

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR
E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES : PROF. MR. RIDDER RENE VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

HET PERSONEELSSTATUUT VAN DE VRIJE UNIVERSITAIRE INSTELLINGEN : EEN NIEUWE SOORT ARBEIDSOVEREENKOMST ?*

1. Inleiding

De rechtspositieregeling van het personeel van de vrije universiteiten is sinds de inwerkingtreding van de wet van 27 juli 1971 op de financiering van de universiteiten¹ zeer omstreden. Die wet bepaalt in artikel 41 dat de door de Staat gesubsidieerde universitaire inrichtingen bij beslissing van hun raad van beheer voor hun personeel een statuut vaststellen dat gelijkwaardig is aan het statuut vastgesteld door de wetten en reglementen voor het personeel van de universitaire inrichtingen van de Staat. De meerderheid van de rechtsleer en rechtspraak was van oordeel dat aan de term statuut geen betekenis kan worden gegeven die de vrije universitaire instellingen zou toelaten af te wijken van de dwingende bepalingen van de Arbeidsovereenkomsten-wet².

2. Draagwijdte van artikel 41 wet van 27 juli 1971

Reeds bij wet van 2 augustus 1960 betreffende de tussenkomst van de Staat in de financiering van de vrije universiteiten en van diverse inrichtingen van hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek werd bepaald: «De wedden, vergoedingen, toelagen en pensioenen verleend aan het personeel van de vrije universiteiten mogen niet hoger zijn dan die welke de Staat aan het personeel der Rijksuniversiteiten toekent»³. Die bepaling werd echter niet nageleefd: in vele

gevallen genoot het personeel van bedoelde instellingen een voordeliger statuut dan het personeel van de rijksuniversiteiten⁴.

De memorie van toelichting bij het ontwerp dat de wet van 27 juli 1971 is geworden, stelt dat artikel 41 tot doel heeft in de mate van het mogelijke het statuut van het personeel van de universitaire inrichtingen eenvormig te maken.

Artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 luidt: «Bij beslissing van hun Raad van Beheer stellen de door de Staat gesubsidieerde inrichtingen, voor hun personeel, een statuut vast dat gelijkwaardig is aan het statuut vastgesteld door de wetten en reglementen voor het personeel van de universitaire inrichtingen van de Staat.»

Het statuut van het personeel van de gesubsidieerde instellingen, dat gelijkwaardig met het statuut vastgesteld bij wetten en reglementen voor het personeel van de universitaire inrichtingen van de Staat dient te zijn, wordt dus vastgelegd door de raad van beheer, met uitzondering nochtans wat betreft de weddeschalen die vastgelegd worden bij wet voor het onderwijzend personeel en door de Koning voor het ander personeel⁵.

Behoudens de gestelde gelijkwaardigheid en deze twee uitzonderingen, bezit de raad van beheer in dit domein de volledige bevoegdheid. De Koning bezit, daarbuiten, enkel het controlerecht bepaald bij artikel 45, §§ 3, 4 en 5.

In tegenstelling met het bepaalde in artikel 4, § 3, van de wet van 11 juli 1973⁶ — die de rechtsgrond vormt voor het onderbrengen in een statutair stelsel van het personeel van de vrije gesubsidieerde instellingen die onder het schoolpact vallen, nl. het bewaarschoolonderwijs, het lager, middelbaar, normaal, kunst- en buitengewoon onderwijs — waarbij aan de Koning de bevoegdheid is gegeven vooraf de grondregels waaraan het statuut dient te voldoen vast te

* Zie in dit nummer het arrest van het Hof van Cassatie van 11 oktober 1982.

¹ Wet van 27 juli 1971 op de financiering en de controle van de universitaire instellingen, *B.S.*, 17 september 1971.

² TAQUET, M. en WANTIEZ, C., «La loi sur les contrats de travail (3 juillet 1978)», in *Nouveaux visages du contrat de travail*, Editions du jeune barreau, 1979, 12-20; VERSTEGEN, R., *Het statuut van het personeel in het vrij onderwijs*, Maarten Kluwer's Antwerpen-Amsterdam, 1980, 66-69; JAMOULLE, M., *Le contrat de travail*, I, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, 1982, 55.

³ Art. 10, b, wet van 2 augustus 1960 betreffende de tussenkomst van de Staat in de financiering van de vrije universiteiten en van diverse inrichtingen van hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, *B.S.*, 23 augustus 1960.

⁴ Zie o.m. Verslag Rekenhof, 135e boek, blz. 79.

⁵ Art. 40bis, wet van 27 juli 1971.

⁶ Wet van 11 juli 1973 houdende wijziging van de wet van 29 mei 1959 betreffende het bewaarschoolonderwijs, het lager-, middelbaar-, normaal-, technisch-, kunst- en buitengewoon onderwijs, *B.S.*, 30 augustus 1973.

leggen, wordt, voor de universitaire inrichtingen, het controlerecht *a posteriori* uitgeoefend⁷.

Wat de onder de Schoolpactwet vallende gesubsidieerde instellingen betreft, is de rechtspositie van het personeel niet statutair geregeld zolang niet is voldaan aan de voorafgaande voorwaarde gesteld in artikel 12bis, § 3, ingevoegd bij artikel 4, § 3, van de wet van 11 juli 1973 in de Schoolpactwet van 29 mei 1959, nl. de uitvaardiging bij een in ministerraad overlegd K.B. van de in dit artikel opgesomde eenvormige regels: a) de grondregels die de aanwerving, de benoeming, de selectie en de bevordering vastleggen; b) de administratieve standen en de reëffectatieregels van de ter beschikking gestelde personeelsleden; c) de verlofregeling; d) de gemeenschappelijke onverenigbaarheden; e) de gemeenschappelijke fundamentele plichten. Die statutaire bepalingen zullen, in de mate van het mogelijke, identiek zijn met die van het Rijk. Zolang dat niet is gebeurd, is de Arbeidsovereenkomstenwet op het gesubsidieerd personeel van het vrij onderwijs van toepassing⁸.

Ten aanzien van de vrije universitaire instellingen is een dergelijke voorafgaande voorwaarde niet gesteld. Het is de raad van beheer die bij wet de bevoegdheid heeft gekregen een statuut voor zijn personeel vast te leggen. Behoudens de vastlegging van de weddeschalen bij wet en K.B., respectievelijk voor het onderwijzend personeel en het ander personeel, is de enige voorwaarde die wordt gesteld, dat dit statuut gelijkwaardig dient te zijn met het statuut van het personeel van de universitaire inrichtingen van de Staat.

O.i. blijkt hieruit de bedoeling van de wetgever om aan de raad van beheer van de vrije universiteiten een bevoegdheid toe te kennen die principieel toekomt aan een overheid die bekleed is met openbaar gezag⁹. De wet van 27 juli 1971 gaat immers verder dan de zuivere financiering van de werkingstoelage en een controle hierop¹⁰.

Toen de Raad van State in zijn advies op het ontwerp van wet erop wees dat de controle van de Staat beperkt zou dienen te worden tot de beslissingen die «een financiële weerslag hebben», werd hierop bewust door de regering niet ingegaan¹¹.

De oorzaak van de rechten en de verplichtingen van de vrije universiteiten en de controle die hiermee gepaard gaat, liggen immers niet alleen in het feit van een subsidiëring door de Staat, maar ook in het vervullen van een openbare dienst of een dienst van openbaar nut¹² die niet alleen tot uiting komt in de «werkingstoelagesector», maar ook in verschillende patrimoniumsectoren van deze vrije universiteiten die daarenboven op zichzelf weer rechtstreeks of onrechtstreeks, geheel of gedeeltelijk door de Staat zijn gefinancierd.

De vrije universiteiten werden immers opgericht en hun werd bij wet rechtspersoonlijkheid verleend met, zoniet als

enig doel, dan toch als eerste en voornaamste doel, onderwijs te verstrekken, academische graden te verlenen. Deze uitoefening van het openbaar gezag waarmee de universiteiten zijn bekleed, beheerst het volledige bestaan van de universitaire instelling. Alle andere activiteiten, in het bijzonder die welke door de wetgever onderkend en uitdrukkelijk opgenomen zijn in het K.B. betreffende de samenstellende elementen van het patrimonium, zijn tot stand gekomen voor of ter ondersteuning van het onderwijs en bestaan in functie hiervan.

De Raad van State ten slotte heeft onderstreept dat de term statuut een tweevoudige betekenis heeft. In artikel 41 kunnen zowel instellingen werkend met de middelen van gewone particulieren, als instellingen werkend als overheid, zonder moeite worden ingepast. De door artikel 41 opgelegde verplichting voor de gesubsidieerde universitaire inrichtingen om voor hun personeel een statuut vast te leggen dat gelijkwaardig is met dat van het personeel van de rijksuniversiteiten, kan door de echte vrije worden nagekomen door een reeks toetredingscontracten op te stellen waarin de statutaire regelingen omgevormd worden tot contractuele regelingen, terwijl de autonome openbare instellingen een echt unilateraal vastgesteld statuut kunnen uitvaardigen, zoals oorspronkelijk door hun organieke wet in uitzicht werd gesteld, organieke wet waarvan de regelingen hun grondslag vinden in een gemene, fundamentele opvatting of ingeving, die is een regionale openbare dienst voor universitair onderwijs oprichten¹³.

3. Artikel 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet

Artikel 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt: «Deze wet regelt de arbeidsovereenkomsten voor werklie-den, bedienden, handelsvertegenwoordigers en dienstboden. Zij is ook van toepassing op de bij het eerste lid bedoelde werknemers, tewerkgesteld door het Rijk, de provincies, de agglomeraties, de federaties van gemeenten, de openbare instellingen welke eronder ressorteren, de instellingen van openbaar nut en de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs, en wier toestand niet statutair geregeld is.»

Ook in dit artikel wordt de term statuut gebruikt in een dubbele betekenis. Vóór de inwerkingtreding van de wet van 11 juli 1973¹⁴ betrof de bepaling uitsluitend overheids-personeel en betekende de term «statuut» dat de dienstbe-

¹³ R.v.St., 27 juli 1979, *V.A.R.S.*, 1979, nr. 19776, overweging 23, *T.P.B.*, 1980, 149.

¹⁴ Wet van 11 juli 1973 houdende wijziging van de wet van 29 mei 1959 betreffende het bewaarschoolonderwijs, het lager, middelbaar, normaal, technisch, kunst- en buitengewoon onderwijs, *B.S.*, 30 augustus 1973. Die wet wijzigt de zgn. Schoolpactwet van 29 mei 1959. Artikel 19 wijzigt bovendien artikel 35, § 1, van de wetten betreffende het bediendencontract, gecoördineerd op 20 juli 1955. Ingevolge deze wijziging zijn die wetten van toepassing op de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs tewerkgestelde bedienden wier toestand niet statutair geregeld is; wat wil zeggen dat dezelfde wetten geen toepassing vinden op de genoemde personeelsleden wier toestand wel statutair geregeld is (concl. adv.-gen. LENAERTS, bij Cass., 25 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 185).

⁷ Advies R.v.St., 13 juni 1973, blz. 5 en 6, onuitg.

⁸ Cass., 25 juni 1978, *R.W.*, 1979-80, 183, *J.T.T.*, 1979, 270.

⁹ Zie i.v.m. deze techniek: HOFFLER, J., «L'attribution aux universités libres d'une parcelle de la puissance publique», *J.T.*, 1982, 629-635.

¹⁰ SUTENS, L.P., «Zijn vrije universiteiten nog vrij?», *T.B.P.*, 1978, 171.

¹¹ *Parl. St.*, Kamer, 1970-71, nr. 1, blz. 57-58 en nr. 2, blz. 4-5.

¹² Zie hierover uitvoerig HOFFLER, J., o.c.

trekking wordt geregeld door algemene en onpersoonlijke bepalingen, die op de partijen toepasselijk zijn geworden door een eenzijdige aanstelling door de overheid en niet ingevolge een overeenkomst¹⁵.

Inrichtingen in het vrij onderwijs zijn echter geen overheidsinstellingen, maar particuliere instellingen. En een particulier kan niet, zoals de overheid dit in het algemeen belang wel kan, een ander particulier, door een eenzijdige handeling en zonder instemming van deze laatste, tot het verrichten van arbeid verplichten. Tussen particulieren kan een dienstbetrekking alleen ontstaan door een wilsovereenstemming tussen beide partijen, dus ingevolge een overeenkomst.

Dit impliceert niet dat partijen ook zelf al hun wederzijdse rechten en plichten volkomen vrij regelen. Ook in het arbeidsrecht komen werkgever en werknemer daaraan steeds minder te pas. De lonen en arbeidsvoorwaarden worden uitvoerig geregeld door dwingende wetsbepalingen en door collectieve regelingen die, zoals de algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten, evenmin plaats laten voor enig overleg en vrije wilsovereenstemming tussen de partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst. Hieruit volgt dat er niet zulk een groot verschil bestaat tussen het personeel van een privé-persoon of instelling dat een statuut heeft, en hetzelfde personeel dat geen statuut heeft. Voor beide ontstaat de dienstbetrekking ingevolge een overeenkomst tot het verrichten van arbeid. En de rechtspositie van beide wordt in ruime mate geregeld door «algemene en onpersoonlijke bepalingen», en slechts bijkomstig door de individuele overeenkomst. Het enige verschil ligt hierin dat beide onder verschillende regelingen vallen.

