protocol EVRM. Het Hof heeft er ook op gewezen dat ook een vaste rechtspraak en administratieve praktijk rechtszekerheid kunnen creëren voor rechtssituaties die formeel niet in overeenstemming zijn met de wet. De eerbiediging van deze rechtszekerheid is dan niet enkel tot de regelgever, maar ook tot de rechter gericht (Eur. Hof Canea Catholic Church, 16 december 1997, nog niet gepubliceerd).

§ 3. Beoordeling van de temporele functies vanuit het concept van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel

286 Vanuit het perspectief van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, verliest het onderscheid tussen de temporele functies aan relevantie (zie P. POPELIER, “Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak”, *a.w.* 1092 e.v., *a.w.* 310 en 572 e.v. en “De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel”, *a.w.* 87 en A. VAN OEVELEN en P. POPELIER, *a.w.* 58. Zie ook o.m. M. DE JONCKHEERE, *a.w.* 364, T. HEUKELS, *a.w.* 115, H.J.M. JEUKENS, *a.w.* 73, G. KNIGGE, *a.w.* 63, K.J.M. MORTELMANS, *a.w.* 630 e.v. en J.J.R. POLMAN, *a.w.* 215 e.v.).

Ook regelgeving met onmiddellijke werking kan het vertrouwen schenden, bv. met betrekking tot plannen waarin reeds aanzienlijk is geïnvesteerd, maar die nog niet volledig zijn afgewikkeld. Ook in de voorgaande hoofdstukken is hierop reeds gewezen (zie boven, nrs. 9 en 16). De rechtsonzekerheid die in de regel wordt verweten aan de retroactiviteit, kan worden opgevangen door bv. een aankondiging of een uitgestelde inwerkingtreding (zie boven, nr. 16). Bovendien kan wegens het formeel-technische karakter van de temporele functies, louter door de keuze van het temporele aanknopingspunt, een retroactieve norm worden geformuleerd als

een norm met onmiddellijke werking en omgekeerd (zie boven, nr. 47).

Voor de beoordeling van de temporele werking van een norm is daarom het onderzoek naar de gerechtvaardigheid van de verwachtingen en de effecten van de nieuwe norm op de op basis van die verwachtingen gemaakte plannen, belangrijker dan de eigenlijke temporele functie.

287 Deze consequentie wordt in het bijzonder door het Hof van Justitie en het Arbitragehof getrokken.

Formeel blijft bij beide hoven ook, bij de beoordeling van de temporele functies, het onderscheid tussen principiële onmiddellijke werking en te verwerpen retroactieve werking behouden. Toch wordt ook de toelaatbaarheid van onmiddellijke werking begrensd door het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel (zie H.v.J. z. 17/67, Neumann, 13 december 1967, *Jur.* 1967, 555). Het Arbitragehof maakt ruimte voor die toetsing naarmate het de contouren schetst van een vertrouwensbeginsel, dat ook wordt geschonden wanneer een norm met onmiddellijke werking personen van hun “rechtmatige aanspraken en verwachtingen berooft” (Arbitragehof nr. 40/95, 6 juni 1995, *B.S.* 4 augustus 1995. Zie ook Arbitragehof nr. 56/95, 12 juli 1995, *B.S.* 29 augustus 1995; nr. 81/95, 14 december 1995, *B.S.* 3 januari 1996 en nr. 24/96, 27 maart 1996, *B.S.* 26 april 1996).

288 Het Hof van Cassatie en de Raad van State hanteren vaak nog het criterium van de verkregen rechten. Dat criterium houdt geen rekening met verwachtingen die worden gebaseerd op bestaande regelgeving die voor de toekomst bepaalde rechtsgevolgen verbindt aan het stellen van bepaalde handelingen. Voor algemene regelgeving wordt een kritische beoordeling bovendien beperkt tot de retroactieve werking.

Maar ook hier wordt in meer recente rechtspraak het principe van de onmiddellijke werking en het enge criterium van de verkregen rechten verzacht door het vertrouwensbeginsel als een beginsel van behoorlijk bestuur.

In principe dient de nieuwe regelgeving te worden toegepast op de behandeling van administratieve aanvragen die werden ingediend vóór de wijziging van de rechtsregel (vb. R.v.St. Mathys, nr. 2.923, 20 november 1953 en Cass. 25 november 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 268).

Nochtans oordeelde de Raad van State, bij een weigering van een milieuvergunning gebaseerd op een bepaling van VLAREM II dat hangende de vergunningsaanvraag was in werking getreden, dat de argumentatie van de aanvrager, die het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel inriep om zijn aanvraag nog behandeld te zien op grond van het ARAB, gegrond leek (R.v.St. Polfliet, nr. 64.004, 4 februari 1994, waarbij het weigeringsbesluit werd geschorst. Het nietigheidsarrest ging niet meer in op dit aspect, R.v.St. Polfliet, nr. 50.364, 24 november 1994).

Dat is in het bijzonder het geval wanneer het gaat om disciplinaire maatregelen. De Raad van State neemt dan als criterium dat de betrokkenen “op voorhand dienen te weten aan welke normen zij zich dienen te houden om maatregelen ten hunnen opzichte te voorkomen” (R.v.St. Horstman, nr. 24.934, 20 december 1984 en R.v.St. Bleecker, nr. 26.040, 9 januari 1986).

289 Besluitend kan worden vastgesteld dat het vertrouwensbeginsel werkt als een correctiemechanisme, wanneer de temporele functie van een norm het vertrouwen in het voortbestaan van een rechtsregel te zeer dreigt te beschamen. In principe komen alle temporele functies in aanmerking voor deze toetsing. Dat wordt ook door de verschillende hoven erkend, zij het niet steeds in dezelfde mate.

In de volgende paragraaf, waarbij de diverse criteria die bij de belangenafweging een rol spelen worden onderzocht, wordt dan ook geen onderscheid gemaakt tussen de temporele functies. Wel blijken bij de toepassing van deze criteria de argumenten pro het gerechtvaardigd vertrouwen zwaarder te wegen wanneer het gaat om een retroactieve werking, en de argumenten pro het algemeen belang waarvoor de overheid optreedt zwaarder te wegen wanneer het gaat om een onmiddellijke werking. Het Duitse Bundesverfassungsgericht formuleert dat als een vermoeden bij een onmiddellijke werking, dat het vertrouwen in de bestendigheid van een rechtsregel in het algemeen niet méér beschermenswaardig is dan het algemeen belang in de wijziging (BVerfGE 76, 256 (356)). Bij een retroactieve rechtsregel wordt daarentegen uitgegaan van de onwettigheid, behalve wanneer blijkt dat het vertrouwen van het rechtssubject op een bepaalde rechtsregel materieel niet gerechtvaardigd was.

AFDELING III

CRITERIA VOOR DE TOETSING AAN HET VERTROUWENSBEGINSEL

290 In deze paragraaf worden de criteria besproken die de rechtspraak in aanmerking neemt om het gewicht te meten van de belangen die tegen elkaar worden afgewogen. Deze criteria bieden niet dezelfde rechtszekerheid als bv. het schema dat de Raad van State aanbiedt voor de beoordeling van intrekings- en opheffingsbesluiten. Zij reiken wel argumenten aan die het resultaat van de afweging naar de ene of de andere richting kunnen oriënteren. Daarbij wordt niet enkel naar de temporele werking van de norm gekeken, maar ook naar overgangsmatregelen die een eventueel verlies aan rechtszekerheid compenseren. In het vorige nummer werd er bovendien op gewezen dat het gewicht van de argumenten ook kan afhangen van de temporele functie die wordt bekritiseerd.

§ 1. Criterium van het overheidsoptreden als beslissende factor

291 Een eerste criterium is het gegeven dat het overheidsoptreden determinerend was om een bepaalde beslissing te nemen. Dat overheidsoptreden kan bestaan uit zowel regelgeving of besluiten, als beloftes of verklaringen van het bestuur.

Dit criterium bleek reeds uit de bespreking van het concept van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel (zie boven, nr. 281). Uitgangspunt is de beslissings- en dus keuzevrijheid van het rechtssubject. Het rechtssubject moet echter rekening houden met evoluties op allerlei vlak en moet daarom flexibiliteit behouden in zijn planning en bij voorkeur alternatieve keuzes achter de hand houden. Indien de overheid

bewust de handelingsalternatieven van een persoon inperkt en aanstuurt op een welbepaalde rechtshandeling, dan draagt zij een grotere verantwoordelijkheid opdat deze persoon hierdoor niet door latere wijzigingen in de regelgeving wordt benadeeld. Dit zal met name het geval zijn bij wetgeving die fiscale stimulansen biedt om ondernemingen aan te zetten tot bepaalde investeringen.

292 Het model voor dit criterium is te vinden in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie met betrekking tot de melkquota (hierover o.m. L. ROEGES, "Melk in de weegschaal", *S.E.W.* 1993, 734-756 en E. SHARPSTON, "Legitimate expectations and economic reality", *Eu.Law.Rev.* 1990, 10 e.v.). Melkproducenten die worden aangespoord tot een tijdelijke staking van hun productie, mogen daardoor niet worden benadeeld, bv. wanneer latere quota worden gebaseerd op de melkproductie in die periode.

Een ondernemer die zijn productie gedurende een zekere tijd vrijwillig heeft gestaakt, mag niet verwachten dat hij die productie onder dezelfde voorwaarden als voorheen zal kunnen hervatten, of dat eventueel in die tijd vastgestelde markt- of structuurpolitieke regels voor hem niet zullen gelden. Wanneer hij door een Europeesrechtelijke handeling is aangemaand om in het algemeen belang en tegen betaling van een premie gedurende een beperkte periode geen melk in de handel te brengen, is hij echter gerechtvaardigd te verwachten dat hij na afloop van zijn verbintenis niet zal worden gesteld voor beperkingen die hem in het bijzonder treffen, juist omdat hij gebruik heeft gemaakt van door die gemeenschap geboden mogelijkheden (o.m. H.v.J. 28 april 1988, z. 120/86, Mulder, *Jur.* 1988, 2321 en z. 170/86, Von Deetzen, *Jur.* 1988, 2355; H.v.J. 11 december 1990, z. 189/89, Spagl, *Jur.* 1990 en z. 217/89, Pastätter, *Jur.* 1990, I-4585. Zie ook H.v.J. 11 juli 1989, gev.z. 196-198/88, Cornée e.a., *Jur.* 1989, 2309; 10 januari 1992, z. 177/90, Kühn, *Jur.* 1992, I-35; 22 oktober 1992, z. 85/90, Dowling, *Jur.* 1992, I-5325; 3 december 1992, z. 264/90, Wehrs, *Jur.* 1992, I-6285; 19 mei 1993, z. 81/91, Twijnstra, *Jur.* 1993, I-2455; 27 januari 1994, z. 98/91, Herbrink, *Jur.* 1994, I-223 en H.v.J. 5 mei 1994, z. 21/92, Kamp, *Jur.* 1994, I-1619).

Een door de nationale autoriteiten goedgekeurd plan voor de ontwikkeling van de melkproductie geeft de producent echter niet zonder meer het recht over de voor dat plan vereiste referentiehoeveelheid te beschikken, zonder aan eventuele beperkingen te worden onderworpen die voortvloeien uit Europeesrechtelijke voorschriften vastgesteld na de goedkeuring van dit plan (H.v.J. 15 februari 1996, z. 63/93, Duff e.a., *Jur.* 1996, I-608).

Ook in de interne rechtspraak zijn hiervan toepassingen te vinden.

Zo bv. een arrest waarin het Arbitragehof een oordeel moest vellen over de financieringstechniek van de universiteiten op grond van de evolutie van het aantal onderwijsbelastingseenheden. Uit deze financieringstechniek bleek de wil van de decreetgever om met name het aanbod aan voortgezette academische opleidingen te rationaliseren. Een eerder decreet had echter een nieuw kader gecreëerd waarin juist meer universiteiten in de mogelijkheid waren gesteld om dergelijke opleidingen in te richten en hiertoe werden aangemoedigd door het vooruitzicht op subsidiëring na twee jaar. De berekeningswijze van de onderwijsbelastingseenheden benadeelde precies deze universiteiten.

Aldus het Arbitragehof: "Hoewel de decreetgever thans opteert voor een rationalisatie van het aanbod aan voortgezette academische opleidingen, heeft hij in het Decreet van 12 juni 1991 zeer bewust de mogelijkheid gecreëerd voor het organiseren van nieuwe voortgezette academische opleidingen, onder meer voor instellingen die slechts kandidatuuropleidingen aanbieden, zodat de universiteiten die van die mogelijkheid gebruik hebben gemaakt, rekening houdend met de programmatiernorm, op 1 februari 1993 onmogelijk voor de berekening van het aantal onderwijsbelastingseenheden in aanmerking konden komen, doch wel op 1 februari 1994. De door de decreetgever doorgevoerde besparing treft hen dus uitsluitend om die reden", benadeling die bovendien niet eenmalig maar

cumulatief is (Arbitragehof nr. 30/96, 15 mei 1996, *B.S.* 6 juni 1996).

Een ander voorbeeld is terug te vinden in het tussenvonnis van de Rechtbank van Brussel, waarin de mogelijkheid om de staat aansprakelijk te stellen voor het wetgevend handelen principieel werd erkend. In de Herstelwet van 31 juli 1984 werden maatregelen genomen om, door het toekennen van fiscale voordelen aan vennootschappen opgericht in reconversiezones in België, de industriële investeringen in deze zones te bevorderen. De wijziging van dit financieel stelsel door opeenvolgende wetten met onmiddellijke werking, reduceerde de aanvankelijke fiscale vrijstelling en spreidde haar over een langere periode, wat door de rechter strijdig werd geacht met het rechtszekerheidsbeginsel (tussenvonnis Rb. Brussel 17 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 257).

293 Het vertrouwen van een bepaalde categorie van personen die een bepaalde norm of overheidsoptreden als determinerend criterium hebben genomen voor een bepaalde keuze, kan ook het onderscheid rechtvaardigen dat wordt gemaakt tussen verschillende categorieën van personen.

De KS-werknemers die in toepassing van het herstructureringsplan 1986 opteerden om te blijven, konden een exploitatie verwachten na 31 december 1986 zodat zij hun rechten inzake het mijnwerkersstatuut en -pensioen verder konden opbouwen. Nadat de datum van stopzetting van de exploitatie onverwachts aanzienlijk werd vervroegd, is de nieuwe regeling van 1989 inzonderheid erop gericht de rechtmatig gewekte verwachtingen van de mijnwerkers die opteerden om te blijven werken, in te lossen. De KS-werknemers die in 1986 opteerden voor de vertrekregeling worden hierdoor niet gediscrimineerd, aldus de Raad van State (R.v.St. Peeters, nr. 36.552, 28 februari 1991 en R.v.St. Cloostermans, nr. 36.553, 28 februari 1991).

294 Een persoon kan erop vertrouwen dat de overheid een specifiek met hem gesloten overeenkomst nakomt, ook wanneer die overeenkomst in een wet is geïncorporeerd, en dat de regelgever deze overeenkomst niet eenzijdig wijzigt, wanneer dat niet door een dwingend algemeen belang is gerechtvaardigd. Dat bleek reeds uit de toetsing van dergelijke wetten aan artikel 6 EVRM en artikel 1 bij het eerste protocol (zie Eur. Hof 9 december 1994, Griekse raffinaderijen Stran en Stratis Andreadis, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 301-B. Zie boven, nrs. 229 en 234). De overheid kan wel bij wet een bijkomende verplichting vastleggen voor de betrokken onderneming, wanneer die past in het raam van de uitvoering van een afgesloten overeenkomst (Arbitragehof nr. 50/94, 22 juni 1994, *B.S.* 7 juli 1994).

Het vertrouwensbeginsel wint derhalve aan kracht, naarmate een rechtsregel minder algemeen wordt gesteld, maar wordt geconcretiseerd voor bepaalde rechtssubjecten (zie ook E. SHARPSTON, *a.w.* 107 en M. VAN DAMME "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel", *a.w.* 164). Zo speelt het ook een rol bij de vraag in welke mate de overheid een eerder door haar gesloten beleidsovereenkomst of convenant zou kunnen doorkruisen door middel van regelgeving (zie ook B. PEETERS, *Convenanten*, in het bijzonder milieuconvenanten, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, 38).

§ 2. Criterium van de investeringsschade of de mogelijkheid tot aanpassing aan de nieuwe norm

295 Wanneer de temporele functie van een norm geen of slechts minieme schade veroorzaakt, verliest het beroep op het vertrouwensbeginsel aan kracht. Dat speelt een rol bij de beoordeling van de proportionaliteit van een inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel. De klemtoon wordt vooral gelegd op de mate waarin een persoon zijn plannen nog kan aanpassen aan de nieuwe regelgeving. Dit weegt des te zwaarder in combinatie met het eerste criterium, namelijk naarmate niet enkel de rechtsgevolgen, maar ook de planning zelf juist werd opgesteld door of aan de hand van de regelgeving, die nu door nieuwe regelgeving wordt doorkruist.

Ook dit criterium ligt in het concept van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel besloten. Een flexibel rechtssubject dient zijn plannen in enige mate te kunnen aanpassen aan nieuwe omstandigheden. Het overheidsoptreden mag echter niet geschieden op een moment waarop dergelijke aanpassing redelijkerwijze niet meer mogelijk is zonder aanzienlijke "investeringschade".

296 Toepassingen zijn vooral terug te vinden in de economische sector. De overheid dient uit te gaan van de normale berekeningen van het bedrijfsleven, die zij niet zonder dwingende redenen mag doorkruisen (H.v.J. 18 maart 1975, z. 78/74, Deuka (I), *Jur.* 1975, 421 en 25 juni 1975, z. 5/75, Deuka (II), *Jur.* 1975, 759. Zie ook E. SHARPSTON, *a.w.* 113).

Ook wanneer het rechtssubject maatregelen kon verwachten, mocht het ervan uitgaan dat eventuele maatregelen die consequenties zouden hebben voor zijn investeringen, hem tijdig ter kennis zouden worden gebracht (H.v.J. 11 juli 1991, z. 368/889, Crispoltoni, *Jur.* 1991, 3695). De persoon draagt de bewijslast om aan te tonen dat hij zich niet aan de nieuwe regelgeving kon aanpassen, bv. door het voorleggen van een productieschema (Arbitragehof nr. 8/95, 2 februari 1995, *B.S.* 2 maart 1995).

Tabak van de soort Bright wordt vóór het einde van de maand april in volle grond uitgeplant, waarmee de grootste kosten zijn gemoeid, zodat de telers op dat ogenblik een beslissing moeten nemen over de aan te planten oppervlakte. Een verlaging van de gegarandeerde maximumhoeveelheid voor de tabaksoogst moet dit tijdstip in acht nemen (H.v.J. 11 juli 1991, z. 368/89, Crispoltoni, *Jur.* 1991, 3695. Vgl. *a contrario* H.v.J. 5 oktober 1994, gev.z. 133, 300 en 362/93, Crispoltoni e.a., *Jur.* 1994, I-4863).

Er moet worden onderzocht of het tijdvak tussen de bekendmaking van de verordening en de intrekking van de premieverhoging toereikend was om een onderneming in staat te stellen onder normale omstandigheden de denaturering, waarmee zij in vertrouwen op de vroegere regeling was begonnen, te voltooien. Het kan niet als abnormaal worden beschouwd, dat een denatureringsbedrijf zijn werkschema met het oog op het gehele graanverkoopseizoen vaststelt, zodat, in het belang van de rechtszekerheid, de verordening aldus moet worden toegepast, dat goederenpartijen nog onder de oude regeling vallen, wanneer zij zijn aangekocht vóór de inwerkingtreding van de verordening (H.v.J. 18 maart 1975, z. 78/74, Deuka, *Jur.* 1975, 421; zie ook H.v.J. 25 juni 1975, z. 5/75, Deuka, *Jur.* 1975, 759: ook als de technische bijmenging pas op een later tijdstip, doch nog binnen de door het interventiebureau gestelde termijn heeft plaatsgevonden).

Bij nieuwe quota voor het lopende kwartaal kunnen ondernemers, wanneer enkel de productie van de maand oktober reeds vastligt, hun productie nog over de maanden november en december aanpassen (H.v.J. 16 februari 1982, z. 258/80, Rumi, *Jur.* 1982, 487 en z. 276/80, Padana, *Jur.* 1982,

517). Het Hof nam mede in overweging dat de intentie om nieuwe quota in te stellen was aangekondigd op een ook voor de productie in oktober nuttig tijdstip (hierover SCHLOCKERMANN, *Rechtssicherheit als Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des EuGH*, München, Ludwig-Maximilians-Universität, 1984, 70 e.v.).

De in 1992 door de basisverordening ingestelde nieuwe regeling is pas vanaf het verkoopseizoen 1993-94 van toepassing. De sojaproductenten hebben derhalve over voldoende tijd beschikt om hun activiteiten van inzaai van de grond voor de tussenteelt aan te passen aan de nieuwe regeling, die de in de vorige verordening vastgestelde uiterste datum slechts met 15 dagen heeft vervroegd; het vertrouwensbeginsel is dus niet geschonden (H.v.J. 14 juli 1994, z. 353/92, Griekenland/Raad, *Jur.* 1994, I-3411).

Er bestaat onder diegenen die in de provincie Limburg aan grondwinning wensen te doen, een fundamenteel verschil tussen wie daartoe reeds inspanningen hadden gedaan en wie dit niet hadden gedaan. Het is niet onredelijk dat de decreetgever, die tot de geleidelijke afbouw heeft kunnen beslissen, ermee rekening houdt dat degenen die reeds aan grondwinning deden of die een recht van eigendom of van ontginning hadden verworven op gronden die in een grondwinningsgebied zijn gelegen, zwaarder, zij het in verscheidene mate, door de noodzakelijk geachte maatregel konden worden getroffen, en daarom voor hen in een overgangsstelsel van planmatige en geleidelijke afbouw voorziet (Arbitragehof nr. 35/95, 25 april 1995, *B.S.* 24 mei 1995).

Daargelaten de vraag of de oorspronkelijk bepaalde termijn al dan niet voldoende was om de productie aan de beoogde voorwaarde voor vrijstelling van milieutaks aan te passen, volstaat het vast te stellen dat met de ondertussen doorgevoerde verdragging van inwerkingtreding de aan de producenten gelaten termijn niet als kennelijk onvoldoende kan worden aangezien. De verzoekende partijen zijn overigens in gebreke gebleven een productieschema voor te leggen om de feitelijke gegrondheid van hun bewering te staven (Arbitragehof nr. 8/95, 2 februari 1995, *B.S.* 2 maart 1995).

De wetgever heeft, door de inwerkingtreding van de bestreden bepaling vast te stellen op de eerste dag van de zesde maand volgend op de bekendmaking van de wet, de handelaars in de mogelijkheid gesteld hun economische activiteiten te heroriënteren teneinde de economische schade te beperken (Arbitragehof nr. 78/96, *B.S.* 11 januari 1997).

297 Toepassingen zijn ook terug te vinden in sectoren waarin beslissingen normalerwijze op lange termijn worden genomen en relevant zijn voor de verdere levensloop, zoals beslissingen om een bepaalde onderwijsrichting te volgen.

De Raad van State oordeelde in die zin dat wanneer een leerling wordt ingeschreven in het eerste jaar van een graad, de verwachting wordt gewekt "dat het op het ogenblik van de inschrijving bestaande leerplan op zijn minst voor de jaren van die graad ongewijzigd zal blijven. Dit is een verwachting waarop de kinderen en hun ouders in redelijkheid kunnen bouwen (...). Alleen zeer gewichtige redenen zouden een onmiddellijk ingrijpen in de uitgeoefende vrijheid van keuze met betrekking tot het leerplan kunnen rechtvaardigen; bij ontstentenis van dergelijke gewichtige redenen volgt uit de regel dat verkregen situaties in beginsel niet mogen worden aangetast, dat een leerprogramma slechts trapsgewijze, d.i. met directe toepassing alleen op de leerlingen die in het eerste jaar van een graad ingeschreven zijn, mag worden ingevoerd (R.v.St. Verbergt, nr. 22.137, 23 maart 1982).

Ook met toepassing van dit criterium halveerde het Arbitragehof het toelatingsexamen voor de geneeskundige of tandheelkundige opleiding voor het academiejaar 1997-1998: "Bij gebreke van een overgangsmaatregel in het bestreden decreet, zijn de studenten die in 1997 het algemeen secundair onderwijs beëindigen en die één van de richtingen hebben gevolgd waar het programma der vakken van het toelatingsexamen niet of slechts summier werd onderwezen, ernstig benadeeld. Zij kunnen, bij gebreke van de mogelijkheden om in hun laatste jaar van het algemeen secundair onderwijs nog een andere, maar aangepaste richting te volgen, niet op een gelijkwaardige basis deelnemen aan het toelatingsexamen waarin het bestreden decreet voorziet" (Arbitragehof nr. 32/97, 27 mei 1997, *B.S.* 31 mei 1997 en nr. 47/97, 14 juli 1997, *B.S.* 7 augustus 1997).

Voor het volgende jaar kan dat argument niet meer worden aangevoerd, omdat de leerlingen die op het ogenblik van de bekendmaking van het decreet het eerste leerjaar van de derde graad van het algemeen secundair onderwijs hadden aangevat, nog van studierichting konden veranderen en bovendien over meer tijd beschikten om zich op het toelatingsexamen voor te bereiden (Arbitragehof nr. 47/97, 14 juli 1997, *B.S.* 7 augustus 1997).

De Arbeidsrechtbank van Antwerpen tenslotte oordeelde dat de overheid door de invoering van een gunstregime voor studerende werklozen bij hen de verwachting had gewekt dat ze hun studie konden voltooien in dezelfde financiële situatie. Het OCMW mocht daarom niet eisen van personen die onder dat regime hun studie hadden aangevat, dat zij desnoods hun studie maar moesten opgeven om een inkomen te verdienen. Het diende integendeel het bestaansminimum aan hen uit te betalen (Arbrb. Antwerpen, vonnis van 26 mei 1993, van 30 april 1993 en 3 vonnissen van 11 juni 1993, niet gepubliceerd).

298 Dit criterium zal eerder spelen in het nadeel van retroactieve normen, indien deze normen verplichtingen of voorwaarden stellen waaraan het rechtssubject in het verleden had moeten voldoen om in de toekomst de gewenste rechtsgevolgen te bekomen of nadelige rechtsgevolgen te vermijden, zonder dat hem de kans wordt gegeven dit alsnog te doen. De onmogelijkheid de regelgeving uit te voeren, brengt de onmogelijkheid om zich eraan aan te passen met zich mee (over de vereiste dat niet het onmogelijke wordt gevraagd als een beginsel van behoorlijke regelgeving, zie P. POPELIER, *a.w.* 600 e.v. Vgl. ook verder, § 9, nr. 318 e.v.).

§ 3. Criterium van de bijzondere aanwijzingen in de oude norm over zijn duurzaamheid

299 In het eerste deel werd gezien dat de nieuwe norm zelf zijn temporele toepassingsgebied bepaalt op basis van een eigen waardering van de diverse gegevens. De aanwijzingen in de oude norm over zijn duurzaamheid of de onder de oude regeling als “definitief verkregen” erkende rechtssituaties, spelen wel een rol als één van de factoren bij de regeling.

300 Het vertrouwen in het verkrijgen van de onder de oude norm gestelde rechtsgevolgen wordt versterkt wanneer tijdsbepalingen of het bestaan zelf van de norm zijn duurzaamheid bevestigen. Het bestaan zelf van de norm bevestigt zijn duurzaamheid, wanneer deze norm reeds lang is in stand gehouden, zonder of slechts met onbeduidende wijzigingen (zie voor het EG-recht ook T. HEUKELS, *a.w.* 170), of doordat aan de regel in het verleden uitdrukkelijk niet werd geraakt. Een andere hypothese is dat de norm zelf bepaalt dat toekomstige voorschriften voor een bepaalde materie geen terugwerkende kracht zullen hebben of dat de gunstige gevolgen van zijn bepalingen worden gewaarborgd in de toekomst, ongeacht latere wijzigingen.

Artikel 4 § 1 van het Decreet van 15 juni 1994 betreffende de milieubeleidsvereenkomsten bepaalt bv. dat het Gewest, gedurende de geldingstermijn van de overeenkomst, niet door middel van verordenend optreden strengere eisen zal stellen dan de beleidsvereenkomst zelf, tenzij in geval van “dringende noodzakelijkheid” of om te voldoen aan dwingende verplichtingen van internationaalrechtelijke of Europeesrechtelijke aard (*B.S.* 8 juli 1994. Voor voorbeelden uit de fiscale wetgeving, zie A. TIBERGHEN, *a.w.* 109).

Wanneer een termijngebonden regeling de einddatum vaststelt voor de toekenning van een bepaald voordeel, wordt de verwachting opgeroepen dat die periode niet plots wordt ingekort of dat het voordeel niet binnen die termijn wordt afgeschaft.

De hoger geciteerde arresten van de Raad van State over de KS-werknemers (R.v.St. Peeters, nr. 36.552, 28 februari 1991 en R.v.St. Cloostermans, nr. 36.553, 28 februari 1991. Zie boven, nr. 293) en van het Arbitragehof over de financiering van de universiteiten (Arbitragehof nr. 30/96, 15 mei 1996, *B.S.* 6 juni 1996. Zie boven, nr. 292) kunnen ook hier als voorbeeld dienen. Zo ook het tussenvonnis van de Rechtbank van Brussel over het fiscaal stelsel voor reconversievennootschappen (tussenvonnis Rb. Brussel 17 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 257. Zie boven, nr. 292). De in de oorspronkelijke wet bepaalde fiscale vrijstellingen werden voor een periode van tien jaar beloofd, maar nog binnen die periode werden de voordelen verlaagd en de voorwaarden voor het verkrijgen ervan verstrengd.

Omgekeerd wordt rekening gehouden met de mate waarin de begunstigde van een norm met de wijziging ervan moest rekening houden wegens zijn tijdelijke of experimentele aard (zie bv. H.v.J. 13 juni 1978, z. 146/77, *British Beef Company*, *Jur.* 1978, 1347 en Arbitragehof nr. 40/95, 6 juni 1995, *B.S.* 4 augustus 1995. Zie ook T. HEUKELS, *a.w.* 180 e.v.).

301 Dit criterium illustreert het eerder genoemde verband tussen de objectieve rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel. Indien de normen zelf duidelijkheid geven over hun duurzaamheid of wanneer zij in het verleden reeds betrouwbaar zijn gebleken, versterkt dit de argumenten van het rechtssubject. Indien omgekeerd geen objectieve rechtszekerheid is tot stand gekomen, omdat de oorspronkelijke norm geen tijdsaanduidingen bevatte maar wel aan frequente wijzigingen onderhevig werd, dan is het vertrouwen op zijn duurzaamheid slechts een zwak argument.

302 Wanneer een norm niet zelf het vertrouwen op zijn voortbestaan wekt, kan deze verwachting worden gegrond op het gedrag van de overheid, die bv. reeds lange tijd en op consequente wijze een bepaald beleid voert bij de toepassing van deze regel. Ook de formele wetgever kan zo worden gebonden door het bestuurlijke optreden. Een voorwaarde is dat het bestuur, bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid hem toegekend voor de invulling van een onbepaalde wet, een beleid voert dat voldoende vaststaand en voorspelbaar is. De toepassing door het bestuur moet haast een automatisme zijn (zie Arbitragehof nr. 40/95, 6 juni 1995, *B.S.* 4 augustus 1995; nr. 56/95, 12 juli 1995, *B.S.* 29 augustus 1995; nr. 24/96, 27 maart 1996, *B.S.* 26 april 1996). Vertrouwen kan ook worden geput uit individuele, schriftelijke toezeggingen dat de regel op een bepaalde wijze zal worden toegepast (Arbitragehof nr. 40/95, 6 juni 1995, *B.S.* 4 augustus 1995). Het kan eveneens worden geput uit een bestuursregelgevend kader dat door het bestuur wordt toegepast en niet zonder meer door de wetgever kan worden gewijzigd (Arbitragehof nr. 56/95, 12 juli 1995, *B.S.* 29 augustus 1995 en nr. 24/96, 27 maart 1996, *B.S.* 26 april 1996).

Het Hof van Justitie is daarentegen niet snel geneigd de binding van de Europees-rechtelijke normsteller te aanvaarden op grond van het overheidsoptreden van nationale autoriteiten (vb. H.v.J. 15 februari 1996, z. 63/93, *Duff e.a.*, *Jur.* 1996, I-

608). Allicht speelt daar de zorg voor een eenvormige toepassing van het EG-recht in de verschillende lidstaten een rol.