Het personeel van een particuliere werkgever of instelling valt onder het arbeidsrecht, inzonderheid het arbeidsovereenkomstenrecht. Bepaalt de wet dat dit personeel een «statuut» heeft, dan betekent dat niet meer dan dat op die personeelsleden niet het arbeidsovereenkomstenrecht toepasselijk is, maar dat hun rechtspositie en arbeidsvoorwaarden worden bepaald door eigen regelen die van het arbeidsovereenkomstenrecht afwijken, en vastgesteld zijn door en krachtens de wet die ze onder statuut heeft geplaatst¹⁶.

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Arbeidsovereenkomstenwet verklaarden de ministers van Nationale Opvoeding (Nederlandse en Franse sector) dat artikel 35 van de wetten betreffende het bediendencontract en artikel 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet, op het universitair onderwijs niet van toepassing zijn¹⁷.

In een uitvoerig en zeer degelijk gemotiveerd arrest beslist het Arbeidshof te Brussel o.i. terecht dat, ook ter zake van het universitair onderwijs, de Arbeidsovereenkomstenwet geen toepassing vindt: «dat de destijds geldende, op 20

juli 1955 gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract, en de thans van kracht zijnde wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, op het onderhavige geval dan ook kunnen worden toegepast, tenzij het een van de uitzonderingsgevallen betreft, beoogd bij het artikel 35, § 1, van de eerstvermelde, vroegere wetten (gewijzigd bij de wet van 11 juli 1973) en artikel 1 van de laatstvermelde huidige wet; dat, hoewel de voormelde artikelen geen betrekking hebben op het personeel tewerkgesteld door de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs, wiens toestand statutair geregeld is, *a contrario* uit die artikelen kan worden afgeleid dat de vermelde wetten niet van toepassing zijn op dat personeel, aangezien slechts de in de genoemde inrichtingen tewerkgestelde bedienden, wier toestand niet statutair geregeld is, onder de toepassing van die wetten vallen (zie ook, blz. 11 van het verslag nr. 392 van 3 juli 1973 namens de Commissie voor de Nationale Opvoeding, Senaat, zitting 1972-1973); dat dient te worden aangestipt dat de tekst van de artikelen 35, § 1, en 1 in ruime termen gesteld is en duidelijk elk vrij onderwijs zonder onderscheid bedoelt, en derhalve ook het universitair onderwijs, hoewel de wijziging van artikel 35, § 1, doorgevoerd werd door de wet van 11 juli 1973 (houdende wijziging van de wet van 29 mei 1959 betreffende het bewaarschoolonderwijs, het lager, middelbaar, normaal, technisch, kunst- en buitengewoon onderwijs), waarvan hoofdstuk I de wet van 29 mei 1959, die geenszins op het universitair onderwijs betrekking had, wijzigde: dat het echter niet hoofdstuk I is dat de bedoelde wijziging aan artikel 35, § 1, bevatte, doch hoofdstuk II: *Andere* wijzigingen en slotbepalingen, van voormelde wet van 11 juli 1973 (zie ook J. Van Steenberge, «Academische vrijheid en de arbeidsrechtelijke situatie van het academisch personeel», *R.W.*, 1974-75, 2635); dat bovendien gelijkaardige ruime termen gebezigd worden in artikel 1 van de thans geldende wet van 3 juli 1978, die lang na de wet van 11 juli 1973 houdende wijziging van de wet van 29 mei 1959 werd uitgevaardigd en in werking is getreden, zodat niet kan worden gezegd dat de universitaire instellingen van het vrij onderwijs niet bedoeld zijn door de woorden 'de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs'¹⁸.

Het Hof van Cassatie beslist dat het arbeidshof met voormelde motivering, zoals uit de context blijkt, bedoelt dat, nu de leden van het academisch personeel van een vrije universitaire instelling met de instelling een arbeidsovereenkomst voor bedienden sluiten, dit personeel in principe aan de wetten betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden onderworpen is, maar dat niettemin ten deze de wetten betreffende het bediendencontract, gecoördineerd op 20 juli 1955, niet kunnen worden toegepast omdat het academisch personeel van eiseres viel onder de uitzonderingsregeling begrepen in artikel 35, § 2, van die wetten, gewijzigd bij de wetten van 21 november 1969 en 11 juli 1973, daar de toestand van dit personeel statutair geregeld was; dat die redengeving geen tegenstrijdigheid inhoudt en het onderdeel derhalve feitelijke grondslag mist¹⁹. Die slotformule

¹⁵ Cass., 13 juni 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 995.

¹⁶ Concl. adv.-gen. LENAERTS bij cass., 25 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 185; concl. adv.-gen. DUMON, bij cass., 8 december 1976, *Pas.*, 1977, 404.

¹⁷ *Parl. St.*, Senaat, 1977-78, nr. 40-43; geciteerd door BLANPAIN, R., *De wet op de arbeidsovereenkomst*, R.S.R., nr. 1, Kluwer, 1978, 105.

¹⁸ Arbh. Brussel, 30 juni 1981, A.R., 9368, onuitg.

¹⁹ Zie in dit nummer cass., 11 oktober 1982, K.U.L. t/ Van W.

toont aan dat het Hof aan de rechtsvraag niet toekwam, en sluit de oplossing van enig rechtsprobleem uit²⁰.

4. Cassatiearrest van 11 oktober 1982 in zake H. t/ VZW UFSAL

Het bestreden arrest van het Arbeidshof te Brussel had beslist dat de vaststelling van een gelijkwaardig statuut slechts een door de wet opgelegde verplichting is met het oog op het verkrijgen van rijkssubsidies. Die gelijkwaardigheid is bovendien een beleidsnorm die zoveel mogelijk tot een gelijkwaardig statuut zou moeten leiden, maar de overheid kan geen bindende richtlijnen geven aan de bestuursorganen van de vrije universitaire instellingen, die alleen bevoegd zijn en blijven om «gelijkwaardige» statuten op te stellen. Uit het privaatrechtelijk karakter van de vrije universiteiten vloeit onvermijdelijk voort dat het academisch personeel zich niet in een reglementaire rechtstoestand bevindt, zoals de leden van het academisch personeel van de rijksuniversiteiten, maar zich integendeel in een contractuele situatie bevindt, met als gevolg dat het statuut bedoeld bij artikel 41 van de wet van 27 juli 1971, niet mag afwijken van de dwingende bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet²¹.

Het Hof van Cassatie vernietigt, o.i. terecht, dat arrest wegens schending van voormeld artikel 41: «Dat deze wetsbepaling aan de betrokken universitaire instellingen de verplichting oplegt een personeelsstatuut op te maken; dat ook al wordt hierdoor een voorwaarde bepaald voor het ontvangen van rijkssubsidies, het om een dwingend voorschrift gaat, waaraan door de betrokken universitaire instellingen in elk geval moet worden voldaan; dat, om de verplichting een gelijkwaardig statuut op te maken wordt opgelegd door een bijzondere dwingende wetsbepaling, dit statuut kan afwijken van de dwingende wetsbepalingen van de algemene Arbeidsovereenkomstenwet, in zoverre die afwijkingen nodig zijn om de wettelijk vereiste gelijkwaardigheid te bereiken».

5. Conclusie

Artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 beperkt de vrijheidsmarge van de contracterende partijen bij de vaststelling van de regels die hun arbeidsrelaties beheersen. Daarenboven wordt deze vrijheidsmarge nog meer beperkt door artikel 40bis van die wet wat het geldelijk aspect van de arbeidsrelatie betreft. De wetgever onttrekt aan de contracterende werkgever en werknemer belangrijke elementen die binnen de arbeidsrechtelijke sfeer van het overleg (individueel of collectief) normaliter tussen partijen worden bedongen. Dat statuut kan bovendien afwijken van de dwingende bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet, met die reserve dat die afwijking noodzakelijk is om de wettelijke gelijkwaardigheid te bereiken.

Dit impliceert dat een nieuwe soort arbeidsovereenkomst is ontstaan, onttrokken aan de Arbeidsovereenkomstenwet

en eenzijdig geregeld door de werkgever, met inachtneming van voormelde reserve²².

Immers, in tegenstelling tot de «schoolpactwetinstellingen» waarvoor, door middel van een in de ministerraad overgelegd K.B., de algemene regelen waaraan het statuut dient te beantwoorden worden vastgelegd, heeft de wetgever de raden van beheer van de vrije universitaire instellingen als enige beperking en richtlijn de gelijkwaardigheid opgedragen. Wel heeft de wetgever tegelijkertijd in de wet van 27 juli 1971 controlemechanismen ingebouwd die de toetsing van die gelijkwaardigheid mogelijk en verplicht maken. Daarnaast behoort het tot de bevoegdheid van de rechtbanken de toepassing van de gelijkwaardigheidsvereiste gesteld in artikel 41 te beoordelen. Deze uitzonderlijke macht waarmee de wetgever de raden van beheer van de vrije universiteiten heeft toegerust, heeft als enige motivering de voorziening in een collectieve behoefte die de wetgever van algemeen nut acht.

Het arrest Scheuermann van de Raad van State van 27 juli 1979²³ besliste in dit verband dat de «onderwijsinstellingen waaraan — in welke juridische vorm ook opgericht — door de wet de status van universiteit is gegeven, daardoor erkend zijn als instellingen die een activiteit ontwikkelen die door de wetgever geacht wordt te voorzien in een maatschappelijke behoefte waaraan te voldoen, een zaak van algemeen belang is; dat de organen van die instellingen openbaar gezag uitoefenen — en dus als administratieve overheid optreden — in de mate dat zij op grond van een door de wetgever gegeven habilitatie de wettelijke diploma's uitreiken die voor iedereen bindend een bekwaamheid vaststellen waaraan, in het algemeen belang en met uitsluiting van niet gediplomeerden, de bevoegdheid verbonden is bepaalde beroepen uit te oefenen».

Het is omdat de wetgever de voorziening in een bepaalde behoefte van algemeen nut acht dat «hij de organen van de rechtspersoon heeft toegerust met dat uitzonderlijk werktuig dat het openbaar gezag is, zijnde de exorbitante bevoegdheid om in het rechtsverkeer ter verwezenlijking van doeleinden die van algemeen belang zijn, aan anderen eenzijdig bindende verplichtingen te kunnen opleggen, meer bepaald door de eigen verplichtingen tegenover andere eenzijdig te bepalen, of door de verplichtingen van die anderen eenzijdig vast te stellen, welke verplichtingen onder meer kunnen bestaan in het moeten erkennen of ondergaan van bevoegdheden of rechten welke door het met openbaar gezag toegerust orgaan aan derden worden gegeven».

Hoewel het arrest Scheuermann nog twijfel laat bestaan omtrent het karakter van wat het arrest noemt «de echte vrije universiteiten» — hiermee worden de Franstalige en Nederlandstalige universiteiten van Brussel en Leuven be-

²⁰ SOETAERT, R., «Is een cassatiearrest leesbaar?», *R.W.*, 1978-79, 2622.

²¹ Arbh. Brussel, 21 april 1981, A.R. 9574, onuitg.

²² Zie eveneens VAN STEENBERGE, J., «Het sociaal statuut van het academisch personeel», *Actori incumbit probatio*, Antwerpen, 1975, 234-246; in latere publikaties opteerde de auteur echter voor een algemene toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet: «Zijn professoren (slechts) bedienden?», *S.R.*, 1976, 9, en «Academische vrijheid en de arbeidsrechtelijke situatie van het academisch personeel», *R.W.*, 1974-75, 2625.

²³ R.v.St., 27 juli 1979, o.c., overweging 8.

doeld — heeft de Raad van State in zijn arrest Franssens van 16 oktober 1981²⁴ deze twijfel weggenomen.

²⁴ Zie hierover uitvoerig: HOEFFLER, J., o.c., R.v.St., 16 oktober 1979, nr. 21467, T.B.P., 1982, 204.

Op dit stuk kan voortaan dus gerechtelijke vrede heersen, maar misschien zullen de betwistingen zich in de toekomst dan wel weer op andere punten toespitsen, bijvoorbeeld op het begrip «gelijkwaardig».

R. AERDEN en B. MERGITS V.U.B.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 11 OKTOBER 1982

Voorzitter: de h. Meeùs

Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Ansiaux en Bayart

Arbeidsovereenkomst — Onderwijs — Vrije gesubsidieerde universitaire instellingen — Personeelsstatuut — Dwingende bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht.

Art. 41 van de wet van 27 juli 1971 op de financiering en de controle van de universitaire instellingen verplicht de vrije gesubsidieerde universitaire instellingen tot het opstellen van een personeelsstatuut dat gelijkwaardig is aan dat van het personeel van de universitaire instellingen van de Staat. Het aldus opgestelde statuut kan afwijken van de dwingende bepalingen van de algemene Arbeidsovereenkomstenwet, in zoverre nodig om de wettelijk vereiste gelijkwaardigheid te bereiken.

Individuele personeelsleden kunnen t.a.v. hun rechtstoestand een beroep doen op voormeld art. 41.

H. t/ V.Z.W. Universitaire Faculteiten St.-Aloysius

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

Tot staving van haar vordering had eiseres o.m. ingeroepen dat de op haar toepasselijke ontslagregeling gelijkwaardig diende te zijn aan die welke voor de hoogleraren van rijksuniversiteiten geldt, omdat artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 de vrije universitaire inrichtingen verplicht zulk gelijkwaardig statuut uit te vaardigen.

Het arbeidshof verwerpt die stelling op grond dat artikel 41 die verplichting alleen oplegt met het oog op het verkrijgen van rijkssubsidies, dat de overheid geen bindende richtlijnen kan geven aan de vrije universiteiten en dat het in artikel 41 bedoelde statuut niet mag afwijken van de dwingende bepalingen van de wetgeving op de arbeidsovereenkomsten.

Eiseres bekritiseert deze redengeving in het derde middel.

Dat artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 aan de vrije universiteiten een verplichting oplegt, kan moeilijk worden

gelooid. Wanneer bepaald wordt dat de gesubsidieerde universitaire instellingen, bij beslissing van hun raad van beheer, voor hun personeel een statuut vaststellen, is dat toch geen aanbeveling, raad, verzoek of wens die de universiteiten naar eigen goeddunken kunnen opvolgen of naast zich neerleggen.

Aangezien het gaat om een verplichting tot het vaststellen van een personeelsstatuut, moet de uitvoering van die verplichting noodzakelijk rechtsgevolgen hebben voor de betrokken personeelsleden en dientengevolge ook voor de universiteit: het personeel put uiteraard rechten uit het statuut, waaruit vanzelfsprekend plichten voor de universiteit voortvloeien. Men kan zich toch moeilijk indenken dat de universiteit alleen een personeelsstatuut moet opmaken om subsidies te ontvangen, maar dat zij dat statuut niet moet toepassen, in de opvatting van het arbeidshof zelfs niet mag toepassen, wanneer het niet overeenstemt met de arbeidsovereenkomstenwetgeving of met de contractuele bedingen.

Het gebeurt wel dat de wet een voorwaarde stelt om een bepaald voordeel te kunnen genieten — bijvoorbeeld een subsidie —, en dat diezelfde voorwaarde niet geldt voor de toepassing van andere regelingen. Maar als die voorwaarde erin bestaat een bepaalde handeling te stellen, moeten aan die handeling toch alle rechtsgevolgen worden verbonden die ze uiteraard heeft. Bestaat die handeling, zoals ten deze, in het uitvaardigen van een regeling, dan moet die regeling ook worden toegepast, d.w.z. dat de rechtssubjecten die eronder vallen, respectievelijk aanspraak hebben op de rechten en gehouden zijn tot nakoming van de verplichtingen die uit de regeling voortvloeien. Betreft het een personeelsstatuut, dan kunnen de personeelsleden hun aanspraken doen gelden tegenover degene die hen in dienst heeft en moet deze laatste de verplichtingen nakomen en de regels toepassen die zij zelf heeft uitgevaardigd.

Artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 legt de universiteit dus ongetwijfeld een dwingende verplichting op.

Vraag is nu of het uitgevaardigde statuut mag afwijken van de dwingende bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Het gaat hier niet om een probleem van hiërarchie tussen twee verschillende rechtsbronnen, maar om de verhouding tussen twee principieel gelijkwaardige, dwingende wetsbepalingen. Want uiteindelijk komt de gestelde rechtsvraag hierop neer: moet de universiteit haar hoogleraar ontslaan overeenkomstig de dwingende bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet of is zij daarbij, met toepassing van de

eveneens dwingende bepaling van artikel 41, verplicht zich te richten naar de desbetreffende regeling die voor de hoogleraren van de rijksuniversiteiten geldt?

Uitgangspunt voor het beantwoorden van de aldus gestelde vraag is de rechtspraak: specialia generalibus derogant.

Hoogleraren van vrije universiteiten zijn door een arbeidsovereenkomst gebonden en vallen dus, zoals alle werknemers, onder de algemene Arbeidsovereenkomstenwet.

Van die algemene wet kan de wetgever echter afwijken voor een bijzondere categorie van werknemers. Dat heeft hij o.m. gedaan voor de hoogleraren. Hij heeft die bijzondere regeling evenwel niet zelf uitgevaardigd. Wel heeft hij het beginsel vastgelegd dat het statuut van de hoogleraar van de vrije universiteit — en dus ook de ontslagregeling — gelijkwaardig dient te zijn aan het statuut van de hoogleraar van de rijksuniversiteit. Maar de concrete uitwerking van dit beginsel heeft hij aan de universiteit zelf — dus de werkgever — overgelaten. Dwingend in deze bijzondere wet is dus alvast dat de werkgever bij het hanteren van het ontslagrecht de gelijkwaardigheidsregel in acht moet nemen. Wijkt de toepassing van die regel af van het algemene ontslagrecht neergelegd in de Arbeidsovereenkomstenwet, dan moet deze algemene regeling wijken voor de bijzondere regeling.

Door het tegendeel te beslissen schendt het arbeidshof artikel 41 van de wet van 27 juli 1971.

Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat de hoogleraren van de rijksuniversiteiten onafzetbaar zijn zoals eiseres in het vierde onderdeel van het derde middel betoogt.

Het Hof moet daarover geen uitspraak doen. Want die rechtsvraag is in het arrest van het arbeidshof niet ter sprake gekomen en overigens niet ter sprake kunnen komen o.w.v. de beslissing die de rechters over de toepassing en de draagwijdte van artikel 41 hebben genomen.

Weliswaar werpt eiseres de kwestie op in haar voorziening. Maar in dit opzicht is het middel niet ontvankelijk, omdat eiseres geen wettelijke bepaling aanhaalt, waaruit zij de onafzetbaarheid van het academisch personeel van de rijksuniversiteiten afleidt.

En om het arrest aan artikel 41 te toetsen moet het Hof die rechtsvraag niet onderzoeken. Nu zou kunnen worden opgeworpen dat de onwettige toepassing van artikel 41 zonder belang is, wanneer de beweerde onafzetbaarheid niet bestaat, zodat het Hof in die hypothese de aangevochten beslissing naar recht verantwoord zou dienen te verklaren op een andere grond dan die welke het arbeidshof heeft ingeroepen.

Substitutie van motieven houdt evenwel in dat het Hof op grond van de in de bestreden beslissing vastgestelde feiten uitsluitend in rechte kan oordelen dat een bepaalde rechtsregel die beslissing wettig verantwoordt. En aan deze voorwaarde kan in de onderhavige zaak niet worden voldaan. Want de vraag is niet of de aan de rijksuniversiteiten geldende regeling ook toepasselijk is op de vrije universiteiten, maar of het door verweerster gegeven ontslag gelijkwaardig is aan de regeling die te dien aanzien aan de rijksuniversiteiten geldt.

Nu is het niet noodzakelijk dat die regeling een absolute onafzetbaarheid waarborgt, opdat het ontslag niet gelijkwaardig zou zijn. Dit is even goed mogelijk wanneer de

hoogleraren aan de rijksuniversiteiten maar onder bepaalde voorwaarden kunnen worden ontslagen en die voorwaarden niet evenwaardig zijn aan die waaronder eiseres ontslagen is.

Daarom is in elk geval, na de correcte toepassing van artikel 41, voor de oplossing van het hangende rechtsgeschil, een waardeoordeel nodig dat alleen de feitenrechter kan uitspreken nadat de partijen daarover hebben kunnen discussiëren.

De cassatierechter kan alleen daarna beslissen of de feitenrechter wettig heeft kunnen oordelen dat er gelijkwaardigheid of geen gelijkwaardigheid was.

In de huidige stand van het geding kan het Hof daarover geen uitspraak doen.

De verkeerde toepassing die het arbeidshof van artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 heeft gemaakt, laat de rechtsvraag omtrent de onafzetbaarheid volkomen onbeantwoord.

Wegens gegrondbevinding van het eerste en het derde onderdeel van het derde middel concludeer ik tot de vernietiging.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 21 april 1981 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 41 van de wet van 27 juli 1971 op de financiering en de controle van de universitaire instellingen, 1134 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arbeidshof oordeelt: «dat artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 niet (door eiseres) kan worden weerhouden, aangezien het vaststellen van een 'gelijkwaardig' statuut voor het personeel van (verweerster) slechts een door de wet opgelegde verplichting is met het oog op het verkrijgen van rijkssubsidies en niet kan worden beschouwd als een contractuele verbintenis van verweerder tegenover (eiseres); dat deze gelijkwaardigheid een beleidsnorm is die zoveel mogelijk tot een gelijkwaardig statuut zou moeten leiden, maar dat de overheid geen bindende richtlijnen kan geven aan de bestuursorganen van de vrije universitaire instellingen; dat uit het privaatrechtelijk karakter van de vrije universiteiten onvermijdelijk voortvloeit dat het academisch personeel zich in een contractuele situatie bevindt, met als gevolg dat het 'statuut' bedoeld bij artikel 41 van de wet van 27 juli 1971, niet mag afwijken van de dwingende bepalingen van de wetgeving op de arbeidsovereenkomsten; dat de omstandigheid dat UFSAL tot op heden nog steeds geen gelijkwaardig statuut heeft vastgesteld, niet als een fout ten laste van (verweerster) kan worden aangevoerd door (eiseres); dat de overweging dat artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 (verweerster) verplicht aan haar personeel een met het personeel van de rijksuniversiteiten gelijkwaardig statuut te bezorgen, met daaraan vastknopend het beginsel van de onafzetbaarheid, onjuist is; dat een 'gelijkwaardig' statuut immers niet betekent een 'identiek' statuut als het academisch personeel van de rijksuniversiteiten»,

terwijl, eerste onderdeel, artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 een algemene draagwijdte heeft, zodat door de vaststelling dat de hoogleraar in vrije instellingen zich niet op het voordeel van deze wetsbepaling kan beroepen, een be-

perking in dat artikel wordt ingebouwd die erin niet is terug te vinden, het arrest aldus een relatieve wetstoepassing in het leven roept die geen steun vindt in de wet (schending van artikel 41 van de wet van 27 juli 1971);

(...)

derde onderdeel, het vermelde artikel 41 de vrije instellingen verplicht een hoogleraar onder gelijkwaardige arbeidsomstandigheden te werk te stellen als aan een rijksuniversiteit, inclusief de vastheid van betrekking, wat niet strijdig is met de wetgeving op de arbeidsovereenkomst, aangezien ook de rijksuniversiteiten een einde kunnen maken aan de opdracht van een hoogleraar, mits zij de bijzondere beëindigingsvoorwaarden in acht nemen; in ieder geval, zelfs zonder het bestaan van een specifiek statuut, artikel 41 een vrije universiteit verplicht de algemene beginselen van het professorenstatuut van de rijksuniversiteit in acht te nemen (schending van de ingeroepen artikelen);

(...)

Wat het eerste en derde onderdeel betreft:

Overwegende dat artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 bepaalt dat de door de Staat gesubsidieerde universitaire instellingen, bij beslissing van hun raad van beheer, voor hun personeel een statuut vaststellen dat gelijkwaardig is aan het statuut vastgesteld door de wetten en reglementen voor het personeel van de universitaire inrichtingen van de Staat;

Dat deze wetsbepaling aan de betrokken universitaire instellingen de verplichting oplegt een personeelsstatuut op te maken; dat, ook al wordt hierdoor een voorwaarde bepaald voor het ontvangen van de rijkssubsidies, het om een dwingend voorschrift gaat, waaraan door de betrokken universitaire instellingen in elk geval moet worden voldaan;

Dat, nu de verplichting een gelijkwaardig statuut op te maken wordt opgelegd door een bijzondere dwingende wetsbepaling, dit statuut kan afwijken van de dwingende bepalingen van de algemene Arbeidsovereenkomstenwet, in zoverre die afwijkingen nodig zijn om de wettelijk vereiste gelijkwaardigheid te bereiken;

Overwegende dat het arrest derhalve voormeld artikel 41 schendt door te oordelen dat dit artikel aan de gesubsidieerde universitaire instellingen geen dwingende verplichting oplegt en eiseres zich niet op die wetsbepaling kan beroepen, en door op die gronden te beslissen dat de regelmatigheid van het haar gegeven ontslag en de grootte van de vergoeding die haar deswege toekomt, uitsluitend aan de bepalingen van de gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract dienen te worden getoetst;

Dat de onderdelen gegrond zijn;

(...)

NOOT—Zie in dit nummer het artikel van R. Aerden en B. Mergits, «Het personeelsstatuut van de vrije universitaire instellingen: een nieuwe soort arbeidsovereenkomst?»

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 11 OKTOBER 1982

Voorzitter: de h. Meeûs

Raadsheer-rapporteur: de h. Lebbe

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. De Gryse en Houtekier

**1. Vonnissen en arresten — Tegenstrijdige motieven —
2. Onderwijs — Vrije gesubsidieerde universitaire instellingen — Buitengewoon hoogleraar — Parlementair mandaat van senator — Bezoldigde activiteit — Begrip.**

1. Het is niet tegenstrijdig te oordelen dat het academisch personeel van de vrije universitaire instellingen principieel aan de wetten betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden onderworpen zijn, maar die wetten ingevolge de bepalingen van art. 35, § 1, ten deze niet kunnen worden toegepast omdat de toestand van het personeel van eiseres statutair is geregeld.