303 Ook de aard van een norm in een bepaalde rechtstak zou een rol kunnen spelen, in zoverre die het principieel toepasselijk regime van overgangsrecht specificceert. Dat zou kunnen verantwoorden dat bij retroactieve normen eerder een vermoeden ten voordele van het rechtssubject speelt (vgl. ook T. HEUKELS, *a.w.* 277) en dat bij normen met onmiddellijke werking, eerder een vermoeden speelt dat het algemeen belang opweegt tegen een schending van het vertrouwen. Het principe dat de wet een eerbiedigende werking heeft ten aanzien van lopende overeenkomsten, vormt dan een versterkende factor voor de beschermenswaardigheid van het vertrouwen op het voortbestaan van de geldende regels voor deze overeenkomsten. De stelling van LEWALLE (*a.w.* 401), dat de niet-eerbiediging van lopende overeenkomsten door een bestuurlijke akte steeds onrechtmatig is, lijkt echter niet te worden gevolgd door de Raad van State (vgl. R.v.St. Belgoposter, nr. 41.567, 14 januari 1993).

304 Ook de leer van de “verkregen rechten” kan hierin worden gepast, zij het gereduceerd tot één van de factoren in de afweging, waarbij de onder het oude recht ontstane rechtsbetrekkingen in aanmerking worden genomen. Bepalend voor de invloed op de beoordeling van de temporele functie van de nieuwe norm is de mate waarin de rechtsverhoudingen door de oude norm als “voltrokken” werden beschouwd. Personen kunnen dan “legitieme verwachtingen” koesteren op grond van vóór de inwerkingtreding van de nieuwe norm “verkregen rechten” (Arbitragehof nr. 25/98, 10 maart 1998, *B.S.* 7 april 1998).

Een toepassing daarvan is te vinden in de wijze waarop het Arbitragehof formele wetgeving beoordeelt die een individuele rechtspositie wijzigt omdat een eigenlijke intrekking of opheffing van het besluit dat deze rechtspositie vestigde, volgens het schema van de Raad van State niet meer mogelijk was.

De (on)regelmatigheid van het besluit is daarbij een zwaarwegende factor. De wet wordt eerder aanvaard wanneer ze slechts ertoe strekt de geldende regels te doen eerbiedigen. Een aantasting van individuele rechtsposities wordt minder snel aanvaard wanneer met het oog op een aanpassing van de algehele regeling aan nieuwe doelstellingen en beleidslijnen, met terugwerkende kracht rechten worden aangetast die op regelmatige wijze werden verkregen.

De wet kan een einde maken aan het benoemingsbesluit dat met miskennis van de geldende voorrangregels werd uitgevaardigd en volgens de jurisprudentie van de Raad van State niet meer kan worden ingetrokken of opgeheven (Arbitragehof nr. 7/96, 18 januari 1996, *B.S.* 28 februari 1996). Ter motivering van het oordeel dat ook de decreetgever dit kan doen zonder de federale bevoegdheid voor de samenstelling, bevoegdheden en werking van de Raad van State te miskennen, merkt het Hof op dat daardoor de termijnregeling voor het instellen van een annulatieberoep bij de Raad van State niet wordt gewijzigd (*t.a.p.* Hierover kritisch M. VAN DAMME “Zijn er nog grenzen aan de intrekbaarheid van bestuurshandelingen?”, *a.w.* 323-326).

Een herstel van de wettigheid is in het bijzonder geoorloofd wanneer het wordt gemotiveerd door de doelstelling een einde te maken aan de onzekerheid over de rechtspositie van de personen wier benoeming ter discussie was gesteld door het Rekenhof (Arbitragehof nr. 82/96, 18 december 1996,

B.S. 13 februari 1997).

De gevolgen van de bepaling die met een retroactiviteit van acht jaar de pensioenrechten van een categorie van gerechtigden aantast zijn *in casu* niet evenredig met de doelstelling de gelijkschakeling tussen rustpensioenen en overlevingspensioenen te realiseren (Arbitragehof nr. 7/97, 19 februari 1997, B.S. 28 maart 1997).

§ 4. Criterium van de juridische context

305 Dit criterium gaat na in hoeverre een wijziging in de regelgeving voorzienbaar was omdat ze past in een coherent geheel van regelgeving, of in hoeverre ze noodzakelijk is voor de consequente doorvoering van een hervorming. De juridische context kan ook worden gevormd door hogere regelgeving. Europese regelgeving kan bv. de nationale overheid ertoe verplichten de interne regelgeving te wijzigen.

306 Coherente wijzigingen in de regelgeving schenden minder snel het vertrouwensbeginsel. Ook hier blijkt het onderling verband tussen objectieve rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel. Duidelijkheid over de objectieven van regelgeving maakt bepaalde wijzigingen voorspelbaar; wijzigingen die hiermee niet coherent zijn zullen eerder het vertrouwensbeginsel schenden.

De rechtspraak lijkt echter eerder aan te nemen dat een nieuwe norm kon worden verwacht binnen het coherent raam van het rechtssysteem of van het gevoerde beleid, dan dat, omgekeerd, een nieuwe norm strijdig wordt geacht met het vertrouwensbeginsel omdat het niet past binnen dat bestaande, coherente raam (zie P. POPELIER, *a.w.* 324).

Wijzigingen zijn voorspelbaar, wanneer zij stelselmatig en in dezelfde zin worden doorgevoerd voor de betrokken of aanverwante gevallen. De overheid kan hierbij een strategie van geleidelijkheid aannemen om ervaringen op te doen (vb. H.v.J. 12 maart 1986, z. 10/85, Milac, *Jur.* 1986, 1027).

De coherentie van de wijziging met het basisprincipe dat aan de regeling in de betrokken materie ten grondslag ligt – bv. het principe dat “de vervuiler betaalt” – bevordert de voorspelbaarheid van toekomstige regelgeving (vb. Arbitragehof nr. 59/92, 8 oktober 1992, B.S. 28 oktober 1992).

Ook zogenaamde “stand-still-bepalingen” kunnen het vertrouwen wekken dat nieuwe normen de bestaande rechtsregels eventueel in de ene, maar zeker niet in de andere zin zullen wijzigen.

Zo volgt uit artikel 13 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, dat naast de verwezenlijking van kosteloos lager onderwijs, de overheid ook passende maatregelen moet nemen om tot een geleidelijke invoering van kosteloos middelbaar en hoger onderwijs te komen. De overheid mag geen maatregelen nemen die ingaan tegen de doelstelling van de geleidelijke invoering van gelijke toegankelijkheid van het hoger onderwijs voor eenieder op basis van bekwaamheid, rekening houdend met de economische mogelijkheden en de situatie van de overheidsfinanciën. Een stijging van de kostprijs moet in verhouding staan met het verloop van de kosten van levensonderhoud en van het nationaal product en de evolutie van het gemiddeld inkomen per inwoner (Arbitragehof nr. 33/92, 7 mei 1992, B.S. 4 juni 1992. Zie K. DE FEYTER, “De rechtstreekse werking van art. 13 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten”, *T.O.R.B.* 1992-93, 249-252).

307 Bij wijzigingen die passen in de doelstellingen van een hervorming vormt

het vertrouwensbeginsel slechts een zwak argument tegenover het democratisch principe dat de wetgever bevoegd maakt om het beleid te bepalen en hervormingen door te voeren.

De opheffing met terugwerkende kracht van de statutaire verplichting tot vacantverklaring met het oog op de toewijzing bij wege van bevordering, is verantwoord door de vaststelling dat de onverminderde toepassing van die bepaling niet bestaanbaar was met het fundamentele en vernieuwende karakter van de onderwijshervorming (Arbitragehof nr. 30/95, 4 april 1995, *B.S.* 19 mei 1995).

Het gelijkheidsbeginsel kan zelfs vereisen dat een bepaalde norm wordt gewijzigd, precies om coherent te blijven met een globale hervorming (zie boven, nr. 210 en de verwijzing naar Arbitragehof nr. 35/93, 6 mei 1993, *B.S.* 2 juni 1993).

§ 5. Criterium van de externe omstandigheden

308 Dit criterium gaat na of de begunstigde van een norm vanaf een bepaald ogenblik met de wijziging ervan moest rekening houden door aan die norm externe omstandigheden. Deze externe omstandigheden kunnen bestaan in een maatschappelijke of politieke discussie, waaruit blijkt dat de norm reeds lang omstreden was, in een evolutie van de maatschappelijke omstandigheden die tot het aannemen van de norm hadden geïnspireerd of in de vaststelling, na een evaluatie van de norm, dat de norm volgens zijn huidige werking het gewenste doel niet kan bereiken of dat hij ongewenste neveneffecten teweegbrengt.

Dat past in het relatieve karakter dat aan het rechtszekerheidsbeginsel werd toegekend. Ook de normsteller treedt op in een essentieel onzekere omgeving, waarin weinig gevolgen op lange termijn met zekerheid kunnen worden voorzien.

De rechter die op grond van deze factor het beroep op het vertrouwensbeginsel afwijst, zou evenwel moeten rekening houden met de daadwerkelijke graad van onzekerheid waarin de normsteller optreedt. De motivering die verwijst naar de sociaal-politiek bedenkelijke neveneffecten van een regeling om een wijziging van de rechtsregel te rechtvaardigen, is niet afdoende wanneer de eigenlijke doelstellingen van deze regeling nooit werden verhelderd of wanneer deze neveneffecten juist van in den beginne reeds aan de regelgever bekend behoorden te zijn. Van de normsteller wordt een zorgvuldige besluitvorming verwacht, gesteund op pre-legislatieve evaluaties (zie P. POPELIER, *a.w.* 351 e.v. en 612 e.v.). Voor de uitvoerende macht is dit zorgvuldigheidsbeginsel erkend als een beginsel van behoorlijk bestuur (hierover W. LAMBRECHTS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel", *a.w.* 27-50).

309 Een persoon moet dus maatregelen voorzien als gevolg van gewijzigde of abnormale toestanden. Van hem wordt verwacht dat hij de sociaal-economische context en de politieke discussies volgt en daaruit beleidsconsequenties trekt. Met name het Hof van Justitie is veeleisend voor de ondernemer wanneer het gaat om wijzigingen in de Europese regelgeving die zijn geïnspireerd door evoluties in de economische context van die bepaalde bedrijfstak.

Voorbeelden: een ontwikkeling waarin de stijgende prijstendens van aardappelen en de abnormale exporten naar derde landen elkaar onderling stimuleren (H.v.J. 1 februari 1978, z. 78/77, Lührs, *Jur.* 1978, 169. Hierover T. HEUKELS, *a.w.* 187 e.v.); de evolutie in de visserijsector, die wordt gekenmerkt door instabiliteit en voortdurende wijzigingen van de situatie als gevolg van een reeks gebeurtenissen (H.v.J. 14 december 1989, z. 3/78, The Queen/Ministry of agriculture, fisheries and food, *Jur.* 1989, 4459); belangrijke wijzigingen van de monetaire situatie (H.v.J. 25 januari 1979, z. 98/78, Racke, *Jur.* 1979, 69 en z. 99/87, Decker, *Jur.* 1979, 101, H.v.J. 20 mei 1981, z. 152/80, Debayser/Firs, *Jur.* 1981, 1291).

Dat geldt in het bijzonder voor regelingen die uit hun aard afhangen van wijzigende economische of conjunctuurpolitieke overwegingen of die uit hun aard flexibel zijn, zoals belastingen en subsidieregelingen (zie ook K. MORTELMANS, *a.w.* 602 e.v. en E. SHARPSTON, *a.w.* 118 e.v. en de voorbeelden daar). De instabiliteit die inherent is aan bepaalde, sociaal-economische situaties, brengt een grote beoordelingsbevoegdheid mee voor de overheid, die zijn maatregelen hieraan dient aan te passen.

In het bijzonder op het gebied als dat van de gemeenschappelijke marktordeningen, waarvan de doelstellingen meebrengen dat zij voortdurend worden aangepast aan wijzigingen in de economische situatie, kunnen ondernemers geen vertrouwen hebben in het voortbestaan van een situatie die door beslissingen van de gemeenschapsinstellingen in het kader van hun beoordelingsbevoegdheid kan worden gewijzigd (o.m. H.v.J. 17 juni 1987, gev.z. 242 en 425/85, Frico, *Jur.* 1987, 2755; 14 juli 1994, z. 353/92, Griekenland/Raad, *Jur.* 1994, 1-3411; 5 oktober 1994, gev.z. 133, 300 en 362/93, Crispoltoni, *Jur.* 1994, 1-4863 en 15 februari 1996, z. 63/93, Duff e.a., *Jur.* 1996, 1-607).

310 Dit criterium speelt nog sterker wanneer de overheid het rechtssubject heeft gewezen op bepaalde evoluties of op inzichten over de werking van de oude norm, en om die reden wijzigingen in de regelgeving heeft aangekondigd. Het gaat dan zowel om formele aankondigingen, door de uitvoerende macht, in pers en Belgisch Staatsblad, van neergelegde ontwerpen van regelgeving, als om publieke toezeggingen en beloftes.

De mate waarin aankondigingen de beschermenswaardigheid van het vertrouwen kunnen beperken, hangt af van onder meer de bron van deze aankondiging en van het tijdstip waarop ze geschiedt (hierover uitgebreid P. POPELIER, *a.w.* 585 e.v.). Het argument geldt ook maar voor zover de terugwerking niet verder gaat dan het ogenblik van de aankondiging (M. DASSESSE, P. MINNE en R. FORESTINI, *Droit fiscal*, Brussel, Bruylant, 1996, 69).

Omgekeerd kan een aankondiging juist de beschermenswaardige verwachting scheppen, niet dat een bestaande rechtssituatie behouden blijft, maar juist dat zij zal wijzigen.

Een toepassing is terug te vinden in een arrest van de Raad van State van 18 september 1984. Het betrof daarin niet een formele aankondiging, maar uit de politieke context en verklaringen van beleidsvoerders werd wel de aankondiging afgeleid van een toekomstige regularisatie van bepaalde rechtsposities.

De verzoeker kon, aldus de Raad van State, met reden laten gelden dat het van algemene bekendheid was dat door meerdere beleidsvoerders, verantwoordelijk voor het cultuurbeleid, publiekelijk was toegezegd de toestand van de docenten Nederlands aan buitenlandse universiteiten te zullen 'regulariseren' – d.i. een aangepast statuut voor hen uit te werken –, wat bij de betrokkenen alleszins

verwachtingen heeft gewekt, waarop zij allicht meenden in redelijkheid te mogen bouwen.

De Raad stelt derhalve vast dat de overheid ten aanzien van die docenten Nederlands een "onaangepast beleid" heeft gevoerd. Hij kan er evenwel niet toe komen te besluiten dat duidelijke verordenende bepalingen kunnen worden opzijgezet door ministeriële toezeggingen of beloftes van beleidsvoerders, al dan niet op losse gronden gedaan. Dat onaanangepast overheidsbeleid had volgens de Raad wel het voorwerp kunnen uitmaken van een vordering tot herstelvergoeding wegens buitengewone schade veroorzaakt door rechtmatig overheidsoptreden (R.v.St. Thijs, nr. 24.651, 18 september 1984).

§ 6. Criterium van de onduidelijke rechtstoestand

311 Volgens dit criterium is het vertrouwen op een norm die wordt gewijzigd weinig beschermenswaardig wanneer hij onduidelijk of verward was. Ook hieruit blijkt dat de kracht van het vertrouwensbeginsel afhankelijk is van een op voorhand bestaande objectieve rechtszekerheid. Het wordt vergeefs ingeroepen, wanneer de aanvankelijke rechtssituatie niet reeds voldoende toegankelijk en betrouwbaar was.

312 In de hypothese van een onduidelijke rechtssituatie, is het argument van het vertrouwensbeginsel slechts zwak omdat uit de oorspronkelijke normstelling geen duidelijke rechtsgevolgen konden worden gehaald op het realiseren waarvan kon worden vertrouwd.

Het gaat dan om interpretatieve normen, maar ook om andere normen die duidelijkheid scheppen in een situatie die voorheen niet door normen, maar bv. op jurisprudentiële wijze of krachtens gewoonterecht was geregeld. Alleszins dient de vorige situatie zo onduidelijk te zijn geweest of dergelijke leemten te hebben vertoond, dat de nieuwe norm als het ware de oude, chaotische toestand "opruimt" en een duidelijke regeling in de plaats stelt.