2. Nu senatoren ingevolge art. 57 van de Grondwet geen wedde genieten, is de uitoefening van een parlementair mandaat van senator geen bezoldigde activiteit in de zin van art. 21 W. 28 april 1953 betreffende de inrichting van het universitair onderwijs van de Staat, en kan de wedde van een hoogleraar van een vrije universitaire instelling niet op grond van die wetsbepaling worden vermindert.

Katholieke Universiteit te Leuven t/ Van W.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 juni 1981 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 35, § 1, van de bij koninklijk besluit van 20 juli 1955 gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, na vastgesteld te hebben dat eiseres de stelling van verweerder dat hij, als hoogleraar aan een vrije universiteit, een arbeidsovereenkomst voor bedienden met eiseres heeft gesloten, niet betwist, en dat eiseres zich daarmee, althans impliciet maar zeker, aansluit bij de «zo goed als unanieme rechtsleer en rechtspraak ter zake», enerzijds beslist «dat het academisch personeel van de vrije universiteiten onderworpen is aan de wetten betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden», doch anderzijds oordeelt dat het academisch personeel van de vrije universiteiten niet onderworpen is aan de wetten betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden aangezien het onder de uitzonderingsgevallen beoogd bij artikel 35, § 1, van genoemde wetten valt daar zijn toestand immers statutair geregeld is, ook al is het «Reglement houdende het statuut van het academisch personeel van de K.U.L.», dat in werking trad op 1 februari 1976 behoudens sommige artikelen die slechts op 1 oktober 1976 van kracht werden, op de onderhavige betwisting niet van toepassing, de algemene en bijzondere bepalingen op het academisch personeel toepasselijk vóór het in werking treden van dit reglement, het vorige statuut uitmaken,

terwijl, eerste onderdeel, het arrest niet zonder tegenstrijdigheid kon stellen dat verweerder enerzijds onderworpen

was aan de wetten betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden en anderzijds onder de uitzonderingsgevalen beoogd bij artikel 35, § 1, van genoemde wetten viel; zodat het arrest, wegens bedoelde tegenstrijdigheid, niet regelmatig is gemotiveerd, derhalve schending inhoudt van artikel 97 van de Grondwet;

(...)

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest, in de in het middel aangehaalde consideransen, zoals uit de context blijkt, bedoelt dat, nu de leden van het academisch personeel van een vrije universitaire instelling met de instelling een arbeidsovereenkomst voor bedienden sluiten, dit personeel in principe aan de wetten betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden onderworpen is, maar dat niettemin ten deze de wetten betreffende het bediendencontract, gecoördineerd op 20 juli 1955, niet kunnen worden toegepast omdat het academisch personeel van eiseres viel onder de uitzonderingsbepaling, begrepen in artikel 35, § 1, van die wetten, gewijzigd bij de wetten van 21 november 1969 en 11 juli 1973, daar de toestand van dit personeel statutair geregeld was;

Dat die redengeving geen tegenstrijdigheid inhoudt en het onderdeel derhalve feitelijke grondslag mist;

(...)

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1134 van het Burgerlijk Wetboek, 41 van de wet van 27 juli 1971 op de financiering en de controle van de universitaire instellingen, 21 van de wet van 28 april 1953 betreffende de inrichting van het universitair onderwijs door de Staat, gewijzigd bij de wet van 6 juli 1964, en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest oordeelt dat de raad van beheer van eiseres niet gerechtigd was om vanaf 1 augustus 1972 de wedde van verweerder te verminderen zonder verweerders instemming, omdat artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 de door de Staat gesubsidieerde universiteiten niet dwingend verplicht om bij beslissing van hun raad van beheer een statuut vast te stellen voor hun personeel, dat gelijkwaardig is aan het statuut vastgesteld door de wetten en reglementen voor het personeel van de universitaire inrichtingen van de Staat, doch het uitwerken van een dergelijk gelijkwaardig statuut enkel een voorwaarde is tot het verkrijgen van rijkssubsidies, verder omdat uit een brief van 17 juli 1972 van de minister van Nationale Opvoeding onduidelijk blijkt dat voor de professoren aan de rijksuniversiteiten, die een parlementair mandaat hebben opgenomen, nooit weddeverminderingen zijn toegepast en daarenboven het politiek mandaat van senator niet een «andere bezoldigde activiteit» uitmaakt in de zin van artikel 21 van de wet van 28 april 1953, en ten slotte omdat artikel 143 van het Reglement houdende statuut van het academisch personeel van de Katholieke Universiteit te Leuven impliciet maar duidelijk het principe eerbiedigt dat in beginsel geen wijziging mag worden aangebracht in de rechten en verplichtingen van de leden van het academisch personeel, tenzij met hun akkoord,

(...)

derde onderdeel, artikel 21 van de wet van 28 april 1953, gewijzigd bij de wet van 6 juli 1964, bepaalt dat «gewoon hoogleraar de titularis is van de leerstoel die geen enkele

andere bezoldigde activiteit uitoefent, welke een groot gedeelte van zijn tijd in beslag neemt», en «buitengewoon hoogleraar de titularis is van een leerstoel die een andere bezoldigde activiteit uitoefent, die een groot gedeelte van zijn tijd in beslag neemt»; eiseres door artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 wettelijk verplicht werd een statuut vast te stellen voor haar personeel, gelijkwaardig aan het statuut vastgesteld door de wetten en reglementen voor het personeel van de universitaire inrichtingen van de Staat; de beslissing van de raad van beheer van eiseres van 30 november 1971, zoals zij in conclusie deed gelden, een onderdeel was van de uitvoering van de haar door de wetgever bij artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 opgelegde verplichting daar, enerzijds haar raad van beheer zich niet moest laten leiden door de houding van de minister van Nationale Opvoeding in verband met de toepassing van de wet van 28 april 1953 ten aanzien van de rijksuniversiteiten en, anderzijds in artikel 21 van laatstgenoemde wet onder «bezoldigde activiteit» moet worden verstaan elke activiteit waarvoor de betrokkene een geldelijke tegenprestatie ontvangt, welke ook de benaming daarvan zij; het arrest, in zoverre het beslist dat de raad van beheer van eiseres niet gerechtigd was om vanaf 1 augustus 1972 de wedde van verweerder te verminderen zonder verweerders instemming en daarbij steunt op de brief van 17 juli 1972 van de minister van Nationale Opvoeding en op de overweging dat het politiek ambt van senator geen bezoldigde activiteit uitmaakt, de artikelen 41 van de wet van 27 juli 1971 en 21 van de wet van 28 april 1953 schendt en, door niet te antwoorden op de eerder in dit onderdeel vermelde en bij conclusie aangevoerde middelen van eiseres, niet regelmatig gemotiveerd is (schending van artikel 97 van de Grondwet):

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest beslist dat het uitoefenen van het politiek mandaat van senator geen bezoldigde activiteit is in de zin van artikel 21 van de wet van 28 april 1953 betreffende de inrichting van het universitair onderwijs door de Staat;

Overwegende dat eiseres in haar conclusie had doen gelden dat onder bezoldigde activiteit in de zin van genoemd artikel 21 moet worden verstaan «elke activiteit waarvoor de betrokkene een geldelijke tegenprestatie ontvangt»;

Overwegende dat het arrest evenwel oordeelt dat de vergoeding die de senatoren ontvangen geen bezoldigend karakter heeft maar rechtens moet worden geacht onkosten te dekken; dat het aldus te kennen geeft dat die vergoeding niet de tegenprestatie is van de activiteit die met de uitoefening van het mandaat verbonden is;

Dat het aldus de conclusie op dit punt beantwoordt;

Overwegende dat, luidens artikel 21 van de wet van 28 april 1953, vervangen door artikel 5 van de wet van 6 juli 1964, het onderscheid dat in die wet wordt gemaakt tussen gewoon en buitengewoon hoogleraar ligt in het al dan niet uitoefenen, door de titularis van een leerstoel, van een andere bezoldigde activiteit welke een groot deel van zijn tijd in beslag neemt; dat de uitdrukking «bezoldigde activiteit» moet worden verstaan in de betekenis van een activiteit waaraan een geldelijke of in geld waardeerbare tegenprestatie is verbonden;

Overwegende dat artikel 57 van de Grondwet bepaalt dat de senatoren geen wedde genieten; dat zij evenwel recht

hebben op vergoeding van hun onkosten en bovendien vrij verkeer hebben op alle verkeerswegen door de Staat geëxploiteerd of in concessie gegeven;

Dat de in die grondwettelijke bepaling bedoelde vergoeding niet de geldelijke tegenprestatie is van de diensten die het lid van de Senaat aan de Natie verleent;

Overwegende dat het arrest derhalve, door te oordelen dat de uitoefening van het parlementair mandaat van senator geen bezoldigde activiteit is als bedoeld in artikel 21 van de wet van 28 april 1953, die wetsbepaling niet schendt;

Overwegende dat, gelet op de beslissing op dat punt, de in het onderdeel bedoelde conclusie voor het overige niet meer dienend was en het onderdeel, in zoverre het opkomt tegen de considerans die het arrest toch daaraan wijdt, bij gebrek aan belang niet ontvankelijk is;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;
(...)

NOOT—Zie in dit nummer ook Cass., 11 oktober 1982, H. t/ Universitaire Faculteiten St.-Aloysius, met conclusie van de advocaat Lenaerts, alsmede het artikel van R. Aerden en B. Mergits.

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 8 JULI 1982

Voorzitter: de h. Vermeulen (rapporteur)

Staatsraden: de hh. Vander Stichele en Suetens

Auditeur: de h. Borret (gelijkluidend advies)

Advocaten: mrs. Matthys en Verbist

1. Raad van State — Rechtspleging — Verwerende partij — Aanwijzing door de Raad van State — 2. Centrale examencommissie — Juridisch bestaan — Annulatieberoep — Gevolgen — 3. Bestuursoverheid — Onrechtmatig optreden — Openbare orde — Bevoegdheid van de rechter — 4. Gezag van het gewijsde — Schending — 5. Bestuursoverheid — Vage normen — Discretionaire bevoegdheid — Grenzen — Toetsing door de rechter — 6. Examencommissie — Discretionaire bevoegdheid — 7. Examencommissie — Beslissing — Zorgvuldigheid — Behoorlijke motivering — Afstudeerscriptie — 8. Dwangsom — Prejudiciële vraag aan Benelux-Gerechtshof — 9. Wetten — Interpretatie — Beneluxovereenkomst van 26 november 1973 betreffende de dwangsom — 10. Dwangsom — Raad van State — Bevoegdheid — 11. Dwangsom — Raad van State — Initiatiefrecht — 12. Dwangsom — Betekenis — Oplegging van dwangsom aan de leden van een bestuurscollege, in solidum.

1. De regelen van het burgerlijk procesrecht zijn niet als zodanig direct van toepassing wanneer een proces gevoerd wordt voor de Raad van State.

De leiding van het proces berust bij de Raad van State en het zijn daarom de organen van de Raad die bepalen hoe het proces moet worden georganiseerd en dus ook wie als verwerende partij bij het proces moet worden betrokken. Zijn de gegevens die de verzoekende partij verstrekt, vol-

doende om het voorwerp van het ingestelde beroep te bepalen, dan wordt de aanwijzing van de verwerende partij door de Raad, rekening houdend met wat de inzet van het beroep blijkt te zijn, bevestigd of verbeterd.

Wanneer de bestreden beslissing is genomen door een bestuurscollege of een overheidspersoon die eigen beslissingsmacht hebben, worden die als verwerende partij door de Raad van State aangewezen, ook al zijn zij niet, volgens civielrechtelijke regelen, het orgaan dat bevoegd is om in processen op te treden als de vertegenwoordiger van de publiekrechtelijke rechtspersoon waaraan het optreden van de zelfstandig beslissende bestuursoverheid wordt toegerekend.

2. Indien een beroep tot vernietiging van een beslissing van de examencommissie van de Staat hangende is voor de Raad van State, wordt het juridisch bestaan van de commissie, in de samenstelling die verantwoordelijk is voor het nemen van de bestreden beslissing, verlengd voor de duur van de afwikkeling van dat proces en ook nog na het proces, indien de uitvoering van een eventueel vernietigingsarrest het nemen van maatregelen vereist waartoe alleen de commissie bevoegd is.

3. Het opzettelijk overtreden van de wet door een bestuursoverheid is onverenigbaar met de openbare orde; een zodanig optreden maakt de rechter bevoegd ambtshalve de gebreken waardoor de beslissing is aangetast, bloot te leggen en daaruit te besluiten tot de ongeldigheid van wat onrechtmatig werd verricht.

4. De schending van het gezag van het gewijsde van een arrest levert een vernietigingsgrond op die ambtshalve moet worden aangevoerd.

5. Het niet of slechts in vage termen in de norm vermeld zijn van de voorwaarden waaronder de overheid een beslissing mag of moet nemen, betekent niet dat geen voorwaarde vervuld moet zijn; het betekent dat de wet aan de bestuursoverheid overlaat te oordelen wanneer in concreto de voorwaarde vervuld is.