HIJMANS VAN DEN BERGH (*a.w.* 16) en ROUBIER (*a.w.* 247) grijpen dit precies aan als argument tegen de leer volgens dewelke een interpretatieve wet slechts in schijn retroactief zou zijn.

Men kan om de duidelijkheid te herstellen ook correcties uitvoeren wanneer een materiële fout niet onopgemerkt kan blijven. Een persoon mag er niet op vertrouwen dat een evidente fout in een wettelijke regel zou behouden blijven (bv. H.v.J. 20 juni 1991, z. 248/89, Cargill, *Jur.* 1991, 2987 en z. 365/89, Cargill, *Jur.* 1991, 2045; eveneens T. HEUKELS, *a.w.* 184 en E. SHARPSTON, *a.w.* 156). De rechtszekerheid zou er juist mee gediend zijn dat retroactief een einde wordt gemaakt aan een technische anomalie in de regelgeving, aldus VAN DAMME ("Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel", *a.w.* 126).

313 Onduidelijkheid kan ook bestaan over de wettigheid van de norm. In dat geval kan de wetgever tussenkomen om, eventueel met terugwerkende kracht, op eenduidige wijze de geldigheid ervan te bevestigen. Niet zelden roept de overheid bij de beoordeling door het Arbitragehof van een legislatieve validatie juist het "herstel van de rechtszekerheid" als rechtvaardiging in (zie over de beoordeling van legislatieve validaties boven, hoofdstuk I, afdeling IV).

Bij arrest van het Arbeidshof te Brussel werd het KB van 22 maart 1989 onwettig verklaard omdat

het een discriminerend stelsel van terugbetaling invoerde. De IIIde kamer van de Raad van State verwierp daarentegen bij arrest nr. 36.414 van 8 februari 1991 het beroep tegen datzelfde besluit en bevond alle middelen ongegrond, zowel de middelen waarin vormgebreken werden aangevoerd als die waarin inhoudelijke bezwaren werden geformuleerd, met inbegrip van de middelen gesteund op de schending van het gelijkheidsbeginsel. De wetgever heeft dus terecht geoordeeld dat de rechtszekerheid in het gedrang kwam door het naast elkaar bestaan van uiteenlopende beoordeling van de rechtsgeldigheid van eenzelfde regeling (Arbitragehof nr. 84/93, 7 december 1993, *B.S.* 28 december 1993 en nr. 5/94, 20 januari 1994, *B.S.* 10 februari 1994. Kritisch: H. SIMONART en J. SALMON, "Les validations legislatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage", *J.T.* 1994, 207).

§ 7. Criterium van de ongeldige norm

314 Wanneer een norm inderdaad ongeldig blijkt, wordt een afweging gemaakt tussen het rechtszekerheids- en het legaliteitsbeginsel. Enerzijds geldt het principe dat een persoon op de rechtmatigheid van de geldende normen moet kunnen vertrouwen; anderzijds weegt het belang in het herstel van de (grond)wettige toestand.

Wanneer op eenduidige wijze door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is vastgesteld dat een rechtsregel strijdig is met het EVRM, doet een nieuwe regeling die de grondwettige toestand herstelt met terugwerkende kracht tot aan die uitspraak, geen overdreven afbreuk aan de rechtszekerheid. Integendeel, het niet toekennen van retroactiviteit aan de rechtsregel die een als discriminerend veroordeelde norm vervangt, kan zelf strijdig zijn met het gelijkheidsbeginsel (Arbitragehof nr. 83/93, 1 december 1993, *B.S.* 2 maart 1994. Vgl. ook de arresten van het H.v.J. van 30 september 1982, z. 108/81, *Amylum*, *Jur.* 1982, 3107, z. 110/81, *Roquette frères*, *Jur.* 1982, 3159 en z. 114/81, *Tunnel Refineries*, *Jur.* 1982, 3189; zie ook T. HEUKELS, *a.w.* 279-280).

315 De Raad van State heeft deze afweging *a priori* doorgevoerd en in een schema vastgelegd dat wordt toegepast bij de beoordeling van intrekings- of opheffingsbesluiten (zie boven, afdeling I). Bij de beoordeling van formele wetgeving die een individuele rechtspositie wijzigt omdat een eigenlijke intrekking of opheffing van het besluit niet meer kon volgens het schema van de Raad van State, volgt het Arbitragehof dit schema niet, maar voert het een concrete belangenafweging door. Ook daar bleek de regelmatigheid of onregelmatigheid van het besluit een zwaarwegende factor (zie boven, nr. 304).

§ 8. Criterium van het declaratief karakter

316 Dit criterium onderzoekt het vernieuwend karakter van de norm. Wanneer de nieuwe norm slechts herhaalt wat reeds voordien volgde uit de oorspronkelijke, gewijzigde of gecodificeerde norm, slechts de bestuurlijke praktijk of de eigenlijke realiteit bevestigt, of slechts de rechtstoestand herstelt die tot een jurisprudentiële ommekeer de algemene rechtsopvatting was, dan is er niet werkelijk sprake van een wijziging in de voorheen geldende rechtssituatie.

Ook al zou een maatregel op zich niet meer verantwoord zijn wegens het verdwijnen van zijn hoofddoelstelling, dan nog kan men niet stellen dat de tijdelijke officieren te kort is gedaan in hun legitieme verwachtingen door het behoud, bij wijze van overgangsmaatregelen, van deze maatregel, die altijd op hen van toepassing is geweest en een element van hun statuut was (Arbitragehof nr. 6/98, 21 januari 1998, *B.S.* 4 april 1998).

Zo nam het Arbitragehof ook, bij de beoordeling van wetgeving die een aansprakelijkheidsbeperking voor loodsen invoerde met dertig jaar terugwerking, mee in overweging dat deze aansprakelijkheid gold in de rechtspraak en rechtsleer tot aan de plotse jurisprudentiële ommekeer door het Hof van Cassatie in 1983 (Arbitragehof nr. 25/90, 5 juli 1990, *B.S.* 6 oktober 1990 en nr. 36/90, 22 november 1990, *B.S.* 28 december 1990. Zie ook N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *a.w.* 988 e.v. en J. VAN DE VELDE, "De ommekeer van de rechtspraak inzake de aansprakelijkheid voor de fouten van de loods, in het licht van enkele vergeten verdragen", *T.P.R.* 1992, 1133-1178, i.h.b. 1172).

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat dezelfde wetgeving beoordeelde in het licht van artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM, was het hiermee niet eens, omdat het vond dat het arrest van het Hof van Cassatie niet onvoorzienbaar was en dus zelf geen afbreuk had gedaan aan de rechtszekerheid (Eur. Hof nv Pressos Companid Naviera e.a., 20 november 1995, *Publ.C.E.D.H.* reeks A, nr. 322. Zie evenwel de afwijkende mening van rechter Thor Vilhjamsson).

317 Dit criterium speelt onder meer bij legislatieve validaties, die daarom, hoewel ze gewoonlijk gepaard gaan met retroactiviteit, eerder worden beoordeeld vanuit het perspectief van de rechtsbescherming van het rechtssubject (zie boven, hoofdstuk I, afdeling IV, nr. 213 e.v.).

Ook de bekrachtiging bij KB van een collectieve arbeidsovereenkomst met terugwerking tot aan de inwerkingtreding van deze CAO kan in dit licht worden beoordeeld, althans ten aanzien van de personen op wie deze overeenkomst reeds van toepassing was. Hetzelfde geldt voor de omzetting van een beleidsovereenkomst in regelgeving. PEETERS (*a.w.* 56-57) wijst erop dat de omzetting in regelgeving gevolgen heeft voor het regime van sanctieringen en voor de geldingsduur, maar dat er inhoudelijk niets verandert voor de contractspartijen en de verbonden ondernemingen.

Dit speelt eveneens bij retroactieve regularisaties van vroegere normen, die wegens de schending van wezenlijke vormvoorwaarden werden vernietigd, voor zover die normen inhoudelijk rechtmatig waren (zie o.m. R.v.St. cv "Le logis", nr. 11.333, 25 juni 1965; Arbitragehof nr. 67/92, 12 november 1992, *B.S.* 8 december 1992; H.v.J. 13 november 1990, z. 331/88, Fedesa e.a., Jur. , 1990, 4023. Zie ook T. HEUKELS, *a.w.* 269 e.v. en P. LEWALLE, *a.w.* 249 e.v.).

De Raad van State stelt hiervoor strenge voorwaarden aan het bestuur. De retroactiviteit moet noodzakelijk zijn voor de goede werking of continuïteit van de dienst, moet gebeuren in overeenstemming met de juridische oorzaak van het vernietigingsarrest, en mag geen afbreuk doen aan verkregen rechten. In sommige arresten (bv. R.v.St. Orfinger nr. 62.920, 5 november 1996) laat de Raad van State het criterium van de verkregen rechten achterwege, maar slechts nadat reeds was vastgesteld dat over de eerbiediging van verkregen rechten geen discussie bestond. Die restrictieve voorwaarden zijn des te dwingender wanneer het om een besluit met algemene strekking gaat (R.v.St. De Rijck, nr. 28.466, 17 september 1987). Belangrijk daarbij is de problematiek van de gevolgen die de vernietiging van het reglement had op de daarop steunende individuele beslissingen. Wanneer deze laatste blijven bestaan, kunnen zij retroactief een nieuwe rechtsgrond krijgen (zie R.v.St. Sas, nr. 52.130, 8 maart 1995).

Het Arbitragehof laat het criterium van de verkregen rechten achterwege (Arbitragehof nr. 31/95, 4 april 1995, *B.S.* 16 mei 1995 en nr. 45/95, 6 juni 1995, *B.S.* 5

augustus 1995. Het Hof oordeelde bij wege van exceptie over de wettigheid van een KB. Vgl. ook Arbitragehof nr. 87/95, 21 december 1995, *B.S.* 23 januari 1996).

§ 9. Criterium van de uitvoerbare normstelling

318 De vereiste dat normen ook uitvoerbaar zijn en met name niet het onmogelijke vragen, kan worden geformuleerd als een beginsel van behoorlijke regelgeving (zie P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak", *a.w.* 1089 e.v. en *a.w.* 600 e.v.). Deze vereiste kan ook betrekking hebben op de temporele werking van een norm.

Ze kan met name een overgangsregeling vereisen, wanneer de rechtssubjecten enige tijd nodig hebben om de norm te kunnen naleven of uitvoeren. Dat is een argument dat ook reeds bij het tweede criterium van de "investeringschade" meespeelde. In deze hypothese is echter nog geen sprake van een investering. De persoon, die gebruik wil maken van de handelingsmogelijkheden die de norm in principe biedt, kan dat niet, omdat diezelfde norm tegelijk een te korte temporele werking heeft of omdat hij voor het bekomen of juist vermijden van een rechtsgevolg een voorwaarde stelt die in het verleden had moeten worden vervuld.

Een producent kan niet worden verweten dat hij in het verleden geen aanvraag heeft ingediend om een referentiehoeveelheid toegekend te krijgen, waarop hij krachtens de toen geldende gemeenschapsregeling geen recht had (H.v.J. 21 maart 1991, z. 314/89, Rauh, *Jur.* 1993, 1647).

Een bediende die voor de periode 1956 tot 1964 regelmatig als werkzoekende was ingeschreven, maar geen werkloosheidsuitkering kreeg omdat hij zich niet aan de dagelijkse werklozencontrole onderwierp, had volgens de toen geldende regeling nog wel recht op pensioen voor deze jaren van werkloosheid. Vanaf 1 januari 1965 trad een nieuwe regelgeving in werking, die voor de gelijkstelling van een periode van werkloosheid met een periode van werkelijke arbeid, vereiste dat in het verleden uitkeringen werden ontvangen.

Deze regeling had onmiddellijke werking, met als aanknopingspunt het ogenblik waarop het pensioen ingaat (voor dit uitgangspunt, zie R.v.St. ONPTS, nr. 14.368, 26 november 1970; hierover P. LEWALLE, *a.w.* 201-202). De Hoge Commissie voor pensioenen, die optrad als administratief beroepsorgaan, achtte de nieuwe regeling niettemin strijdig met het rechtszekerheidsbeginsel. Een werknemer zou immers worden verweten zich nauwgezet te hebben gedragen naar de wettelijke regels die golden op het tijdstip waarop hij werkloos was geworden; de overheid zou hem uiteindelijk "verwijten niet over het vermogen te beschikken om te raden, hoe hij van te voren moest voldaan hebben aan de voorwaarden die een hypothetische toekomstige wetgeving zou stellen".

De Raad van State viel echter terug op het strenge concept van verkregen rechten en betoogde dat de nieuwe regeling rechtmatig was, want "het verleden niet veranderde" en geen afbreuk deed aan verkregen rechten (R.v.St. Nationale Kas voor bediendenpensioenen, nr. 12.464, 15 juni 1967. Zie hierover ook P. LEWALLE, *a.w.* 191 e.v.).

319 Dit criterium speelt ook bij overgangsstelsels, die slechts gedurende een korte periode gelden. Niet zozeer de temporele functie van de norm wordt dan beoordeeld, maar wel de beperking van de periode waarin een bepaling uitwerking heeft of waarin van het in die norm neergelegd regime kan worden gebruik gemaakt.

Aan het Arbitragehof werd een decreet voorgelegd dat in zijn artikel 86 de keuzemogelijkheid bood aan de vast benoemde leden van de inspectie om hetzij op hun verzoek en met instemming van de inrichtende macht over te gaan naar de pedagogische begeleidingsdiensten, hetzij ambtshalve over

te gaan naar de nieuwe inspectie in een overeenstemmend ambt. Het verzoek om over te gaan naar de pedagogische begeleidingsdienst moest worden ingediend uiterlijk op 1 augustus 1991. Het Arbitragehof stelde dat “om een effectieve mogelijkheid te bieden aan de personeelsleden van de oude inspectie om over te gaan naar de pedagogische begeleidingsdiensten, bedoelde bepaling in werking (moest) treden op een redelijk tijdstip voor de uiterste datum waarop de keuze van het lid, samen met het akkoord van de betrokken inrichtende macht, moest worden medegedeeld, derhalve op een redelijk tijdstip voor 1 augustus 1991”. Het stelde vast dat het decreet werd bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 31 augustus 1991 en in werking trad op 1 september 1991, zodat van die keuzemogelijkheid geen gebruik kon worden gemaakt (Arbitragehof nr. 32/93, 22 april 1993, *B.S.* 20 mei 1993).

Het Arbitragehof is echter minder goed te volgen in zijn redenering dat daarom artikel 86 in samenhang met de bepaling die de datum aangeeft waarop het decreet in werking treedt, onrechtmatig is. Ingevolge een “materiële vergissing”, te wijten aan een hernummering van het ontwerp in de loop van de parlementaire procedure, werd de inwerkingtreding van het artikel 86 zonder meer bepaald op 1 september 1991, terwijl het eigenlijk de bedoeling was aan dit artikel uitwerking te geven met ingang van 1 juli 1991. Een norm kan niet eerder in werking treden dan de dag van zijn bekendmaking. Een retroactiviteit tot 1 juli 1991 zou echter evenmin de kans hebben gegeven aan de personeelsleden van de oude inspectie om hun keuze te maken. Dan zou immers evengoed van hen worden verwacht om in het verleden een verzoek te hebben ingediend, terwijl zij van de mogelijkheid en rechtsgevolgen daarvan slechts in kennis worden gesteld op een ogenblik waarop de uiterste datum voor de indiening reeds is verstreken. Niet het moment van inwerkingtreding van artikel 86 van het Decreet, noch het gebrek aan retroactieve uitwerking, is onrechtmatig, maar wel het tijdstip dat wordt gesteld als uiterste datum voor indiening van het verzoek.

§ 10. Criterium van het algemeen belang

320 Ten slotte kan de rechter van oordeel zijn dat het algemeen belang in de wijziging dermate groot is dat het zelfs tegen een beschermenswaardig vertrouwen opweegt.

Volgens de technieken van het gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel, ligt dit algemeen belang reeds besloten in het legitieme doel waarvoor men een norm stelt en in het licht waarvan de proportionaliteit van de norm wordt beoordeeld, rekening houdend met de persoonlijke en algemene belangen van alle betrokkenen. Vooral het argument van de goede werking van de openbare dienst (vb. Arbitragehof nr. 64/97, 6 november 1997, *B.S.* 17 januari 1998 en nr. 3/98, 14 januari 1998, *B.S.* 14 februari 1998 en de rechtspraak van de Raad van State ivm. retroactieve herstelmaatregelen) evenals budgettaire argumenten (bv. Arbitragehof nr. 25/90, 5 juli 1990, *B.S.* 6 oktober 1990; nr. 36/90, 22 november 1990, *B.S.* 28 december 1990; nr. 67/92, 12 november 1992, *B.S.* 8 december 1992) worden aanvaard als rechtvaardiging van retroactieve normen.

Eerder werd reeds opgemerkt dat bij normen met onmiddellijke werking het algemeen belang wordt vermoed op te wegen tegen het vertrouwen in het voortbestaan van de vorige norm, terwijl omgekeerd bij retroactieve normen het vermoeden in het voordeel van het rechtssubject speelt.

321 Ook bij dit criterium wordt het rechtszekerheidsbeginsel afgewogen tegen het democratisch principe, volgens hetwelk de normsteller handelingen kan stellen in het algemeen belang. De essentie van de normgevende bevoegdheid is juist dat normen kunnen worden gewijzigd.

Het "algemeen belang" is echter een onbepaalde term, die al gauw kan worden ingeroepen om aan een werkelijke afweging of motivering te ontsnappen.

De rechter zou dit criterium daarom maar mogen invoeren, wanneer andere argumenten uitgeput zijn. Een beroep op het "algemeen belang" als beslissend criterium is dan mogelijk indien een afweging van de andere argumenten niet een eenduidige oplossing geeft in het voordeel van de normsteller dan wel van het rechtssubject. Naarmate echter de argumenten die wijzen op een beschermenswaardig vertrouwen sterker worden, kan de weegschaal slechts in de andere richting doorslaan wanneer de verwijzing naar het algemeen belang concreter wordt ingevuld en krachtiger wordt onderbouwd.

In de praktijk is de rechterlijke motivering nochtans zelden zo uitvoerig.

HOOFDSTUK III

GEVOLGEN VAN DE TOETSING

322 De kritische beoordeling van een temporele functie kan verschillende gevolgen met zich meebrengen. Deze gevolgen hangen af van de bevoegdheid van de rechter en van zijn beoordelingsperspectief. Een toetsing van de temporele functie kan ook gevolgen meebrengen die niet rechtstreeks een uitspraak doen over de rechtmatigheid van de norm.

AFDELING I

FASTSTELLING VAN DE ONRECHTMATIGHEID VAN DE NORM ZONDER GEVOLGEN

323 De gewone rechter, die in principe niet bevoegd is om een formele wet te toetsen, gaat soms toch tot een beoordeling over, zonder evenwel aan de vaststelling van een onrechtmatigheid enige gevolgen te kunnen hechten (zie over de mogelijke intensiteit van de juridische beoordeling van regelgeving K. RIMANQUE, *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 17-18).

De Rechtbank van Brussel bv. stelde vast dat de formele wetgever, door de frequente inperkingen – met onmiddellijke werking – van het fiscaal gunstregime voor reconversievenootschappen, het rechtszekerheidsbeginsel had geschonden en door deze fout schade had veroorzaakt, maar kon daaraan geen veroordeling tot schadevergoeding vastkoppelen (tussenvonnissen Rb. Brussel 17 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 257).

De vaststelling van een onrechtmatigheid zonder daaraan gevolgen te kunnen hechten, laat een onbevredigend gevoel achter. De rechter eigent zich die bevoegdheid dan ook gewoonlijk toe om wetgeving te bevestigen door de vaststelling dat ze niet onrechtmatig is. Indien hij toch een onrechtmatigheid vaststelt, zal hij eerder geneigd zijn om toch een kapstok te vinden waaronder hij de wet wél kan toetsen. In het geval van de Rechtbank van Brussel, werd de vaststelling van een fout aangegrepen om een principe-vonnissen te kunnen uitspreken over de mogelijkheid om de Belgische Staat aansprakelijk te stellen voor het wetgevend handelen. Vervolgens werd artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM ingeroepen als kapstok om deze aansprakelijkheid daadwerkelijk te kunnen vastleggen, en werden de debatten heropend om de partijen in staat te stellen hun conclusies in dat licht neer te leggen.

324 Ook het Arbitragehof kan de onrechtmatigheid van een norm vaststellen, zonder daaraan meteen consequenties te kunnen vasthechten, met name wanneer het uitspraak doet bij prejudiciële uitspraak. De consequenties dienen dan wel door de rechter, die de vraag had gesteld, te worden getrokken, met name door de niet-toepassing van de wet in de voorliggende zaak (art. 28 Bijz. W. Arbitragehof). Een ander gevolg is de heropening voor de ministerraad of voor de regering van een

Gemeenschap of Gewest van de beroepstermijn tot vernietiging van de wet (art. 4, 2° Bijz. W. Arbitragehof).

Moelijker is het om precieze gevolgen te hechten aan een prejudicieel arrest waarbij het Arbitragehof vaststelt dat niet de aangevochten bepalingen, die betrekking hebben op de ene categorie van personen, maar het ontbreken van een specifieke wet voor een andere categorie van personen, een schending uitmaakt van het gelijkheidsbeginsel (vb. Arbitragehof, nr. 31/96, 15 mei 1996, *B.S.* 25 juni 1996 en nr. 36/96, 6 juni 1996, *B.S.* 10 juli 1996. Hierover P. POPELIER, "De beoordeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling", *R.W.* 1996-97, 1249-1252).

In dat geval wordt de uitspraak eerder gericht tot de wetgever, die zelf de consequenties dient te trekken uit de uitspraak.

De vraag is maar of het Arbitragehof wel bevoegd is om dergelijke vaststelling te doen (hierover P. POPELIER, "De beoordeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling", *a.w.* 1249 en A. VAN OEVELEN en P. POPELIER, "De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving", in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, *a.w.* 104). De Grondwet en de bijzondere wet spreken immers enkel over de bevoegdheid van het Arbitragehof om uitspraak te doen over de schending "door" een wet, decreet of ordonnantie. Voor zover deze bevoegdheid wordt aanvaard, zou eventueel wel een aansprakelijkheidsvordering kunnen worden ingesteld bij de gewone rechter tot vergoeding van de schade die uit het ontbreken van die wettelijke regeling voortvloeit (P. POPELIER, *a.w.* 496. Over de aansprakelijkheid van de Belgische Staat voor het wetgevend optreden, zie verder, nr. 344).

Deze hypothese zal zich echter niet snel voordoen in verband met de problematiek van de werking van normen in de tijd.

AFDELING II

GEVOLGEN DIE GEEN BEOORDELING INHOUDEN OVER DE RECHTMATIGHEID VAN DE NORM

325 Het meest beperkte gevolg is dat een rechtscollege de kosten van een geschil ten laste legt van de overheid, omdat het rechtssubject geen gelijk heeft gehaald wegens de tussenkomst van een bepaalde norm.

Een voorbeeld hiervan werd aangehaald bij de bespreking van intrekings- en opheffingsbesluiten. Wanneer de Raad van State vaststelt dat het voorwerp van een beroep is verdwenen omdat de overheid het besluit intussen heeft ingetrokken, worden de beroepskosten ten laste van de verwerende overheid gelegd (zie boven, nr. 251). Er werd wel op gewezen dat wanneer de aangevochten maatregel reeds uitwerking heeft gehad, het beroep soms toch nog verder wordt behandeld (*R.v.St.* De Grootte-Liacre, nr. 41.057, 16 november 1992). Wanneer door deze uitwerking schade werd geleden, kan bij de gewone rechter ook een vordering tot schadevergoeding worden ingesteld. De overheid heeft, volgens het beoordelingschema van de Raad van State voor intrekingsbesluiten, door de intrekking in de loop van de procedure de onrechtmatigheid van zijn besluit toegegeven.

De kosten worden eveneens ten laste van de verwerende overheid gelegd, wanneer het beroep wordt verworpen op grond van een intussen in werking getreden interpretatieve wet (o.m. *R.v.St.* Cabay, nr. 13.779, 6 november 1969; Belgische

Staat, nr. 14.253, 17 september 1970).

326 Het temporele toepassingsgebied van een norm kan worden beperkt door de strikte interpretatie van elke uitzondering op het algemeen principe van de onmiddellijke werking (zie boven, nrs. 58 en 197. Voor voorbeelden, zie eveneens P. POPELIER, *a.w.* 361). Ook overgangsbepalingen worden derhalve strikt geïnterpreteerd (vb. R.v.St. C.O.O. Brussel, nrs. 11.998 en 11.999, 7 oktober 1966).

327 Wanneer de rechter geen beoordelingsbevoegdheid heeft over een norm, bv. wanneer het om een formele wet gaat, kan hij de beoordeling van de temporele functie nog verbergen achter de interpretatie ervan.

In het eerste deel werd vastgesteld dat dit kan gebeuren aan de hand van het concept van verkregen rechten (zie boven, nrs. 51 en 181). Door ervan uit te gaan dat een bepaalde norm, volgens het principe van overgangsrecht, niet de bedoeling had “verkregen rechten” te schenden, kunnen eventueel nadelig geachte effecten van de temporele werking worden gemilderd.

Maar ook via de formele definitie kan de beoordeling van de gevolgen reeds in de interpretatiefase worden betrokken. De interpretatie van een norm in die zin dat hij rechtmatig is, wordt immers erkend als een regel van uitlegkunde (o.m. R.v.St. Collard, nr. 10.614, 13 mei 1964; Van Craen, nr. 16.943, 25 maart 1975; Lemmens, nr. 30.504, 28 juni 1988; vzw Organisatie traditioneel onderwijs, nr. 34.237, 27 februari 1990). Wanneer de norm niet zelf aanwijzingen geeft over het precieze aanknopingspunt voor zijn toepassing, dient te worden gekozen voor een aanknopingspunt dat het meest in overeenstemming is met hogere rechtsnormen en algemene rechtsbeginselen. Op die manier kan reeds rekening worden gehouden met de gevolgen van de keuze voor het ene of het andere aanknopingspunt (zie boven, nr. 60).

Het voorbeeld van het Duinendecreet werd eerder aangehaald als illustratie bij het onderscheid tussen de formele en de materiële definitie van retroactiviteit (zie boven, nr. 52). De discussie die hierover rees in de rechtsleer verheldert ook hoe bij de formele definitie reeds rekening kan worden gehouden met de gevolgen van de temporele functie.

Ter herinnering: het decreet bepaalde dat een (later te bekrachtigen) besluit bepaalde gebieden kon aanduiden als “beschermd duingebied” of als “voor het duingebied belangrijk landbouwgebied” en dat deze aanduiding vanaf de publicatie van het besluit een volledig bouwverbod inhield.

Het decreet voorzag aldus in een uitgestelde werking voor wat het bouwverbod betrof. Het eigenlijke bouwverbod zoals geconcretiseerd door de regering trad in met onmiddellijke werking vanaf de publicatie van het besluit.

De vraag rees of het bouwverbod ook gold voor eigenaars die reeds voor de publicatie een bouwvergunning hadden verkregen: ook indien zij nog niet met de werken waren aangevangen, hadden zij daardoor hoe dan ook een bouwrecht verkregen.

In de rechtsleer werd de stelling verdedigd dat het bouwverbod voor deze personen niet kon gelden, omdat zij een “verworven” subjectief recht hadden om te bouwen (zie P. FLAMEY en E. EMPEREUR, “Het Duinendecreet of de betonning van de duinenbescherming”, *a.w.* 379 e.v. en “En dan nu iets totaal anders: moet er nog zand zijn?”, *a.w.* 349). Deze redenering gaat uit van het materiële concept van de “verkregen rechten”: een inbreuk op verkregen rechten is retroactief; een norm wordt geïnterpreteerd als zijnde niet retroactief; hij werkt derhalve onmiddellijk “voor zover geen afbreuk

wordt gedaan aan verkregen rechten”.

Een andere benadering ging uit van een “grondwetsconforme” interpretatie. Er werd van uitgegaan dat de bewoordingen van het decreet alsook de parlementaire voorbereidingen vatbaar waren voor interpretatie aangaande de positie van de houders van een bouwvergunning, en dat in dat geval moest worden gekozen voor een interpretatie conform het rechtszekerheidsbeginsel – hier begrepen als een bescherming van verkregen rechten (zie S. LUST, “Invloed van het Duinendecreet op stedenbouwkundige vergunningen”, *T.B.P.* 1995, 21 e.v. en “Beschouwingen rond de invloed van de duinenbescherming op bestaande bouwvergunningen”, *R.W.* 1994-95, 1129 e.v.). Dit zou ook zo kunnen worden geformuleerd, dat het bouwverbod inging met onmiddellijke werking, en dat als relevant rechtsfeit het verkrijgen van een bouwvergunning werd aangenomen.

Het Hof van Cassatie achtte het decreet echter duidelijk: de uitdrukking “volledig bouwverbod” liet er geen twijfel over bestaan dat ook voor houders van een bouwvergunning geen uitzondering was gemaakt op het bouwverbod en op de temporele functie daarvan (Cass. 5 oktober 1995, *Arr.Cass.* 1995, 845).

328 De vaststelling dat de temporele functie of het gebrek aan overgangsmaatregelen van de ene norm onrechtmatig is, kan soms ook worden gecompenseerd door de interpretatie van een andere norm. Deze techniek volgde de Arbeidsrechtbank van Antwerpen bij de beoordeling van de afschaffing van het vroeger geldende gunstregime voor studerende werklozen, met onmiddellijke werking en zonder overgangsmaatregelen voor werklozen die hun studies reeds hadden aangevat (Arbrb. Antwerpen, een vonnis van 26 mei 1993, een vonnis van 30 april 1993 en drie vonnissen van 11 juni 1993, niet gepubliceerd. Zie boven, nr. 297). De overheid had door haarzelf gewekte verwachtingen over de financiële situatie van deze werklozen geschonden, wat werd gecompenseerd door een interpretatie van de voorwaarden waaronder het OCMW het bestaansminimum diende toe te kennen. Het OCMW kon van deze personen niet eisen dat zij hun studie zouden opgeven om een inkomen te verdienen.

329 De Raad van State kan krachtens artikel 11 R.v.St.-Wet de overheid veroordelen tot het betalen van een billijke vergoeding voor de schade veroorzaakt door het optreden van de overheid, zonder dat evenwel de rechtmatigheid van dit optreden in twijfel wordt getrokken. Deze mogelijkheid staat niet open wanneer de schade rechtstreeks werd veroorzaakt door een formele wet (hierover o.m. R. ANDERSEN, “Quelques réflexions sur la responsabilité du fait des lois”, in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Brussel, Larcier, 1973, 391-441, M. LEROY, “La responsabilité de l’Etat législateur”, *J.T.* 1978, 321 e.v. en “Responsabilité des pouvoirs publics du chef de méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif”, in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 300-303, A. MAST, J. DUJARDIN, J. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, a.w. 845 e.v., J. THIELENS, “La responsabilité du fait des lois en Belgique”, *Ann. Fac. Dr. Liège* 1977, 169-213, M. VAN DAMME, “De aansprakelijkheid van wet- en decreetgever in het licht van artikel 11 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State”, *T.B.P.* 1982, 296-307 en A. VAN OEVELEN, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in België*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 57-100).

De Raad van State heeft deze rechtsweg zelf gesuggereerd naar aanleiding van een vernietigingsberoep tegen een interpretatieve omzendbrief waaraan niet uitdrukkelijk werking voor de toekomst was

toegekend en die daarom ook voor het verleden werd geacht bestaande regels uit te leggen (zie R.v.St. Aerts, nr. 27.721, 24 maart 1987).

Hij deed dezelfde suggestie in het reeds besproken arrest Thijs, waarin werd vastgesteld dat de overheid bij bepaalde personen de legitieme verwachting had gewekt dat hun statuut zou worden aangepast (R.v.St. Thijs, nr. 24.651, 18 september 1984).

330 Een norm kan op zich niet onrechtmatig worden geacht, maar door de rechter buiten toepassing worden gelaten omwille van overmacht. Het Hof van Cassatie kan controleren of de rechter wel degelijk heeft nagegaan of de voorwaarden voor het bestaan van overmacht – de onvoorzienbaarheid van de norm en de daaruit volgende onmogelijkheid om een bepaalde verplichting na te leven – zijn vervuld en hieraan de genoemde consequentie heeft toegepast.