Een op grond van een vage norm te nemen beslissing moet worden vastgesteld met de bijgedachte dat die beslissing de toets van aanvaardbaarheid moet kunnen doorstaan, wanneer andere zorgvuldig en bedachtzaam te werk gaande personen die kennis van zaken hebben, de beoordeling van de zaak overdoen en verifiëren of de grenzen van de redelijkheid in acht genomen zijn.

Oordeelt de legaliteitsrechter dat de bestuursoverheid ondanks de bijzondere deskundigheid waarover die beschikt, niet tot een beoordeling is gekomen waarvan de elementen de redelijkheid van de beslissing doen begrijpen, dan is het overschrijden van de grenzen van de redelijkheid tevens een overschrijding van de aan die bestuursoverheid gegeven bevoegdheid.

6. Een examencommissie mag bij de beoordeling van de kennis of vaardigheid van een examinandus geen criteria gebruiken die onverenigbaar zijn met de aard en/of het niveau van de kennis zoals die door de wet zijn vastgelegd of bij wijze van wetsinterpretatie uit de wet zijn afgeleid.

7. De overheid die een voldoende prestatie eist als voorwaarde om een voordeel, zoals een diploma, te verkrijgen, heeft de verplichting met voldoende duidelijkheid de vereisten kenbaar te maken waaraan moet worden voldaan om het voordeel te verkrijgen — om het diploma te behalen.

T.a.v. een beslissing van een examencommissie over een

afstudeerscriptie is vereist dat de zwakheden en verdiensten, alsook de aangelegde maatstaven worden opgenomen in een verslag dat van tevoren aan alle leden van de commissie is meegedeeld of tijdig voor hen ter beschikking is gelegd, samen met een voorstel van punten. Enkel indien de bespreking van dat verslag en de goedkeuring ervan, samen met de door de hele commissie vastgestelde punten, zijn opgenomen in de notulen van de vergadering van de examencommissie, kunnen die notulen worden beschouwd als het stuk dat vereist is om aan te tonen dat de beslissing ten aanzien van de waarde van de scriptie een grondslag heeft.

8. Indien er redelijkerwijze twijfel over kan bestaan of ook de Raad van State een rechter is als bedoeld wordt in art. 1385bis, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek — d.w.z. in artikel 1, lid 1, van de eenvormige wet op de dwangsom — dan moet het Benelux-Gerechtshof, krachtens artikel 6, lid 1 tot 3, van het Verdrag van 31 maart 1965, daarover uitsluitsel geven.

Het vierde lid van voormeld artikel 6 bepaalt onder het 2° evenwel dat geen prejudiciële raadpleging van het Benelux-Hof vereist is, indien een rechtszaak wegens haar spoedeisend karakter zonder uitstel moet worden afgedaan.

9. Een wettekst heeft een zelfstandige waarde en werking die maakt dat hij zich van zijn wordingsgeschiedenis kan losmaken in de mate dat hij ook zinvol maatschappelijke verhoudingen kan regelen waaraan bij het maken van de wet niet werd gedacht maar die in de hypothese van de rechtsregel kunnen worden ingepast.

Meer in het bijzonder bevatten de Benelux-Overeenkomst en de eenvormige wet betreffende de dwangsom dergelijke regelen; derhalve kan aan de eenzijdige strekking van de voorbereiding van de Overeenkomst en van de eenvormige wet — er werd uitsluitend aan toepassing in de domeinen van het privaatrecht gedacht — niet de waarde van beslissend interpretatiecriterium worden toegekend bij het bepalen van de werking van de Overeenkomst en de eenvormige wet.

10. Zowel op theoretische als op praktische gronden moet worden aangenomen dat het binnen de bevoegdheid van de Raad van State ligt in een considerans te bepalen welke maatregelen van rechtsherstel aan de overheid zijn opgelegd ten gevolge van gezag van het gewijsde dat aan het declaratief effect van een vernietigingsgrond toekomt.

Aangezien de kamers van de afdeling administratie van de Raad van State beslissen als rechters die een partij kunnen veroordelen tot een doen of een laten — de betaling van geldsommen uitgesloten zijnde — ten voordele van een andere partij, moet worden aangenomen dat die kamers op grond van artikel 1 van de eenvormige wet op de dwangsom bevoegd zijn om ten nadele van een partij en ten voordele van de wederpartij de verbeurte van een dwangsom uit te spreken om alzo zekerheid betreffende de uitvoering van een arrest te verkrijgen.

11. In de dubbele opdracht de handhaving van de regelen van openbare orde te verzekeren en de mindere positie van de rechtzoekende bij het voeren van de rechtsstrijd te compenseren, vinden de organen van de Raad van State de bevoegdheid om die rechtzoekende te wijzen op de mogelijkheid dat een regel van openbare orde geschonden is.

De organen van de Raad van State — de bevoegde auditor, de bevoegde kamer — blijven derhalve binnen de grenzen van hun bevoegdheid indien zij, in verband met de

schending van een regel van openbare orde, wijzen op de mogelijkheid voor de rechtzoekende — in de vrij zeldzame gevallen dat die zich voordoet — een dwangsom te vorderen om de naleving te verzekeren van het gezag van het gewijsde dat een eventueel vernietigingsarrest kan hebben met betrekking tot het verlenen van rechtsherstel als gevolg van het declaratief effect van de vernietigingsgrond.

12. De zin van de dwangsom is te verkrijgen dat een verplichting wordt vervuld door de vermoede onwil te breken van wie tot het vervullen van de verplichting gehouden is.

Gebruikt men als beïnvloedingsmiddel de dreiging met aantasting van bezit, dan is de aantasting van het bezit van degene op wie de dwang gericht is, het meest efficiënt en dus het meest aangewezen.

Die oplossing is het meest verantwoord volgens welke de dwangsom moet worden uitgesproken ten laste van de individuele persoon of personen zelf die, als afzonderlijk optredend overheidspersoon of als gezamenlijk optredende leden van een bestuurscollege, veroordeeld worden om een bepaalde beslissing te nemen.

Aangezien het vervullen van een bij arrest aan een bestuurscollege opgelegde verplichting op alle leden van het college, gezamenlijk optredend, rust, dragen ook alle leden van het bestuurscollege een ondeelbare collectieve verantwoordelijkheid indien de opgelegde verplichting niet wordt vervuld op de wijze zoals uit het arrest volgt. Die ondeelbare collectieve verantwoordelijkheid heeft tot gevolg dat zij in solidum tot het voldoen van de dwangsom gehouden zijn.

Arrest nr. 22.446

Z. t/ Minister van Onderwijs en Centrale Examencommissie (diploma van gegradueerde in de kinesitherapie)

Gezien het verzoekschrift dat Nicole Z. op 3 december 1981 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van een beslissing die op 22 oktober 1981 genomen werd door de Centrale examencommissie, ingesteld bij artikel 17 van het koninklijk besluit van 16 april 1965 tot regeling van de studien leidend o.m. tot de graad van gegradueerde in de kinesitherapie, beslissing waarbij verzoekster verklaard werd niet geslaagd te zijn voor haar eindexamen; (...)

1. Overwegende dat wat tot deze rechtszaak heeft geleid, zich als volgt heeft voorgedaan:

1.1. Bij arrest van 12 mei 1981, nr. 21.167, vernietigt de Raad van State een beslissing van 21 oktober 1980 waarbij de examencommissie, die ook de door het onderhavige beroep bestreden beslissing van 22 oktober 1981 genomen heeft, ook toen stelde dat verzoekster niet geslaagd was voor het eindexamen dat haar het diploma van gegradueerde in de kinesitherapie had moeten opleveren.

1.2. Het arrest van 12 mei 1981, uitgaande van de gegevens van het dossier en van de door de verzoekende partij verstrekte en door de verwerende partij niet weersproken inlichtingen, kwam ertoe de dienstige feitelijke gegevens van de zaak als volgt vast te stellen.

1.2.1. Verzoekster had, alvorens zich in 1980 tot de examencommissie van de Staat te wenden, reeds drie jaar studies in de kinesitherapie gedaan aan het Stedelijk Hoger Instituut voor paramedische beroepen te Gent, een instelling erkend door het Rijk en geïnspecteerd door de daar-

voor speciaal bij het Ministerie van Volksgezondheid opgerichte dienst voor de «Inspectie der scholen voor paramedische beroepen». Voor haar eindexamen in 1979 was verzoekster te Gent niet geslaagd omdat ze voor een aantal vakken geen 50 % van de punten had behaald. Voor haar afstudeerscriptie waren haar evenwel 68,3 % van de punten toegekend. Die scriptie was beoordeeld door een lid van het onderwijzend personeel en door een dokter in de geneeskunde, assistent in de kliniek voor fysiotherapie en orthopedie van de Rijksuniversiteit Gent.

1.2.2. In 1980 verschijnend voor de examencommissie van de Staat, zakte verzoekster in de eerste zitting: voor een aantal vakken behaalde ze geen 50 %; voor haar scriptie, de onveranderd gebleven scriptie die haar 68,3 % had opgeleverd te Gent, kreeg ze slechts 66 punten op 200, d.i. 33 %.

Een van de drie leden van de commissie die haar scriptie gelezen hadden, gaf haar mondeling als enige verklaring voor die 33 %, dat de presentatie van haar scriptie niet voldoende was. Dat lid gaf haar dan de raad die presentatie bij te werken.

1.2.3. Verzoekster deed wat haar aangeraden werd: ze verbeterde de presentatie van haar scriptie en meldde zich aan voor de tweede examenzitting. Zij slaagde ditmaal voor alle vakken en behaalde daarvoor 61,5 % van de punten. Voor haar herwerkte scriptie kreeg ze evenwel slechts 91 punten op 200 of 45 %. Zij was dus weer niet geslaagd.

1.2.4. Voor de tweede zitting was de scriptie beoordeeld door de twee kinesitherapeuten — een licentiaat en een gegradueerde — die ook in de eerste zitting de scriptie van verzoekster hadden doorgenomen. Aan verzoekster deelden ze — eens te meer mondeling — mee dat haar naar de vorm herwerkte scriptie ook niet voldeed naar de inhoud, meer bepaald omdat het theoretisch gedeelte niet voldoende was uitgediept. Uit een nadere toelichting, gegeven door een van de kinesitherapeuten, bleek dat het moeilijk te begrijpen grote verschil in waardering van de scriptie door de Gentse instelling en de waardering door de Staatscommissie, hierdoor moest worden verklaard dat de leden van de Staatscommissie niet konden instemmen met de door het Gentse instituut aangenomen opvatting over wat een scriptie moest zijn, te weten een uiteenzetting over de wijze waarop een bepaalde therapie moet worden toegepast, een uiteenzetting die weliswaar moet uitgaan van de theoretische grondslag van de therapie, maar die de nadruk moet leggen op de praktische toepassing ervan. Volgens de opvatting van de leden van de Staatscommissie moest, integendeel, in de scriptie hoofdzakelijk belang worden gehecht aan de uiteenzetting van het theoretisch gedeelte, d.i. aan de beschrijving van de wetenschappelijke grondslag van de therapie, als aan de praktische toepassing ervan.

1.3. De grond die in het arrest als voldoende wordt aangenomen om de beslissing van 21 oktober 1980 te vernietigen, kwam nader uitgelegd hierop neer.

1.3.1. Uitgangspunt is de vaststelling tot welk soort onderwijs de studiën in de kinesitherapie moeten worden gerekend en wat het doel is dat met het verstrekken van dat onderwijs wordt nagestreefd. Gesteund wordt op de verklaringen door de bevoegde ministers en door de verslaggever afgelegd tijdens de parlementaire voorbereiding van de wetten van 7 juli 1970 en 18 februari 1977 betreffende het hoger, niet universitair onderwijs, waartoe de studiën in de

kinesitherapie behoren. Volgens die verklaringen verschilt het hoger niet universitair onderwijs fundamenteel van het universitair onderwijs. Enerzijds is het universitair onderwijs gericht op het theoretische, wat verder onderzoek mogelijk moet maken en alzo de uitbreiding van de wetenschappelijke kennis moet bevorderen; anderzijds is het niet universitair hoger onderwijs, zonder gesloten te zijn voor de theorie, voornamelijk afgestemd op de professionele toepassing van wetenschappelijke kennis; doel van het onderwijs is derhalve voor te bereiden op de uitoefening van een bepaald beroep.

1.3.2. De studiën in de kinesitherapie behoren tot het niet universitair hoger onderwijs; die studiën duren maar drie jaar en zijn dus niet universitair onderwijs van het korte type. Het gaat duidelijk om onderwijs dat ertoe strekt voor te bereiden op de uitoefening van een beroep dat hoofdzakelijk bestaat in het in de praktijk toepassen van een bepaalde soort behandelingen aangepast aan bepaalde soorten kwalen.

1.3.3. Betreft men wat onder de punten 1.3.1 en 1.3.2 werd uiteengezet op de criteria die wettig kunnen worden gehanteerd om de waarde van een afstudeerscriptie te meten die wordt ingediend om het diploma van gegradueerde in de kinesitherapie te behalen, dan volgt daaruit dat in een dergelijke afstudeerscriptie hoofdzaak is het beschrijven van al wat de praktische toepassing van een in het bijzonder bestudeerde behandeling betreft, terwijl de beschrijving van de verschillende wetenschappelijke theorieën die als wetenschappelijke grondslag voor die bepaalde behandeling worden voorgesteld, slechts op de tweede plaats komt, precies omdat het toetsen van de waarde van wetenschappelijke theorieën en het verder op eigen initiatief ontwikkelen van wetenschappelijke denkbeelden niet behoort tot de doeleinden van het aan aankomende kinesitherapeuten te verstrekken hoger paramedisch onderwijs.