Zo kan bv. een norm die onmiddellijke uitwerking heeft op lopende overeenkomsten, de uitvoering van een contractuele verbintenis onmogelijk maken (*fait du prince*).

Een verhuurder kan, voor een periode na afloop van een lopende huurovereenkomst, datzelfde onroerend goed verhuren aan een andere persoon. Wanneer een nieuwe wet aan de huidige huurder het recht verleent de hernieuwing van zijn huurovereenkomst te eisen en de verhuurder verplicht daarin toe te stemmen, levert dit een overmacht op die de verhuurder bevrijdt van zijn contractuele verbintenis tegenover de toekomstige huurder (Cass. 12 maart 1959, *Arr.Cass.* 1959, 533).

De wetgever wees hierop bij de voorbereidingen van de Wet van 1 december 1995 betreffende de verlenging van bepaalde huurovereenkomsten (*B.S.* 5 december 1995. Zie hierover boven, nr. 52). Deze Wet verlengde bepaalde huurovereenkomsten, ook wanneer deze huurovereenkomst reeds was opgezegd maar de opzegtermijn nog niet was verstreken. Voor het geval dat de verhuurder voor de periode na het verstrijken van de opzegtermijn reeds een huurovereenkomst had afgesloten met een andere partij, werd verwezen naar het “*fait du prince*” (commissieverslag, *Gedr.St. Kamer*, 1995-96, 133/4, p. 3).

Ook de Raad van State zinspeelde op de figuur van overmacht om het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel te weerleggen bij het verzoek tot schorsing van een gemeentereglement. Dat reglement legde op bepaalde openbare aanplakkingen een belasting op van 100.000,- fr. Er werd onmiddellijke werking aan toegekend, ook ten aanzien van reeds gesloten contracten tussen aanplakkers en adverteerders, die bij de prijsbepaling geen rekening hadden kunnen houden met deze belasting. De Raad achtte het onwaarschijnlijk dat de verzoeker zou worden veroordeeld tot het betalen van zeer hoge bedragen wegens contractbreuk aan haar adverteerders, maar achtte het “niet onwaarschijnlijk dat de toepassing van de bestreden belasting op bestaande contracten als een geval van overmacht zou worden beschouwd” (R.v.St. Belgoposter, nr. 41.567, 14 januari 1993).

Vraag is echter wanneer een belasting voldoende hoog en onvoorzienbaar is om overmacht op te leveren. DE PAGE (*a.w.* 600) betwijfelt of een wet die een nieuwe belasting instelt wel als een “*fait du prince*” kan worden beschouwd.

331 Het bestuur kan een onrechtmatige toepassing maken van een op zich rechtmatige norm. Op grond van het vertrouwensbeginsel kan het worden verplicht om een wetsbepaling in een concreet geval slechts voor de toekomst, maar niet voor het verleden toe te passen, ook als de wet in werkelijkheid reeds lang voor die periode in het verleden in werking was getreden. In dat geval weegt het vertrouwensbeginsel in de afweging zwaarder door dan het legaliteitsbeginsel.

Het Hof van Cassatie oordeelde in die zin in een zaak, waarin het fiscale bestuur toepassing maakte van de wettelijke bepalingen die het ertoe verplichtten in de vorige jaren onterecht terugbetaalde

BTW terug te vorderen. Het Hof van Beroep had vastgesteld dat de fout van de betrokken garagist erin bestond dat in zijn facturen een aantal vermeldingen ontbraken, maar dat hij te goeder trouw was en ook daadwerkelijk de verschuldigde BTW zonder fraude had betaald. Het fiscale bestuur had gedurende jaren, na een zorgvuldige controle, deze facturen steeds aanvaard als een wettige titel. Het was pas tot terugvordering van de afgetrokken belasting en het opleggen van boetes overgegaan nadat was gebleken dat de contractspartij van de garagist zelf haar BTW-verplichtingen niet was nagekomen maar het bestuur er niet in was geslaagd zijn vordering tegen die partij ten uitvoer te leggen. Op grond van die gegevens vond het Hof van Cassatie dat het Hof van Beroep terecht had beslist dat het verzet van de garagist tegen het dwangbevel gegrond was, met verwijzing naar het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel (Cass. 27 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 727).

332 Een bijzonder geval is ook de uitvoering door de regering van een wet, waardoor deze wet een door de wetgever ongewenst temporeel toepassingsgebied krijgt. Zo het voorbeeld van de nieuwe wettelijke regeling inzake benoemings- en bevorderingsprocedures voor magistraten, die niet zelf in een overgangsregeling voorzag voor hangende benoemingsprocedures, maar dat wel kreeg door de laattijdige bekendmaking. Aan de wet zelf wordt niet geraakt. Wel kan het benoemingsbesluit dat op die wijze toepassing maakt van de oude wet, maar niet had kunnen tot stand komen met toepassing van de nieuwe wet, worden geschorst en vernietigd (R.v.St. Beerten, nr. 71.761, 12 februari 1998 en nr. 76.007, 30 september 1998. Zie boven, nr. 30 en 39).

Opmerkenswaardig is dat de Raad van State in dit arrest de benoeming schorst van een toegevoegd rechter, die was benoemd in overeenstemming met de op dat ogenblik geldende regelgeving. Het kwam voor als een regelmatig, rechtscheppend besluit, wat bv. in het kader van de intrekingsleer juist bijzonder beschermenswaardig wordt geacht door de Raad van State. Men kan stellen dat niet de benoeming op zich, maar de laattijdige bekendmaking van de nieuwe wet onrechtmatig was. Een meer gepaste sanctie was dan een vergoeding geweest voor de schade, bestaande in het mislopen van een benoeming, wegens de onrechtmatige laattijdigheid van de bekendmaking.

In dit geval was determinerend voor de Raad van State, dat de verzoeker zowel onder de oude als onder de nieuwe wet aan alle voorwaarden voldeed, maar dat de benoemde vrederechter niet onder toepassing van de nieuwe wet had kunnen worden benoemd. Met betrekking tot het benoemingsbesluit, had de Raad het dan zo kunnen formuleren, dat de vaststelling dat de bekendmaking van een reeds lang bekrachtigde en afgekondigde wet laattijdig was, had moeten spelen als element bij de afweging van de titels en verdiensten van de kandidaten. Dat geen rekening werd gehouden met dit element, kan dan het besluit zelf onregelmatig maken wegens schending van het zorgvuldigheidsbeginsel bij benoemingen (P. POPELIER, "De laattijdige bekendmaking van de wet: over de bindende kracht van nog niet in werking getreden wetten en de techniek van overgangsmaatregelen", *a.w.* 1476).

AFDELING III

NIET-TOEPASSING, SCHORSING OF Vernietiging van de norm

333 De rechter die vaststelt dat een norm onrechtmatig is of dit door het Arbitragehof heeft laten vaststellen, mag deze norm niet toepassen in de voorliggende zaak. De Raad van State kan bestuurshandelingen schorsen en vernietigen. Het Arbitragehof kan wetten, decreten en ordonnanties schorsen en vernietigen.

334 De eerste vraag die rijst wanneer de temporele functie van een norm onrechtmatig wordt geacht, betreft de precieze omvang van de sanctie. Treft de onrechtmatigheid de gehele norm, de bepalingen waaraan deze temporele functie wordt gegeven of enkel de bepaling die deze temporele functie voorschrijft? Welke temporele functie komt, in dit laatste geval, in de plaats? De onrechtmatigheid kan eveneens betrekking hebben op de overgangsmaatregelen of het ontbreken daarvan. Kan de rechter zelf een datum van inwerkingtreding bepalen of een bepaalde overgangsmaatregel instellen?

335 DUK geeft als hypothese het voorbeeld waarin een rechtsregel, door een te late publicatie, ongewild een datum van inwerkingtreding noemt die voorafgaat aan de datum van publicatie (a.w. 31).

De auteur stelt dit gelijk met een ongewilde retroactiviteit en noemt als mogelijke sancties: 1) vernietiging of niet-toepassing van het hele besluit, 2) vernietiging of niet-toepassing van de bepaling in verband met de inwerkingtreding en 3) interpretatie van deze bepaling door verschuiving naar de vroegst mogelijke datum. De auteur verkiest zelf de tweede sanctie.

336 Wanneer noch uit de formele bewoordingen, noch uit de voorbereidingen blijkt dat het de bedoeling was een retroactieve werking toe te kennen aan de norm, geldt het algemeen principe van onmiddellijke werking. Dit wil zeggen dat de norm slechts wordt toegepast op de rechtsfeiten die zich voordoen na de inwerkingtreding van de norm. Deze inwerkingtreding kan zich maar ten vroegste voordoen op de dag van de bekendmaking. De vraag is wanneer de norm precies in werking treedt. De in DUK's hypothese door de normsteller genoemde datum is strijdig met artikel 190 G.W. Niet de norm op zich, noch de toegekende temporele functie is dus onrechtmatig, maar enkel de bepaling die de inwerkingtreding bepaalt. De eerste door DUK genoemde sanctie komt dus niet in aanmerking.

De tweede sanctie lijkt het meest aangewezen. Wanneer de bepaling die de datum van inwerkingtreding vaststelt onrechtmatig is, moet enkel deze bepaling worden vernietigd of buiten toepassing gelaten. Die vernietiging brengt mee dat er geen specifieke datum van inwerkingtreding meer is bepaald, zodat de algemene regel geldt die de norm doet in werking treden na verloop van de wettelijk bepaalde termijn.

Men kan echter opwerpen dat dit enkel geldt wanneer de normsteller bewust een datum van inwerkingtreding heeft bepaald die voorafgaat aan de datum van bekendmaking. De normsteller heeft eigenlijk niet bedoeld de inwerkingtreding van de norm te vervroegen, maar er een retroactieve functie aan toe te kennen. Wanneer het werkelijk om een vergissing gaat, zou er plaats moeten kunnen zijn voor een interpretatie van de datum van inwerkingtreding overeenkomstig de bedoeling van de normsteller.

Het Arbitragehof kiest echter eveneens in die hypothese voor de tweede sanctie. De bepaling die de datum van inwerkingtreding vaststelde van het voorliggende decreet, maakte geen uitzondering voor het artikel 86 van dat decreet. Dat was nochtans wel de bedoeling van de wetgever. Enkel door een "materiële vergissing",

te wijten aan de hernummering van het ontwerp in de loop van de parlementaire procedure, werd voor de uitzondering niet naar artikel 86, maar naar een ander artikel verwezen. Het Arbitragehof stelde nochtans geen grondwetsconforme interpretatie voor, maar ging over tot de vernietiging.

Het Arbitragehof vernietigde de bepaling die de datum van inwerkingtreding van artikel 86 vaststelde én artikel 86 zelf, zij het met behoud van de gevolgen van deze bepalingen overeenkomstig de mogelijkheid geboden door artikel 8 Bijz.W. Arbitragehof. Dat artikel 86 ook werd vernietigd, komt echter omdat het Hof de inwerkingtreding en de temporele functie van een norm met elkaar verwarde, maar vooral omdat het naar de letter het feit dat aan artikel 86 géén retroactiviteit was toegekend onrechtmatig achtte, maar in werkelijkheid bedoelde dat de in artikel 86 vermelde uiterste datum voor het stellen van een bepaalde rechtshandeling moest worden verlengd (Arbitragehof nr. 32/93, 22 april 1993, *B.S.* 20 mei 1993. Zie boven, nr. 319).

337 Een gelijkaardige vraag rijst wanneer het wel degelijk om de temporele functie van de norm gaat. Zowel de retroactiviteit als de onmiddellijke werking en zelfs de erbbiedgende of uitgestelde werking kunnen onrechtmatig blijken.

338 De retroactieve werking van een norm of van een bepaling kan blijken uit hetzij de bewoordingen van die norm of die bepaling hetzij uit een afzonderlijke bepaling die de temporele functies regelt.

Indien enkel de retroactieve functie onrechtmatig is, dient logischerwijze enkel die functie en niet de inhoud van de bepaling te worden uitgeschakeld. Een vernietiging of niet-toepasselijkheidsverklaring wordt uitgesproken “in zoverre” die norm of bepaling terugwerkt tot een bepaalde periode of datzelfde effect heeft (vb. *R.v.St. De Rycke*, nr. 1.613, 4 juni 1952; *Ninnin*, nr. 16.902, 27 februari 1975; *Verstraete*, nr. 57.545, 17 januari 1996; *Schodts en Claes*, nr. 66.549, 4 juni 1997; *Arbitragehof nr. 83/93*, 1 december 1993, *B.S.* 2 maart 1994). In dat geval treedt het algemeen principe van overgangsrecht in de plaats, in de regel dus de onmiddellijke werking.

Indien de retroactieve functie in een afzonderlijke bepaling is vastgelegd, dient enkel die bepaling te worden vernietigd (*R.v.St. Nationaal Verbond van Socialistische Mutualiteiten e.a.*, nr. 26.668, 18 juni 1986).

Indien de retroactieve functie blijkt uit de bewoordingen van een bepaling zelf, dient die bepaling als onrechtmatig te worden aangewezen, indien mogelijk echter slechts in zoverre zij retroactieve werking heeft.

Het Arbitragehof stelde vast dat de retroactieve aantasting van de pensioenrechten van personen in ruste gesteld vanaf 1 januari 1984 het gelijkheidsbeginsel schond. Toch wordt de materiële bepaling vernietigd en niet de bepaling die volgens het Arbitragehof de retroactieve functie toekent (*Arbitragehof nr. 7/97*, 19 februari 1997, *B.S.* 28 maart 1997).

In werkelijkheid blijkt de retroactiviteit evenwel wel degelijk uit de bewoordingen van de materiële bepaling voort te vloeien, die uitdrukkelijk de datum van 31 december 1983 noemt. De bepaling waaruit het Hof de retroactiviteit afleidt regelt in werkelijkheid de inwerkingtreding met ingang van 1 januari 1984. De wetgever had daarmee slechts ten overvloede en in wetgevingstechnisch en juridisch incorrecte bewoordingen de retroactiviteit van de materiële bepaling willen duidelijk maken.

Indien de temporele functie essentieel is voor een materiële bepaling of voor het geheel van de voorschriften van de norm, dient ook die bepaling respectievelijk de

gehele norm te worden gesanctioneerd (R.v.St. Braet en De Backer, nr. 13.325, 15 januari 1969). Dat is bv. het geval bij wettelijke bepalingen die een onrechtmatig besluit valideren om de afloop van een gerechtelijke procedure te beïnvloeden.

339 De onrechtmatigheid kan erin bestaan dat juist géén retroactieve functie werd toegekend, bv. bij herstelmaatregelen waarbij de overheid over een gebonden bevoegdheid beschikte om binnen een bepaalde termijn een welbepaalde beslissing te nemen (zie boven, nr. 168. Voor een ander voorbeeld, zie Arbitragehof nr. 83/93, 1 december 1993, *B.S.* 2 maart 1994, zie boven, nr. 211).

In dat geval dient de oude norm of bepaling te worden uitgeschakeld tot het ogenblik waarop de nieuwe norm in werking had moeten treden. Indien de nieuwe norm of bepaling bovendien een eerbiedigende of uitgestelde werking kreeg, of via een andere overgangsmaatregel zoals een uitgestelde inwerkingtreding pas later uitwerking kreeg, dient ook die functie of overgangsmaatregel te worden uitgeschakeld. Een onmiddellijke werking kan hoogstens als onrechtmatig worden beoordeeld. De rechter kan echter niet zelf een retroactieve functie toekennen aan een norm of bepaling.

De rechtssituaties die voorvallen tussen het moment waarop de oude norm niet meer mag worden toegepast en het ogenblik waarop de nieuwe norm uitwerking krijgt, kunnen daardoor in een vacuüm vallen. Dat is echter een louter technische redenering. Er bestaan weinig redenen om eraan te twijfelen dat in de praktijk de rechter de gepaste gevolgen zal kunnen trekken uit de vaststelling dat het recht een toepassing van de nieuwe in plaats van de oude norm vereist, en als zodanig zal handelen.

Het Arbitragehof stelde in zijn arrest nr. 83/93 (1 december 1993 *B.S.* 2 maart 1994) vast dat in de Wet van 31 maart 1987 de inwerkingtreding van de bepaling, die een einde maakte aan het oude, discriminerende artikel 756 BW, werd uitgesteld tot 6 juni 1987. Op grond van het arrest Marckx van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens had het nochtans moeten terugwerken tot 13 juni 1979.

Het Hof wees, in zijn prejudicieel arrest, als onrechtmatig het oude artikel 756 B.W. aan, “in zoverre het, krachtens artikel 107 van de Wet van 31 maart 1987, van toepassing is op nalatenschappen die zijn opgevallen na 13 juni 1979”. Dat betekent dat het oude artikel 756 B.W. van toepassing blijft op nalatenschappen opgevallen vóór die datum.

Het nieuwe artikel, dat pas met onmiddellijke werking in werking treedt op 6 juni 1987, wordt daardoor nog niet toepasselijk gemaakt op nalatenschappen opgevallen tussen 13 juni 1979 en 6 juni 1987. Indien andere bepalingen of juridische constructies hiervoor geen oplossing bieden, vallen dergelijke rechtssituaties in een vacuüm.

Op grond van het arrest Marckx en het arrest van het Arbitragehof is het nochtans duidelijk dat van de rechter wordt verwacht dat met toepassing van het gelijkheidsbeginsel voor die gevallen de “natuurlijke” kinderen op dezelfde wijze worden behandeld als de “wettige” kinderen.

340 De onrechtmatigheid kan erin bestaan dat geen eerbiedigende of uitgestelde werking werd verleend noch andere overgangsmaatregelen werden genomen.

Wanneer het om een inmenging in contracten gaat en er werd uitdrukkelijk géén eerbiedigende werking verleend aan de betrokken bepaling, kan die functie worden vernietigd en treedt automatisch de eerbiedigende werking in de plaats als principe

van overgangsrecht.

In de andere gevallen is er vaak geen afzonderlijke bepaling die de temporele functie regelt, maar volgt de onmiddellijke werking als het principe van overgangsrecht.

Indien rechtens kan worden vastgesteld op welk precies ogenblik de nieuwe norm pas uitwerking had mogen krijgen, kan de nieuwe bepaling worden uitgeschakeld “in zoverre” zij uitwerking heeft op rechtssituaties die voortvallen voor die bepaalde datum (vb. Arbitragehof nr. 47/97, 14 juli 1997, *B.S.* 7 augustus 1997). Dan dient tegelijk een eventuele opheffingsbepaling van de oude norm in dezelfde mate te worden uitgeschakeld.

In de andere gevallen kan de rechter in principe niet in de plaats van de overheid een overgangsmaatregel nemen. Het is dan aan de overheid om alsnog de onwettigheid te herstellen met de middelen die haar het meest gepast lijken (zie nochtans Arbitragehof, nr. 25/98, 10 maart 1998, *B.S.* 7 april 1998).

In dat arrest achtte het Arbitragehof het gebrek aan overgangsmaatregelen die rekening hielden met personen, die vóór de inwerkingtreding van het decreet geslaagd waren voor een bepaalde toelatingsproef, strijdig met het gelijkheidsbeginsel. Het vernietigde de materiële bepaling die de procedure voor de voordracht voor kandidaten regelt, “in zoverre aan de voor de (...) proeven vóór de inwerkingtreding ervan geslaagde personen niet dezelfde rechten worden verleend als die waarvoor de sedert die inwerkingtreding geslaagde personeelsleden beschikken”. In feite vernietigt het Arbitragehof op die wijze niet de betrokken bepaling, maar vult het die aan met een overgangsbepaling.

De rechter kan wel de materiële bepaling uitschakelen “in zoverre” die bepaalde gevolgen heeft voor een categorie van personen, in strijd met bijvoorbeeld het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel (zie bv. Arbitragehof nr. 30/96, 15 mei 1996, *B.S.* 6 juni 1996).

Zo het arrest van het Arbitragehof met betrekking tot het Decreet van 24 juli 1996 waarbij de Vlaamse Gemeenschap, met onmiddellijke werking, een toelatingsexamen invoerde voor een geneeskundige of tandheelkundige opleiding (Arbitragehof nr. 47/97, 14 juli 1997, *B.S.* 7 augustus 1997. Zie boven, nr. 297).

Het Hof vernietigde de materiële bepaling op grond waarvan het examen diende te worden ingericht, maar enkel voor zover ze betrekking had op het eerste gedeelte van het examen en enkel voor zover ze zou worden toegepast op de deelnemers aan het toelatingsexamen voor het academiejaar 1997-98. Het toelatingsexamen kon derhalve beperkt tot het tweede gedeelte doorgang vinden voor het academiejaar 1997-98 en integraal voor de volgende jaren.

Een beperking van de nietigheid ten aanzien van een bepaalde categorie van personen blijkt ook uit de rechtspraak van de Raad van State met betrekking tot de intrekking. De intrekking van een beslissing na zestig dagen sinds de betekening, maar binnen de beroepstermijn die voor derde-belanghebbenden loopt vanaf de bekendmaking of feitelijke kennisneming, wordt dan enkel vernietigd in de rechtsverhouding tussen verzoeker en de overheid, maar niet ten aanzien van een eventuele tussenkommende partij (zie boven, nr. 261).

341 De eerbiedigende of uitgestelde werking of een welbepaalde overgangsmaatregel kan onrechtmatig blijken doordat, in strijd met het gelijkheidsbeginsel, een categorie van personen werd bevoordeeld. Deze functie of overgangsmaatregel kan dan worden uitgeschakeld, zodat wordt teruggevallen op de onmiddellijke

werking. Meestal echter zal de persoon die deze onrechtmatigheid inroept, willen verkrijgen dat die overgangsmaatregel ook tot hem wordt uitgebreid (zie vorig nummer en het arrest van het Arbitragehof nr. 25/98).

AFDELING IV

VORDERING TOT SCHADEVERGOEDING

342 Wanneer de overheid een fout begaat en daardoor schade veroorzaakt, kan zij op grond van de artikelen 1382 e.v. B.W. worden veroordeeld tot vergoeding van de schade, ook wanneer de fout voortvloeit uit een regelgevend optreden.

Ten aanzien van het bestuurlijk optreden wordt dat niet meer in vraag gesteld (zie over deze evolutie van de overheidsaansprakelijkheid o.m. M.-A. FLAMME, *a.w.* I, 1187 e.v., W. LAMBRECHTS, “De overheidsaansprakelijkheid van 1963 tot 1980”, *T.B.P.* 1981, 114-126, A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *a.w.* 673 e.v., A. VAN OEVELEN, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen, Maklu, 1987, 142 e.v. en de verdere verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer aldaar).

343 Voor formele wetgeving geldt alleszins de aansprakelijkheid voor schending van Europeesrechtelijke regels – zoals het communautaire rechtszekerheidsbeginsel – volgens de grondlijnen die door het Hof van Justitie worden uiteengezet (zie H.v.J. 19 november 1991, Francovich en Bonifaci, *gev.z.* 6/90 en 9/90, *Jur.* 1991, I-5357; 14 juli 1994, Faccini Dori, *Jur.* 1994, I-3325; 26 maart 1996, British Telecommunications, *z.* 392/93, *Jur.* 1996, I-1631 en 8 oktober 1996, Dillenkofer e.a., *gev.z.* 178, 179, 188, 189 en 190/94, *Jur.* 1996).

Het Hof van Justitie overweegt dat de aansprakelijkheid voor schade die een persoon door zijn fout veroorzaakt ook geldt ten aanzien van publiekrechtelijke personen, ook als die fout werd veroorzaakt door het optreden van de formele wetgever, en inherent is aan het systeem van het EG-Verdrag wanneer de fout bestaat in een schending van het gemeenschapsrecht. De schadevergoeding wordt toegekend volgens het nationaal aansprakelijkheidsregime, op voorwaarde dat de door dat regime vastgestelde voorwaarden niet minder gunstig zijn dan deze die betrekking hebben op gelijkaardige schendingen van intern recht noch van die aard zijn dat zij het in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken een schadevergoeding te bekomen (hierover o.m. D. ARTS, “Het gemeenschapsrechtelijk beginsel van de aansprakelijkheid van de lidstaten wegens schending van het Gemeenschapsrecht: het Francovich-arrest en zijn toepassing in de Belgische rechtsorde”, *T.B.P.* 1993, 495-510, W. VAN GERVEN, “De normatieve en rechterlijke aansprakelijkheid naar Europees en Belgisch recht”, in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, M. STORME, (ed.), Gent, Mys & Breesch, 1993, 395-411, A. VAN OEVELEN, “De materiële voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de Staat voor de niet-uitoefening van zijn regelgevende bevoegdheid: een vergelijking tussen de rechtspraak van het Hof van Justitie en die van het Hof van Cassatie”, in *Publiek recht, ruim bekeken*,

Antwerpen, Maklu, 1994, 427-444, A. VAN OEVELEN en P. POPELIER, *a.w.* 14 e.v. en *a.w.* 85 e.v.).

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kan krachtens artikel 50 EVRM een billijke vergoeding toekennen bij schending van een verdragsbepaling (over de verhouding hiervan met de schadevergoeding op grond van artikel 1382 e.v. B.W., zie A. VAN OEVELEN en P. POPELIER, “De gevolgen van onrechtmatige wetgeving in het Belgische recht”, *a.w.* 5 e.v. en “De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving”, *a.w.* 79 e.v.).

344 De mogelijkheid om de overheid aansprakelijk te stellen voor het wetgevend optreden van de formele wetgever in strijd met een norm van intern recht, is in België meer omstreden. In de rechtsleer groeit het aantal pleidooien en argumenten ten gunste van die mogelijkheid (zie L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1989, I, 216-218, J.-L. FAGNART, “De la légalité à l'égalité”, in “La responsabilité des pouvoirs publics”, *a.w.* 31-34, M. LEROY, “Responsabilité des pouvoirs publics du chef de méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif”, *a.w.* 299-341, J.-N. PARDON en R.O. DALCQ, “La responsabilité des états membres envers les particuliers en cas de manquements au droit communautaire”, *J.T.dr.eur.* 1996, 201, P. POPELIER, *a.w.* 493 e.v. en “De aansprakelijkheid van de wetgever wegens schending van het rechtszekerheidsbeginsel”, *a.w.* 264 e.v., A. ROMBOUTS en M. MORIS, “Hoe de ongrondwettig bevonden belasting terugvorderen?”, *T.R.V.* 1996, 50 e.v., W. VAN GERVEN, “De normatieve en rechterlijke aansprakelijkheid naar Europees en Belgisch recht”, *a.w.* 410 e.v., A. VAN OEVELEN en P. POPELIER, “De gevolgen van onrechtmatige wetgeving in het Belgische recht”, *a.w.* 35 e.v. en “De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving”, *a.w.* 114 e.v. en P. VAN OMMESLAGHE, “La responsabilité des pouvoirs publics en droit interne”, in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, *a.w.* 340 e.v. Zie ook J. JACQMAIN, “Droit au travail, droit du travail”, in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, R. ERGEC, (ed.), Brussel, Bruylant, 1995, 185 en H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en L. WYNANT, “Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad”, *T.P.R.* 1995, 1140).

Ze werd ook bevestigd in een principe-vonnis van de Brusselse Rechtbank van Eerste Aanleg (Rb. Brussel 17 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 257).

De publiekrechtelijke rechtspersoon – de Belgische Staat, een Gemeenschap of een Gewest – kan dan op grond van de artikelen 1382 e.v. B.W. aansprakelijk worden gesteld voor het optreden van de formele wetgever, wanneer een fout werd vastgesteld door een daartoe bevoegde rechter en voor zover de wetgever niet zelf de toepassing van artikel 1382 e.v. B.W. heeft uitgesloten of andere gevolgen heeft bepaald (zie voor deze voorwaarden P. POPELIER, *a.w.* 493 e.v. en “De aansprakelijkheid van de wetgever wegens schending van het rechtszekerheidsbeginsel”, *a.w.* 264 e.v. en A. VAN OEVELEN en P. POPELIER, “De gevolgen van onrechtmatige wetgeving in het Belgische recht”, *a.w.* 35 e.v. en “De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving”, *a.w.* 114 e.v.).

AFRONDEND HOOFDSTUK

345 In deze verhandeling werden achtereenvolgens de vaststelling van de temporele functie en de beoordeling van de temporele werking van de normen besproken.

Hierbij werd aangetoond dat de definitie van de temporele functie op zich een louter formeel-technische kwestie is en dat de vaststelling van de temporele functie een kwestie van interpretatie is, los van de beoordeling van de effecten die de temporele werking van de normen kan sorteren.

Daarbij werd de stelling verdedigd dat het traditionele onderscheid tussen de temporele functies – onmiddellijke, retroactieve en eerbiedigende of uitgestelde werking – van belang is voor de fase van de vaststelling van de temporele functie, maar minder relevant wordt bij de beoordeling vanuit een perspectief waarin een belangenafweging aan bod komt.

346 Voor de rechter gaat de fase van de vaststelling van de temporele functie vooraf aan de fase van de beoordeling. De beoordeling wordt wel in de eerste fase vermengd bij de toepassing van de leer van de verkregen rechten. In de andere gevallen kan zij onrechtstreeks nog van invloed zijn, bv. bij de interpretatie van het aanknopingspunt voor de temporele werking of bij de interpretatie van de temporele werking conform het hoger recht en de algemene rechtsbeginselen. Ook de principes van overgangsrecht zijn op hun beurt beïnvloed door een *a priori* beoordeling van de temporele functies.

Voor de normsteller daarentegen gaat de fase van de beoordeling vooraf aan het vastleggen van de temporele functie. De regelgever dient in de eerste plaats de verschillende op het spel staande belangen met elkaar af te wegen. Daarvoor is een evaluatie van de effecten van de wet vereist, niet enkel in de gevallen waarin een retroactiviteit wordt overwogen, maar ook in de gevallen waarin enkel sprake is van een toekomstige werking.

347 De problematiek van de werking van wetten in de tijd zou reeds een groot deel vereenvoudigen, indien steeds de tijdsstructuur van de norm in het oog werd gehouden (zie boven, titel I) evenals het onderscheid tussen de fase van de vaststelling van de temporele functie en de fase van de beoordeling. Veel verwarring bestaat er nog tussen het ogenblik van ontstaan, bekendmaking en inwerkingtreding van een norm en de temporele uitwerking ervan.

De normsteller zou in de eerste plaats hieraan aandacht dienen te besteden. Een zorgvuldige wetgevingstechniek draagt bij tot verheldering van het overgangsrecht. Daarvoor is niet noodzakelijk een gedetailleerde resem van overgangsbepalingen vereist. Belangrijker is duidelijkheid te scheppen over het ogenblik van inwerkingtreding, over de precieze temporele functie en over het aanknopingspunt dat daarvoor in aanmerking wordt genomen. Met name moet worden vermeden dat

de retroactieve functie van een norm nog wordt geformuleerd als een inwerkingtreding vóór de datum van bekendmaking.

348 De verschillende rechtscolleges staan nog niet geheel op één lijn in hun rechtspraak over de temporele werking van wetten en hun beoordeling. Diverse concepten van retroactiviteit en rechtszekerheid worden nog gehanteerd, vaak zelfs door één rechtscollege. Uitgangspunt is een formele definitie van de temporele functies, maar dat wordt doorkruist door de nog verregaande invloed van het concept van de verkregen rechten.

De beoordeling gebeurt vanuit diverse beoordelingsperspectieven. De evolutie van een erg legalistisch en absoluut beoordelingsperspectief, gebaseerd op artikel 2 B.W., de bevoegdheidsgrond en het concept van de verkregen rechten, naar een meer flexibel beoordelingsschema op grond van een belangenafweging, is merkbaar. Ze wordt in de hand gewerkt door de ontwikkeling van de leer van algemene rechtsbeginselen en de hiërarchie van de normen en door de invloed van de rechtspraak van hoven die meer vertrouwd zijn met de techniek van de belangenafweging, zoals het Europees Hof van Justitie, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Arbitragehof.