1.3.4. De conclusie van punt 1.3.3 betreffende op de vastgestelde feitelijke gegevens van de zaak, kwam het arrest van 12 mei 1981 tot de bevinding dat de beslissing van 21 oktober 1980, welke verzoekster verklaarde niet geslaagd te zijn, niet de rechtens vereiste grondslag had, aangezien de te beoordelen prestatie van verzoekster voor een belangrijk gedeelte — op de scriptie stonden 200 punten op 500 — aan de hand van een rechtens niet toelaatbaar criterium op haar waarde werd getoetst, wat die beoordeling als kennelijk onredelijk deed voortkomen met het gevolg dat de beslissing geacht werd, de impact van de onjuiste beoordeling in aanmerking genomen, in haar geheel gevitieerd te zijn.

1.4.1. Rekening houdend met het feit dat de bestuurs-overheid — ook al is ze van goede wil — zich niet steeds precies rekenschap geeft van wat een door de Raad van State aangenomen vernietigingsgrond als rechtsherstel ten voordele van de verzoeker vereist, of hoe ze bij het verlenen van dat rechtsherstel te werk moet gaan, expliciteert het arrest ten gerieve van de examencommissie ten dele — omdat verwacht werd dat de examencommissie positief zou zijn ingesteld, en ze op de goede weg zetten voldoende zou zijn — wat zij te doen had om het arrest uitvoering te geven, te weten zo spoedig als mogelijk is bijeen te komen met als enige opdracht de scriptie van verzoekster te toetsen aan de hand van de juiste, in rechte toelaatbare criteria, om dan het totale examenresultaat opnieuw vast te stellen, re-

kening houdend met de verbeterde beoordeling van de scriptie.

1.4.2. Met dezelfde bezorgdheid een foutloze nieuwe beslissing mogelijk te maken was overigens in het arrest ook erop gewezen aan welke voorwaarden de notulen van de examencommissie moeten voldoen en, meer bepaald, dat aan die notulen een schriftelijk verslag moet worden toegevoegd waarin de leden van de commissie die een afstudeerscriptie hebben gelezen en beoordeeld, doen weten wat hun oordeel — vooral wat hun bijzonder ongunstig oordeel — heeft bepaald.

1.5. De uitvoering van het arrest van 12 mei 1981 blijkt te zijn verlopen als volgt:

1.5.1. Het arrest van 12 mei 1981 werd aan de minister van Nationale Opvoeding betekend op 19 mei 1981. De bijkbare zwakte van de stroom die de communicatieketen binnen het ministerie onder spanning moet houden, is de oorzaak ervan geweest dat het arrest pas op 21 juni 1981 werd toegezonden aan de voorzitter van de examencommissie, aan wie het toekomt de examencommissie, waarvan de beslissing vernietigd werd, bijeen te roepen om een nieuwe beslissing te nemen.

1.5.2. Die voorzitter was op 21 juni 1981 met vacantie. Bij haar terugkeer stelde zij de vergadering van de commissie vast op 3 september 1981. Verzoekster werd eveneens opgeroepen om op die dag voor de commissie te verschijnen. De leden van de commissie weigerden echter op die dag bijeen te komen, aanvoerende dat ze elders verplichtingen hadden.

1.5.3. De voorzitter legde zich bij de weigering van de leden neer en stelde een nieuwe datum vast, 7 oktober 1981. Die dag kwam de commissie inderdaad bijeen. Aan verzoekster werd gezegd dat het niet nodig werd geacht haar opnieuw in de verdediging van haar scriptie te horen, aangezien ze daartoe reeds het jaar voordien die gelegenheid had gehad.

1.5.4. De leden van de examencommissie schijnen pas op 7 oktober 1981 kennis gekregen te hebben van het arrest van 12 mei 1981 en dan nog doordat verzoekster een kopie ervan ter beschikking stelde. Daar de leden van de commissie, geconfronteerd met iets wat hun nog nooit overkomen was, niet direct wisten wat te doen, heeft de voorzitter het nemen van een beslissing verdaagd en heeft ze de commissie opnieuw bijeengeroepen voor 22 oktober 1981.

1.5.5. Tussen 7 oktober en 22 oktober 1981 werd, zoals kan worden afgeleid uit de pleitnota van de voorzitter van 20 april 1982, overleg gepleegd met het kabinet van de minister en met de Hoge Raad voor paramedisch onderwijs, om na te gaan wat kon worden gedaan na wat gevoeld werd als een terechtwijzing gegeven door de Raad van State.

1.5.6. De bestreden beslissing wordt op 22 oktober 1982 genomen. De notulen van de vergadering van de commissie bevatten enkel, behoudens de vermelding van de namen van de aanwezigen, de volgende passages:

— «Haar (verzoeksters) thesis moet opnieuw worden getoetst aan de hand van de juiste door de Raad van State toelaatbaar geachte criteria»,

— «Na de deliberatie werd volgende uitslag bekendgemaakt (betreffende) Z. Nicole, 3e jaar kinesithérapie: Uit de voorgelegde, voorgedragen en ondervraagde scriptie blijkt niet dat de kandidaat de onontbeerlijke theoretische verantwoording of evaluatie kan geven voor de beschreven

professionele handelingen. Daarenboven wordt de beschrijving van deze professionele handelingen zelf als onvoldoende beoordeeld».

Daaronder volgen de handtekeningen van de leden van de afdeling van de Staatscommissie die in 1980 voor de tweede zitting bevoegd waren het eindexamen van de kandidaten voor de graad van gegradueerde in de kinesithérapie af te nemen, met name de handtekeningen van:

— dr. H. L., voorzitter, ambtenaar gehecht aan de inspectie der scholen voor paramedische beroepen van het Ministerie van Volksgezondheid,

— dr. C., leraar aan het Rijksinstituut voor technisch onderwijs te Brugge,

— Van N., leraar aan het Hoger Rijksinstituut voor paramedische beroepen te Ronse,

— L., leraar aan het Hoger Rijksinstituut voor paramedische beroepen te Gent en aan het Hoger Rijksinstituut voor paramedische beroepen te Kortrijk,

— V., leraar aan het stedelijk Instituut voor paramedische beroepen te Gent,

— Van de W., leraar aan het Hoger Rijksinstituut voor paramedische beroepen te Kortrijk,

— L., V., V. en B., allen leraars aan het Hoger Technisch Instituut te Brugge,

— Van der H., secretaris van de commissie.

1.5.7. Met een briefje van 23 oktober 1981 laat de secretaris van de commissie aan verzoekster weten «dat de juryleden van het centrale examen, die in een extra deliberatie bijeengekomen zijn op donderdag 22 oktober 1981, U opnieuw als *niet geslaagd* hebben geoordeeld».

1.5.8. Na van her naar der te zijn gestuurd ontvangt de raadsman van verzoekster op 27 november 1981 een kopie van de notulen van de vergadering van de commissie van 22 oktober 1981.

1.5.9. Op 3 december 1981 dient verzoekster het onderhavige annulatieberoep in.

2. Overwegende dat de voorzitter van de Staatscommissie welke de bestreden beslissing van 22 oktober 1981 genomen heeft, namens die commissie doet gelden dat de commissie niet geldig als verwerende partij in deze rechtszaak kon worden betrokken, ten eerste, omdat de verzoekende partij de commissie niet als verwerende partij heeft aangewezen, ten tweede, omdat de commissie gewoon geen verwerende partij in een proces kan zijn, aangezien ze geen rechtspersoonlijkheid heeft, en, ten derde, omdat de commissie opgehouden heeft te bestaan, aangezien ze slechts telkens opnieuw voor een beperkte duur en niet altijd in dezelfde samenstelling door de minister wordt opgericht; dat aan dat verweer geen gevolg kan worden gegeven, om volgende redenen.

2.1.1. De regelen van het burgerlijk procesrecht zijn niet als zodanig direct van toepassing wanneer een proces gevoerd wordt voor de Raad van State. Ze hebben de functie van aanvullend recht indien voor een bepaald aspect van de procesvoering voor de Raad van State, geen eigen regeling is vastgesteld. Zelfs dan moeten die regelen van burgerlijk procesrecht — indien nodig — worden toegepast volgens modaliteiten die rekening houden met het eigen karakter van die procesvoering.

2.1.2. De praktijk is inderdaad ontstaan om bij het aanwijzen van de verwerende partij in de processen gevoerd voor de Raad van State de regelen van het burgerlijk pro-

cesrecht toe te passen en als verwerende partij in die proces te betrekken de rechtspersoon waaraan, met toepassing van de orgaantheorie, de bestreden beslissing wordt toegerekend; die rechtspersoon wordt dan in het proces vertegenwoordigd door het orgaan dat volgens het burgerlijk procesrecht daartoe bevoegd is.

De onaangepastheid van die handelwijze is evenwel herhaaldelijk in verband met bepaalde gevallen gebleken, wat bij nader toezien het besluit rechtvaardigt dat de regeling welke voor die gevallen werd aangenomen, ook die is welke in wezen het best voor alle gevallen met het eigen karakter van de procesvoering voor de Raad van State overeenstemt.

2.1.3. Kenmerkend voor de zoëven bedoelde gevallen is dat de bestreden beslissing wordt genomen door een bestuurscollege of een overheidspersoon die eigen beslissingsmacht hebben. Die worden dan als verwerende partij door de Raad van State aangewezen, ook al zijn zij niet, volgens civielrechtelijke regelen, het orgaan dat bevoegd is om in processen op te treden als de vertegenwoordiger van de publiekrechtelijke rechtspersoon waaraan, aan het slot van het arrest, het optreden van de zelfstandig beslissend bestuursoverheid wordt toegerekend, indien althans dat optreden onrechtmatig is bevonden en het dan nodig wordt een patrimonium aan te wijzen waarop de kosten kunnen worden aangerekend van het voor de verwerende partij ongunstig afgelopen proces.

2.1.4. Het is overigens vanzelfsprekend dat het zelfstandig beslissend bestuurscollege of de zelfstandig beslissende overheidspersoon het best in staat zijn om te doen weten wat — feiten en overwegingen — tot het nemen van de beslissing heeft aanzet. Die zelfstandig beslissende colleges of overheidspersonen zijn uiteraard ook het meest erin geïnteresseerd om te zorgen voor een behoorlijke verdediging van wat beslist werd. Zij zijn dan ook het meest geschikt om als verwerende partij te worden aangewezen.

Omdat geen voorschrift van het procedurereglement uitdrukkelijk bepaalt wie precies als verwerende partij moet optreden, kan de Raad van State, aan wie het procedurereglement de leiding van voor de Raad gevoerde processen opdraagt, als verwerende partij zodanige rechtssubjecten aanwijzen — overheden die beslissingen nemen zijn uiteraard rechtssubjecten, op hen immers worden de bevoegdheden vastgezet — als voor het vervullen van die rol het meest geschikt voorkomen. Zoals reeds werd betoogd, is de overheid die de beslissing neemt, zeker als ze die zelfstandig neemt, voor die rol het meest geschikt. Alzo werden als verwerende partij aangewezen:

- de bestendige deputatie optredend ter uitvoering van een opdracht van algemeen bestuur;
- de vaste wervingssecretaris zelfstandig beslissend in personeelszaken;
- de burgemeester belast met de uitvoering van politiewetten en verordeningen;
- de provinciegouverneur, zelfstandig optredend als toeziende overheid;
- de homologatiecommissie die de regelmatigheid van verleende diploma's vaststelt.

In al die voorbeelden is het aanwijzen van een rechtspersoon enkel aan de orde gekomen, voor zover aan het einde van het arrest over de aanrekening van de kosten van het proces ten nadele van de verwerende partij moest worden beslist.

2.1.5. De Staatscommissie waarom het in deze zaak gaat, is opgericht op grond van de artikelen 31 e.v. van het koninklijk besluit van 14 november 1962 houdende algemene regeling van de studiën in het hoger technisch onderwijs, en van artikel 17 van het koninklijk besluit van 16 april 1965 tot instelling van het diploma van gegradueerde in de kinesitherapie. Die besluiten geven aan die commissie een zelfstandige beslissingsmacht.

Overeenkomstig de in herinnering gebrachte rechtspraak, die ook in dit arrest wordt bijgevalen, moet die commissie geacht worden bevoegd te zijn om, in processen die voor de Raad van State worden gevoerd, als verwerende partij de verdediging op te nemen van de beslissingen welke die commissie genomen heeft en waarvan de vernietiging gevorderd wordt.

De praktijk bewijst overigens dat het noodzakelijk is om de examencommissie als verwerende partij bij een beroep tot vernietiging van een door haar genomen beslissing te betrekken. Het feit dat in de vorige zaak de verdediging van de door de commissie genomen beslissing niet met veel overtuiging door het departement gevoerd werd, terwijl de uitvoering van het arrest ook maar heel moeilijk op gang is gekomen is precies hieraan te wijten dat geen directe verbinding met de commissie was gelegd.

Het direct betrekken van de commissie bij de procesvoering, maakt het integendeel mogelijk dat dit zelfstandig beslissend orgaan met kennis en interesse de verdediging opneemt van wat beslist werd; de verantwoordelijkheid voor wat beslist werd, kan dan ook, na die verdediging, op juiste gronden worden beoordeeld.

2.2.1. De leden van de Staatscommissie worden krachtens artikel 32 van het vermelde koninklijk besluit van 14 november 1962 door de minister van Onderwijs aangesteld en die aanstelling geldt enkel voor het afnemen van de examens voor één bepaald jaar. Indien alles normaal verloopt, houdt de commissie op te bestaan op het einde van de tweede zitting. Een nieuwe commissie die het jaar daarop door de minister wordt ingesteld, kan een heel andere samenstelling hebben.

In strijd met wat de voorzitter van de Staatscommissie doet gelden moet worden aangenomen dat die commissie in dezelfde samenstelling als ze had toen ze de bestreden beslissing nam, voor de Raad van State in een proces dat de vernietiging van die beslissing als inzet heeft, als verwerende partij kan verschijnen, ook al is de normale termijn waarvoor die commissie werd ingesteld, reeds verstreken.

2.2.2. Die zoëven geformuleerde zienswijze wijkt af van de regeling die is aangenomen voor bestuurscolleges met een doorlopende opdracht. Die hebben uiteraard een doorlopend bestaan en verschijnen voor de Raad van State in de samenstelling die ze, met toepassing van hun organisatie-regelen, op dat ogenblik hebben. Die samenstelling kan dus veranderen in de loop van het proces of na de afloop ervan. Het bestuurscollege dat een arrest moet uitvoeren kan dus een andere samenstelling hebben dan het college had toen de vernietigde beslissing genomen werd.

2.2.3. De zaak ligt uiteraard anders met bestuurscolleges die slechts de naam van administratieve commissies verdienen omdat ze slechts een beperkte, gespecialiseerde opdracht hebben — geen echte bestuursbevoegdheid — en daarom ook een in de tijd beperkt bestaan. Examencommissies die zijn ingesteld om gedurende een bepaalde zitting

een bepaalde reeks examinandi op hun kennis of geschiktheid te toetsen, zijn daarvan een voorbeeld. Zij verdwijnen nadat hun opdracht vervuld is. Een latere commissie, op grond van dezelfde bepalingen opgericht en voor een nieuwe periode met een gelijkaardige, beperkte opdracht belast, kan niet worden beschouwd als de voortzetting van de vorige commissie, zelfs niet indien ze dezelfde samenstelling heeft. Er is geen continuïteit; de nieuwe commissie is voor een nieuwe opdracht opgericht; ze is niet verantwoordelijk voor wat de vorige deed; zij neemt de opdracht van de andere niet over.

De nieuwe commissie kan dus niet voor die andere spreken. Het heeft dan ook geen zin ze te betrekken in een proces betreffende een beslissing van die vorige — van die andere — commissie.

Aan die nieuwe commissie kan ook niet worden opgelegd de herstelmaatregelen te nemen ter uitvoering van een annulatiearrest betreffende een zaak die niet tijdens haar bestaan werd aangebracht, en dus geen zaak is waarvoor haar bevoegdheid werd gegeven en verantwoordelijkheid werd opgelegd.

Het element terugwerking dat in het begrip herstelmaatregel vervat ligt, brengt overigens logisch mee dat enkel de commissie die bevoegd was in de periode dat de vernietigde beslissing genomen werd, bevoegd kan zijn om de vereiste herstelmaatregel te nemen, en niet een later opgerichte commissie, die een, tot een andere periode beperkte bevoegdheid heeft.

2.2.4. De zienswijze die in punt 2.3.1. wordt aangenomen, moet dan zo worden begrepen dat een commissie, die ten aanzien van alle bij haar aanhangig gemaakte zaken een beslissing genomen heeft, toch geacht moet worden nog een zaak te moeten regelen waarvoor zij verantwoordelijk blijft en waarvoor zij daarom ook moet blijven bestaan: enigzins naar analogie met wat geldt voor ontbonden rechtspersonen die geacht worden te blijven bestaan voor hun vereffening, wordt het bestaan van de commissie verlengd indien bij de Raad van State een beroep wordt ingesteld tegen een door die commissie genomen beslissing. Dat beroep heeft immers tot gevolg dat gedurende de tijd dat het beroep hangende is, onzeker blijft of de bestreden beslissing definitief genomen werd of niet. Gedurende die tijd blijft dus de vraag open of de commissie haar taak volledig heeft vervuld of niet, en kan haar activiteit daarom niet als definitief besloten worden beschouwd. Overeenkomstig de beginselen betreffende de intrekking van administratieve rechtconcretiserende beslissingen is de commissie overigens bevoegd om, naar aanleiding van het annulatieberoep tegen een door haar gegeven beschikking en binnen de grenzen van dat beroep, de bestreden beschikking op de door de verzoeker aangevoerde rechtmatigheidsgronden in te trekken en eventueel door een andere te vervangen, hetzij op eigen initiatief na van het beroep tegen haar beslissing kennis genomen te hebben, hetzij na een, voor de commissie geen enkele verplichting meebrengende, aanvraag van de minister.

2.2.5. Aangenomen moet dus worden dat, indien een beroep tot vernietiging van een beslissing van de examencommissie van de Staat hangende is voor de Raad van State, het juridisch bestaan van de commissie, in de samenstelling die verantwoordelijk is voor het nemen van de bestreden beslissing, verlengd wordt voor de duur van de afwikkeling

van dat proces, wat de bevoegdheid inhoudt — enkel inhoudt — te doen wat voor de afwikkeling van dat proces vereist is, eventueel de bestreden beslissing intrekken, maar in ieder geval aan de Raad van State de medewerking te verlenen die de Raad van State nodig vindt om op het ingestelde beroep te kunnen beschikken. Die medewerking kan zijn op te treden als verwerende partij, indien de vereisten van de procesvoering, naar het oordeel van de Raad van State, zulks nodig maken.

2.2.6. Het besluit ligt voor de hand dat het juridisch bestaan van de commissie in vorenbedoelde samenstelling nog verlengd wordt na het proces, indien de uitvoering van een eventueel vernietigingsarrest het nemen van maatregelen vereist waartoe alleen de commissie bevoegd is, te weten het verlenen van het rechtsherstel aan de verzoekende partij zoals dat rechtsherstel uit de deugdelijk bevonden vernietigingsgrond moet worden afgeleid.

2.2.7. Het hiervoor onder punt 2.1.3 geformuleerde besluit moet dus worden aangevuld in die zin dat het de Staatscommissie is in haar samenstelling van 22 oktober 1981 welke als verwerende partij in deze zaak moet optreden.

Daarbij kan overigens worden aangestipt dat de Staatscommissie, welke de thans bestreden beslissing heeft genomen, zelf volgens de hierboven uiteengezette opvatting gehandeld heeft, aangezien de bestreden beslissing is getroffen door dezelfde commissie in dezelfde samenstelling als die welke de vorige vernietigde beslissing van 21 oktober 1980 nam, zonder dat de minister die commissie speciaal voor het nemen van die beslissing opnieuw had aangesteld.

2.3.1. Het procedurereglement bepaalt in artikel 2 dat de verzoekende partij de verwerende partij moet aanwijzen. Doet die partij dat niet, of wijst ze een verkeerde overheid als verwerende partij aan, dan staat daarop geen sanctie. De leiding van het proces berust immers bij de Raad van State en het zijn daarom de organen van de Raad die bepalen hoe het proces moet worden georganiseerd en dus ook wie als verwerende partij bij het proces moet worden betrokken. Zijn de gegevens die de verzoekende partij verstrekt, voldoende om het voorwerp van het ingestelde beroep te bepalen, dan wordt de aanwijzing van de verwerende partij door de Raad, rekening houdend met wat de inzet van het beroep blijkt te zijn, bevestigd of verbeterd.

2.3.2. De bevoegde auditeur, die krachtens artikel 76 van de wet op de Raad van State en krachtens artikel 5, lid 2, van de procedureregeling het toezicht op de eerste fase van de procesvoering heeft en ook als eerste de zaak moet onderzoeken, vindt in die opdracht de bevoegdheid om dié bestuurscolleges of overheidspersonen als verwerende partij bij het proces te betrekken, welke geacht kunnen worden het best de wettigheid van de bestreden beslissing te kunnen aantonen.

Uit de onder de punten 2.1.1 en volgende en onder de punten 2.2.1 en volgende gegeven uiteenzetting blijkt, een deels, dat de commissie rechtens als verwerende partij kan worden aangesteld en, anderdeels, dat de vereisten van een goede procesvoering onder de gegeven omstandigheden de aanwijzing van die commissie als verwerende partij inderdaad nodig maken.

In deze zaak heeft de bevoegde auditeur derhalve terecht de Staatscommissie die de bestreden beslissing genomen heeft, als verwerende partij bij deze rechtszaak betrokken.

2.4.1. Wordt een collectief orgaan in een proces betrok-

ken, dan wordt de rechter en de wederpartij niet een voor een door al de leden van dat orgaan toegesproken. Voor het collectief orgaan, d.w.z. voor al de tot het collectief orgaan behorende personen in hun hoedanigheid van lid, spreekt behoudens een bijzonder voorschrift, degene die het voorzitterschap waarneemt.

2.4.2. In deze zaak is dr. L. derhalve geldig opgetreden als procesvertegenwoordiger van de Staatscommissie in haar samenstelling van 22 oktober 1981, en heeft zij geldig voor de hele commissie gesproken en geldig in naam van de leden van de commissie de verdediging verzekerd met betrekking tot die op 22 oktober 1981 genomen en voor de Raad van State nadien bestreden beslissing. Zij heeft zich dan uiteraard ook geldig laten bijstaan door een advocaat om meer speciaal het standpunt van de commissie te doen kennen in verband met het mogelijk opleggen van een dwangsom.

3. Overwegende dat in deze zaak de rechtmatigheidstoetsing van de bestreden beslissing van ambtswege door de Raad van State moet worden verricht, en meer bepaald hierom:

3.1.1. Wat een rechtsstaat in de eerste plaats kenmerkt is het beginsel dat de bestuursoverheid enkel kan optreden op grond en binnen de grenzen van een door de wet bepaalde bevoegdheidstoewijzing, daarbij verstaan zijnde dat de wet wordt vastgesteld soms enkel door, maar altijd ten minste met uiteindelijk beslissende medewerking van een democratisch verkozen volksvertegenwoordiging.

3.1.2. Het tweede kenmerk van een rechtsstaat, bestaat hierin dat, om de binding van de bestuursoverheid aan het recht ook werkelijk te handhaven, daartoe beroep voor de rechtzoekende openstaat bij de rechter.

3.1.3. Vanzelfsprekend corollarium van het recht van beroep op de rechter en van de toetsingsbevoegdheid van die rechter is de verplichting van de bestuursoverheid om zich ten volle naar de eis van een gegeven rechterlijke uitspraak te gedragen.

De overheid is alsoz meer bepaald verplicht om zonder dralen de rechterlijke beslissing volledig uit te voeren en het door die beslissing in uitzicht gestelde rechtsherstel te geven ook al kan dat kostbaar of ongelegen zijn of moeilijkheden opleveren, ook al kan de overheid zoals iedere verliezende partij haar twijfels over die rechterlijke beslissing hebben.

3.1.4. Rechtmatig optreden is niet het enige wat van de overheid verwacht wordt; verwacht wordt ook dat overheidsoptreden efficiënt is. Om het de overheid praktisch mogelijk te maken haar taak nuttig te vervullen, wordt haar optreden in beginsel vermoed rechtmatig te zijn, een vermoeden dat meer bepaald de noodzakelijke voorwaarde is voor een nuttig gebruik van de exorbitante bevoegdheid die de overheid gegeven is om ter uitvoering van de wet door eenzijdige, direct uitvoerbare, rechtsconcretiserende beslissingen de rechten en plichten te bepalen van degenen op wie zij de wet toepasselijk acht.

Dat principieel vermoeden van rechtmatigheid van het overheidsoptreden krijgt in een democratische staatsordening een tweede grondslag in de voorwaarden waarin in die ordening de bestuursoverheden worden aangesteld en in de voorwaarden waarin die overheden hun gezag moeten uitoefenen.

3.1.5. Het principieel vermoeden van rechtmatigheid van overheidsbeslissingen werkt ook ten aanzien van de

rechter, waarvan de opdracht niet is eigener gezag toezicht te houden op de bestuursoverheid, maar rechtsbescherming te geven aan wie daarop aanspraak kan maken en maakt. De rechter, binnen zijn opdracht blijvend, zal alsoz zijn rechtmatigheidsonderzoek in beginsel beperken — ook al is het recht dat het optreden van de bestuursoverheid regelt dwingend recht — dat de rechtmatigheidsbezwaren die de rechtzoekende mag doen gelden en effectief voor een met een ontvankelijk oor luisterend rechter, nog voldoende verstaanbaar heeft doen gelden.