349 Uit de rechtspraak blijkt dat de rechter zelden besluit dat een bepaalde temporele functie onrechtmatig is (zie ook o.m. T. HEUKELS, *a.w.* 163, P. POPELIER, *a.w.* 377 en E. SHARPSTON, *a.w.* 160). Dat is zeker het geval wanneer de beoordeling gebeurt vanuit een perspectief waarbij een belangenafweging aan de orde is. Dat is echter ook zo wanneer de beoordeling gebeurt vanuit het perspectief van een absoluut opgevat legaliteitsbeginsel, volgens hetwelk een retroactiviteit op zich reeds een onrechtmatigheid oplevert. Aan de hand van de materiële definitie van de retroactieve functie, zal de rechter reeds bij de fase van de interpretatie sneller tot de vaststelling komen dat, aangezien er geen verkregen rechten zijn geschonden, er ook geen sprake is van retroactiviteit (zie boven, nrs. 53 en 63).

350 Dat heeft verschillende oorzaken.

In de eerste plaats geldt de terughoudendheid van de rechter, zeker bij de beoordeling van een formele wet. In de traditie van de leer van de rationele wetgever is de interpretatie van de wet die tot de meest redelijke en rechtmatige oplossing komt, als methodologie afgeleid uit het paradigma dat de wet steeds redelijk en rechtmatig is (hierover o.m. N. BOBBIO, "Le bon législateur", in *Le raisonnement juridique*, H. HUBIEN, (ed.), Brussel, Bruylant, 1971, 243-249, L. NOWAK, "De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique", *Logique et analyse*, 1969, 65-86, F. OST, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur", in *L'interprétation en droit*, M. VAN DE KERCHOVE, (ed.), Brussel, F.U.S.L. 1978, 97-184, F. OST en M. VAN DE KERCHOVE, "Rationaliteit en soevereiniteit van de wetgever: "paradigma's" van de rechtsdogmatiek?", *R&R*, 1986, 125-140, P. POPELIER, *a.w.* 181 e.v. en Z. ZIEMBINSKI, "La notion de rationalité du législateur", *Arch.Phil.Dr.*, 1978, 175-187).

De afweging van belangen die op het spel staan bij de invoering van een nieuwe

wet behoort bovendien in de eerste plaats toe aan de wetgever. De rechter dient het evenwicht te vinden tussen de beoordeling van de rechtmatigheid en de beoordeling van de opportuniteit van een norm (zie boven, nr. 178). De normstellende bevoegdheid van de overheid mag niet te veel worden gehinderd.

351 Een tweede oorzaak is de interdependentie van objectieve rechtszekerheid en de werking van het vertrouwensbeginsel (zie boven, nr. 280). De toepassing van het vertrouwensbeginsel vooronderstelt dat hetzij de toepasselijke norm zelf voldoende toegankelijk was en voldoende duidelijk maakte welke rechtsgevolgen al dan niet volgen uit welke rechtshandelingen, hetzij het bestuur hierover aanwijzingen heeft gegeven. Wanneer deze voorwaarde niet is vervuld, vormt het vertrouwensbeginsel nog maar een zwak argument. Het afdwingen van een objectieve rechtszekerheid ligt juridisch echter moeilijk.

Bovendien kan de sanctie die volgt op de beoordeling van een norm als onrechtmatig, zelf leiden tot de rechtsonzekerheid die in eerste instantie was aangeklaagd. De niet-toepassing, schorsing of vernietiging van een norm kan onzekerheid creëren over de precieze juridische toestand die daarvoor in de plaats komt en kan het vertrouwen schenden van personen die juist op het behoud van die norm rekenden. De Raad van State is daarom zeer terughoudend met het uitspreken van de nietigheid als sanctie voor een schending van het vertrouwensbeginsel. Ook wanneer dit beginsel wordt geschonden, zou dat nog niet zonder meer tot de nietigheid van het besluit leiden, wanneer zo het belang van derden zou worden opgeofferd aan het geschokte vertrouwen van één rechtssubject (zie R.v.St. Hendrickx, nr. 56.412, 22 november 1995. Zie ook R.v.St. nv Eagle International, nr. 60.319, 19 juni 1996). Uit de beoordelingscriteria voor de toepassing van het vertrouwensbeginsel blijkt echter dat het vertrouwensbeginsel sterker wordt als argument naargelang de aangevochten norm in het bijzonder tot een bepaald persoon of een bepaalde categorie van personen was gericht (zie boven, nr. 294).

Bovendien kunnen zowel het Arbitragehof als de Raad van State bepaalde gevolgen van de vernietigde norm geheel of tijdelijk behouden (art. 8 Bijz.W. Arbitragehof; art. 14^{ter} R.v.St.-wet) of de draagwijdte van de nietigheid beperken tot een bepaald gevolg of tot een bepaalde categorie van personen (zie boven, nr. 340).

352 Uit de terughoudende houding van de rechter, kan niet noodzakelijk worden geconcludeerd dat met name de beoordeling vanuit een perspectief waarbij een belangenafweging aan de orde komt, weinig praktisch nut heeft. De kans op de vaststelling van een onrechtmatigheid is allerminst onbestaande, dat bewijst de rechtspraak van de verschillende hoven en rechtbanken die in de voorgaande hoofdstukken werd besproken.

In het laatste hoofdstuk, over de gevolgen van de beoordeling, bleek dat diverse gevolgen kunnen worden gehecht aan een rechterlijke beoordeling van een temporele werking, zonder dat daarom de bepaling zelf noodzakelijk rechtstreeks wordt aangewezen als onrechtmatig. Via bv. de interpretatie van de norm of de niet-toepassing ervan in een concreet geval kunnen de nadelige effecten van een norm worden gecorrigeerd zonder de werking van die norm in het algemeen te

hypothekeken. Ook dat biedt de rechter een techniek om een middenweg te vinden tussen politieke beleidskeuzes en rechterlijke controle.

353 Naarmate de belangenafweging als methodologie voor de rechter meer aanvaarding vindt en de leer van algemene rechtsbeginselen verder evolueert, zal ook de temporele werking van de normen steeds nader beoordeeld en vaker gesanctioneerd worden. In de rechtspraak van de lagere hoven en rechtbanken is die tendens reeds te ontwaren. Het vertrouwensbeginsel wordt daar met name in het fiscaal contentieux steeds meer toegepast. Steeds vaker vinden deze rechters aanknopingspunten in het internationale recht en sinds kort is ook erkenning te vinden van de mogelijke aansprakelijkheid van de Staat voor een schending van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel door de temporele werking van formele wetten (zie boven, nr. 344).

354 Het vergroten van de rechterlijke beoordelings- en sanctioneringsruimte biedt een juridisch wapen tegen onrechtmatige wetgeving, maar dwingt, als een dreigende stok achter de deur, de normsteller tot zorgvuldigheid. De normsteller dient wel degelijk aandacht te besteden aan de kwaliteit van zijn normen en onder meer aan de temporele werking ervan, aan de gevolgen van die temporele werking, en aan mogelijkheden om nadelige gevolgen te compenseren via overgangsmaatregelen zoals bv. de aankondiging van een norm of het uitstel van inwerkingtreding. Het is belangrijker dat de normsteller op voorhand tot een overdachte normstelling komt die in de mate van het mogelijke met ieders rechten en belangen rekening houdt, dan dat het rechtssubject achteraf zelf zijn gelijk moet gaan halen bij de rechter.

ZAAKREGISTER

A

Aanknopingspunt, 37, 47, 50, 60, 63, 74, 78, 79, 81, 87, 89, 90, 99, 101, 110, 112-119, 122, 123, 125, 128, 129, 132, 133, 136, 139, 140, 144, 148, 286, 327, 346, 347, 353
 Aankondiging, 7, 13, 15, 16, 39, 51, 230, 245, 286, 310, 316, 354
 Aanpassingsruimte, 7, 14, 15, 39, 74, 133, 295-298
 Aansprakelijkheid, 30, 60, 91, 210, 234, 269, 292, 294, 323, 324, 342-344, 353
 Algemeen belang, 9, 57, 73, 80, 188, 222, 230, 232, 233, 248, 260, 263, 265, 281, 289, 303, 320-321

B

Begunstigende norm, 55, 86, 98, 104, 137, 161, 198-199, 200
 Behoorlijke rechtsbedeling, 137, 160, 172, 173, 213-230, 235
 - legislatieve validatie, 104, 195, 214, 215-227, 228, 230, 313, 317, 338
 - tussenkomst wetgever in gerechtelijke procedures, 118, 214, 215-230, 234, 338
 Bekendmaking, 13-15, 19, 22, 25, 26, 27-32, 33, 35, 36, 38, 39, 48, 52, 53, 74, 100, 127, 158, 195, 196, 261, 262, 296, 297, 319, 332, 336, 340, 347
 Belangenafweging, 7, 11, 12, 21, 59, 68, 91, 173, 175, 176-179, 180-185, 187, 189, 191, 192, 200-202, 209, 232, 233, 235, 237, 239, 241, 252, 256, 265, 266, 268, 271, 274, 281, 283, 284, 289, 290-321, 345, 348-350, 352, 353
 Belastingen,
 Zie Fiscale bepalingen
 Betekening, 19, 27-32, 34, 36, 48, 114-116, 119, 122, 250, 261-263, 340
 Bevoegdheid *ratione temporis*, 188-190

C

Codificatie, 35, 316
 Contract,
 Zie Overeenkomst
 Coördinatie, 35

D

Declaratief karakter, 141, 201, 243, 316-317

E

Eerbiedigende werking, 4, 10, 13, 15, 37, 39, 47, 48, 55, 56, 58, 59, 65, 66, 70, 71, 73, 74, 77-79, 81, 82, 124, 139, 147, 148, 171, 303, 337, 339-341, 345
 Eigendomsrecht, 172, 231-236, 274, 285, 296

F

Fictief besluit, 24, 250
 Fiscale bepalingen, 10, 11, 20, 27, 40, 59, 78, 103, 109, 127-133, 185, 195, 206, 212, 215, 222, 230, 232, 234, 236, 291, 292, 300, 309, 323, 330, 331

G

Gelegenheidswet, 103, 107, 109, 203
 Gelijkheid(sbeginsel), 1, 10, 21, 45, 141, 172, 173, 178, 184, 197, 207-212, 214, 217, 220, 221, 223, 225, 226, 237, 250, 283, 307, 313, 314, 320
 Goedkeuringsbesluit, 25, 36, 204, 250

H

Herstelmaatregel,
 Zie Rechtsherstel

I

Internationaal privaatrecht, 63, 78, 140-149
 Interpretatieve norm, 78, 150-165, 190, 219, 230, 312, 325, 329
 Intrekking, 19, 41-43, 174, 185, 195, 205, 238, 239-274, 290, 304, 315, 325, 332, 340
 Inwerkingtreding, 7, 8, 10, 12-16, 19, 22, 25, 26, 31, 33-36, 38, 39, 45, 48, 49, 52, 53, 60-63, 71, 74, 79, 87, 91, 96, 100, 101, 104,

- 112, 114-117, 119, 120, 122, 127, 129, 131-132, 135, 136, 138, 139, 141, 151, 155, 158-160, 162-165, 188, 189, 194, 195, 198, 208, 210, 211, 219, 296, 304, 317, 319, 331, 334-336, 338-340, 347
- Gefaseerde inwerkingtreding, 10, 15, 39
- Uitgestelde inwerkingtreding, 10, 16, 39, 286, 296, 339, 354
- L
- Legaliteit, 21, 67, 75, 86, 89, 94, 96, 107, 109, 159, 169, 171-175, 181, 185, 187-206, 239, 241, 255-259, 265, 268, 270, 271, 273-275, 282, 314, 331, 349
- Legislatieve validatie,
Zie Behoorlijke rechtsbedeling
- M
- Motivering, 28, 29, 59, 95, 171, 179, 200, 245-247, 249, 250, 308, 321
- O
- Onbestaande handeling, 244, 245, 252, 256, 265
- Onduidelijke norm, 152-154, 164, 183, 311-313
- Onmiddellijke werking, 4, 8, 9, 13, 15, 37, 47-49, 51-53, 55, 56, 59, 60, 62-75, 77-81, 83, 87, 110, 119, 121, 129, 131-133, 136, 139, 140, 144, 147, 168, 191, 212, 219, 236, 239, 272, 274, 286-289, 292, 303, 318, 320, 323, 326-328, 330, 336, 337, 339-341, 345
- Openbare orde, 55, 79, 81, 110, 138, 140, 178, 191, 263
- Opheffing, 10, 19, 41, 42, 114, 117, 205, 239-274, 290, 304, 315, 325, 340
- Overeenkomsten, 5, 20, 26, 52, 55, 78, 79-85, 100, 143, 195, 224, 228, 229, 294, 300, 303, 317, 330, 331, 340
- Overmacht, 330
- Overgangsmaatregelen, 16, 17, 19, 39, 74, 116, 121, 177, 208, 212, 290, 296, 297, 316, 318, 319, 326, 328, 332, 334, 338-341, 347, 354
- P
- Procesrecht, 78, 85, 105, 110-126, 137
- R
- Rechtsherstel, 78, 166-171, 195, 230, 259, 261, 304, 314, 316, 320, 339, 340
- regularisatie, 29, 200, 215, 222, 310, 317
- Rechtszekerheid, 1, 12, 21, 27, 30, 45, 74, 75, 91, 94, 95, 122, 137, 160, 164, 172, 173, 175, 184-186, 201, 205, 206, 211, 221, 234-236, 237-321, 323, 327, 331, 340, 343, 348, 351, 353
- Retroactiviteit, 4, 8, 11, 13, 15, 16, 22, 33, 35-38, 45, 47-49, 51-53, 55, 56, 58, 59, 61-68, 70, 71, 74-78, 86, 87, 89-91, 94-96, 101, 104, 107, 109, 110, 115, 116, 127, 128, 130-133, 140, 141, 155, 156, 160, 161, 165-168, 170, 175, 181, 184, 188, 189, 191-204, 206, 208, 214, 215, 218, 219, 225, 230, 234-237, 239, 240, 242, 243, 245, 272, 274, 276, 286-289, 298, 303, 304, 310, 316, 317, 319, 320, 327, 335-339, 345-347, 349
- S
- Strafrecht, 78, 86-109, 134-138, 156, 161, 184, 202-204, 210
- T
- Temporele functie, 4, 7, 9, 12, 13, 16, 17, 19, 21, 22, 33, 35, 37-38, 39, 47-54, 55, 59, 60, 62-65, 67, 69, 70, 72, 74-76, 84, 86, 96, 100, 118, 133, 139, 156, 160, 163, 165, 166-168, 172-183, 239, 241, 253, 286-289, 290, 295, 304, 319, 322, 327, 328, 334, 336-338, 340, 345-349
- Terugwerkende kracht,
Zie Retroactiviteit
- Tijdelijke wet, 103, 107, 109
- U
- Uitgestelde werking, 4, 13, 15, 37, 39, 47, 48, 56, 58, 65, 66, 70, 71, 73, 74, 77, 110, 120, 123, 126, 188, 327, 337, 339-341, 345
- Uitleggingswet,
Zie Interpretatieve norm
- Uitvoerbare kracht, 19, 22, 25-26, 32, 34, 36
- Uitvoerbaarheid, 262, 280, 318-319

V

Verbindendheid, 22, 26-28, 33-36, 38, 71, 83, 156, 158

Verjaringstermijn, 78, 105, 134-139

Verkregen rechten, 6, 8, 20, 21, 51, 52, 56, 63-66, 70, 75, 77, 82, 88, 110, 118, 132, 133, 143-149, 164, 172, 174, 175, 181, 185, 192, 198-200, 222, 231, 232, 237, 238, 239-274, 276, 277, 282, 283, 288, 297, 299, 304, 317, 318, 327, 346, 348, 349

Vernietiging, 28, 30, 32, 41, 44, 45, 58, 78, 123, 134, 166-171, 188, 195, 198, 200, 201, 215, 219, 222, 223, 243, 244, 249, 250, 256, 259-262, 271, 317, 324, 333-341, 351, 353

Verrassingseffect, 11, 15

Vertrouwen(sbeginsel), 9, 11, 21, 26, 51, 60, 63, 74, 77, 94, 118, 172, 184, 185, 201, 205, 231, 235, 237-239, 241, 243, 256, 259, 265, 275-321, 331, 340, 351

Verwachtingen (legitieme of gerechtvaardigde), 6-9, 39, 63, 177, 179, 184, 237, 239, 279-283, 286-288, 293, 297, 300, 302, 304, 310, 316, 328, 329

Verworven rechten,
Zie Verkregen rechten

Z

Zorgvuldigheid(sbeginsel), 30, 179, 201, 266, 268, 282, 308, 332, 347, 354