3.1.6. Het scherm, gevormd door het principieel vermoeden van rechtmatigheid van overheidsbeslissingen ten opzichte van de rechter, valt evenwel weg in verband met het naleven door de overheid van de regelen die aan essentiële waarden in de samenleving raken, die daarom geacht worden een meer dan gewone rechtskracht te hebben en als regelen van de openbare orde aan de rechter de verplichting opleggen de handhaving van die regelen ook ten opzichte van de overheid van ambtswege te verzekeren.

3.1.7. Het scherm van het principieel vermoeden van rechtmatigheid van overheidsbeslissingen werkt ten aanzien van de rechter uiteraard niet indien de onrechtmatigheid van het optreden van de overheid in een bepaald geval reeds bij een rechterlijke beslissing werd vastgesteld en de overheid, met betrekking tot datzelfde geval, een beslissing neemt welke met het gezag van de rechterlijke beslissing niet bestaanbaar is. Schending van het gezag van het gewijsde door de overheid is bovendien volkomen onbestaanbaar met het fundamentele beginsel in de rechtsstaat van de binding van de overheid aan het recht. Schending van het gezag van het gewijsde is alsoz een vernietigingsgrond die door de rechter als een middel van openbare orde van ambtswege moet worden aangewend.

3.1.8. Het scherm van het principieel vermoeden van rechtmatigheid van overheidsbeslissingen wordt door de rechter weggeschoven in de gevallen waarin de gegevens van de rechtszaak doen blijken dat de bestuursoverheid wettens en willens de wet heeft overtreden. In dergelijke gevallen, waarin het principieel vermoeden van wetsgetrouwheid van de bestuursoverheid kennelijk door de feiten wordt weersproken, kan de rechter niet anders dan van ambtswege de gepleegde onrechtmatigheid vast te stellen omdat, ook al mocht geen regel van openbare orde geschonden zijn, gewild onrechtmatig optreden van de bestuursoverheid in een rechtsstaat met de openbare orde niet verenigbaar is en de rechter daaraan niet medeplichtig mag worden.

3.2. De bestreden beslissing van 22 oktober 1981, getoetst aan het arrest van 12 mei 1981, doet blijken dat niet werd voldaan aan de verplichtingen die voor de commissie zijn voortgesproken uit de in het arrest met het gezag van het gewijsde vastgestelde vernietigingsgrond.

3.2.1. Uit de door de Raad van State deugdelijk bevonden vernietigingsgrond volgde duidelijk dat de scriptie van verzoekster in 1981 opnieuw moest worden beoordeeld, maar anders dan in oktober 1980 was gebeurd. Meer bepaald moest de commissie te werk gaan volgens de wijze van beoordelen die de Raad van State bevonden had de wettige te zijn.

3.2.2. De notulen van de vergadering van de commissie van 22 oktober 1981 bevestigen niet dat de commissie de scriptie inderdaad opnieuw heeft beoordeeld.

Uit de gegeven beoordeling zelf moet worden afgeleid dat geen nieuwe beoordeling heeft plaatsgehad.

3.2.3. Immers, uit het arrest van 12 mei 1981 blijkt dat de maatstaven die bij de nieuwe beoordeling moesten worden aangelegd, niet verschillen van die waarmee in 1979 de examencommissie van het Gentse stedelijk instituut de scriptie van verzoekster had gemeten.

3.2.4. Daaruit volgt dat in de door het arrest van 12 mei 1981 aangenomen vernietigingsgrond de aanwijzing ligt dat de gebruikmaking van de wettige maatstaven moest leiden tot een evaluatie welke die van het Gentse instituut moest benaderen. Het onvermijdelijke subjectief element in de waardebeoordeling van de scriptie door de Staatscommissie kon derhalve enkel een binnen redelijke grenzen blijvend verschil tussen de punten, toegekend enerzijds door het Gentse instituut en anderzijds door de Staatscommissie, rechtvaardigen.

Van een andere zijde bekeken ligt het voor de hand dat het hanteren door de Staatscommissie van de wettig bevonden waarderingscriteria die meer bepaald betrekking hebben op de inhoud van de scriptie, in redelijkheid als resultaat moest hebben op zijn minst een even grote winst aan punten voor verzoekster op te leveren als de «lichte puntenverhoging» — zoals de voorzitter in haar memorie van 25 maart 1982 de toegift van 25 punten kwalificeert — waarmee verzoekster voor het enkel bijwerken van de presentatie van de scriptie beloond was.

Uit de notulen van de bestreden beslissing blijkt niet dat verzoekster dat van uit twee verschillende standpunten redelijk te achten aantal punten heeft bijgekregen. Integendeel. De commissie heeft — in strijd met wat het arrest blijktens de laatste considerans uit de aangenomen vernietigingsgrond had afgeleid — helemaal geen nieuwe punten voor de scriptie vastgesteld — zelfs niet indirect — aangezien het woord «onvoldoende» enkel slaat op «de beschrijving van de professionele handelingen» en niet op het geheel van de scriptie.

De commissie heeft eenvoudig dezelfde beslissing genomen als die welke door het arrest van 12 mei 1981 vernietigd is.

3.3. Door geen rekening te houden met wat aan verplicht rechtsherstel ten gunste van verzoekster moest worden afgeleid uit de in het arrest van 12 mei 1981 aangenomen vernietigingsgrond — hoewel het arrest zelf daaromtrent een aanwijzing gaf —, heeft de commissie met haar beslissing van 22 oktober 1981 het gezag van het gewijsde van het arrest van 12 mei 1981 geschonden. Die schending levert also een vernietigingsgrond op die ambtshalve moet worden aangevoerd.

4. Overwegende dat de gegevens van deze zaak niet alleen doen blijken dat de bestreden beslissing een schending van het gezag van het gewijsde van het arrest van 12 mei 1981 uitmaakt, maar ook dat onwil om het arrest uit te voeren de oorzaak van die schending is; dat zulks betekent dat in deze zaak zich niet alleen voordoet wat hiervoor onder punt 3.1.7 werd beschreven, maar ook wat onder punt 3.1.8 werd uiteengezet; dat zulks blijkt uit deze bundel van feiten:

4.1. De notulen zelf van de vergadering van de commissie van 22 oktober 1981 bevatten aanwijzingen van die onwil.

4.1.1. In het arrest van 12 mei 1981 was terloops aan de

commissie de wenk gegeven dat de notulen zo moesten worden opgesteld dat niet stereotiepe formules, maar een relaas van wat effectief besproken werd, zou aantonen dat de hele commissie inderdaad tot een bepaald oordeel over de scriptie gekomen was. Gesteld werd ook dat aan de notulen een verslag moest worden toegevoegd waaruit zou blijken wat precies de leden, die de scriptie gelezen hadden, tot hun gunstige of vooral ongunstige evaluatie had gebracht, welk verslag precies stof voor discussie tussen alle leden van de commissie zou kunnen geven en het gebeurd zijn van een collectieve evaluatie na bespreking waarschijnlijk zou hebben gemaakt.

Die wenk, die eigenlijk meer was dan een wenk, is helemaal niet in acht genomen.

De notulen zijn uiterst summier; het zijn enkele weinige, vage formules die dienst moeten doen als motieven. Niets concreets. Duidelijk geschreven volgens het recept dat hoe minder men schrijft, hoe minder vat men geeft aan wie kritiek zou willen uitbrengen: de verzoekster, de Raad van State.

Die notulen, omdat ze zo zichtbaar, opzettelijk summier gehouden werden, zijn een doorzichtige blijk van verzet tegen het arrest.

4.1.2. De onwil blijkt ook uit de termen die in de notulen worden gebruikt om de beoordelingscriteria aan te duiden die de Raad van State had afgeleid uit de aard van het onderwijs waartoe de studiën in de kinesitherapie behoren en die de Raad van State genoemd had «de in rechte toelaatbare criteria»; de notulen maken ervan «de door de Raad van State toelaatbaar geachte criteria», een formule die de bedoeling verraadt de geldigheid van die criteria te relativiseren.

Die tendens tot relativisering van de criteria wordt bevestigd door de volgende passus uit de pleitnota van de voorzitter van de commissie:

«Vooreerst dient te worden opgemerkt dat in geen enkele wettekst noch in een of ander besluit of omzendbrief precies wordt bepaald welke de in rechte toelaatbare criteria zijn die gehanteerd dienen te worden om een scriptie te beoordelen. De Raad van State meent deze criteria onrechtstreeks te moeten afleiden uit de bestemming die volgens de parlementaire bescheiden aan het hoger niet universitair onderwijs wordt gegeven.»

4.1.3. Het zinsdeel «Uit de voorgelegde voorgedragen en ondervraagde scriptie blijkt...» geeft bij eerste lezing de indruk dat de verzoekster de scriptie opnieuw heeft voorgedragen, en dat zij opnieuw werd ondervraagd, wat onwillekeurig de suggestie teweegbrengt dat de scriptie ook opnieuw werd beoordeeld. De indruk is vals. Verzoekster bevestigt — en de voorzitter beaamt in haar pleitnota die bevestiging — dat zij niet opnieuw in 1981 is ondervraagd. Het hierboven overgeschreven zinsdeel is enkel juist indien het betrokken wordt op wat tijdens het vorig jaar gebeurd is, toen de vernietigde beslissing genomen werd.

Aandachtig gelezen is het overgeschreven zinsdeel de bevestiging dat de commissie bewust geen gevolg heeft gegeven aan de directieve die in het arrest zelf uit de vernietigingsgrond was afgeleid om de scriptie opnieuw te beoordelen.

Het overgeschreven zinsdeel tracht dat feit met een misleidende formulering ietwat te maskeren. Ietwat, want de redactie van de notulen is subtiel: de boodschap van de

onwil wordt bewust doorgegeven, maar tevens wordt ze wazig omzichtig geformuleerd — om geen vat te geven.

4.1.4. Een andere zin uit de notulen die onwil laat doorschemeren, is die waarmee losjes, uitdagend de notulen worden besloten: «Daarenboven wordt de beschrijving van deze professionele handelingen zelf als onvoldoende beoordeeld.» Dat zinnetje in de gegeven context betekent zoveel als: «En mochten we dan al verplicht zijn de scriptie aan de hand van de door de Raad van State toelaatbaar geachte criteria te beoordelen, dan nog zijn wij het, de commissie, die uiteindelijk beslissen, want wij hebben de discretionaire beoordelingsbevoegdheid en wij hebben eens en voorgoed beslist, wat de Raad van State ook moge zeggen, dat verzoekster haar einddiploma niet krijgt.»

Voor wie kan lezen is die slotzin een andere nauwelijks verholde aanzegging dat de commissie zich in geen geval bij de uitspraak van de Raad van State wil neerleggen.

4.1.5. Dat de commissie bij haar oorspronkelijke beoordeling is gebleven is ook te lezen in het zinsdeel waarin wordt gesteld «dat de kandidaat de onontbeerlijke theoretische verantwoording of evaluatie niet kan geven voor de beschreven professionele handelingen». Het gebruik van het woord «onontbeerlijk» is maar gerechtvaardigd indien de door de Raad van State onwettig bevonden maatstaven worden gebruikt. Impliciet, maar gewild wordt also in de notulen naar die maatstaven verwezen. De commissie komt bewust niet terug op haar door de Raad van State onwettig bevonden opvattingen.

4.2. De onwil van de commissie blijkt ook uit haar handelwijze en meer bepaald uit de vertraging waarmee de commissie tot de uitvoering van het arrest — uitvoering zoals de commissie die zag — gekomen is.

4.2.1. Het spoedeisend karakter van de door de examencommissie te nemen beslissing ter uitvoering van het arrest, was duidelijk op te maken uit de wijze waarop de Raad van State zelf de eerste zaak had behandeld: alle termijnen waren ingekort om tot een uitspraak te komen in de maand mei 1981, ten einde een nieuwe beslissing van de examencommissie mogelijk te maken tijdens de eerste zitting van de commissie in 1981, om verzoekster also niet meer dan één jaar te doen verliezen. Wat met «spoed» in het arrest van 12 mei 1981 werd bedoeld lag dus zichtbaar, voor wie zich bij het arrest neerlegde, in de wijze waarop de Raad van State zelf te werk was gegaan. Wat met «spoed» wordt bedoeld, was overigens voordien in een gelijkaardige zaak door een universitaire examencommissie zonder moeite begrepen en zonder aarzeling toegepast.

4.2.2. In deze zaak werd de beslissing, die op 19 mei 1981 betekend werd, pas op 21 juni voor uitvoering aan de voorzitter van de commissie overgezonden.

4.2.3. Daarmee werd de uitvoering tot na de vakantie naar de tweede zitting verschoven.

De datum om de nieuwe beslissing te nemen werd op 3 september het begin van de tweede zitting vastgesteld. Verzoekster werd daarvan verwittigd. De leden van de commissie weigerden evenwel bijeen te komen, de zaak werd tot na de afloop van de tweede zitting verschoven, meer bepaald naar 7 oktober 1981.

4.2.4. Blijkbaar is de commissie pas op dat ogenblik te weten gekomen wat er aan de hand was.

De commissieleden hebben zich dan veertien dagen gegeven, om uit te zoeken wat gedaan kon worden. Uit de pleit-

nota van de voorzitter van de commissie kan worden afgeleid dat bij het departement en bij de Hoge Raad voor het paramedisch onderwijs om raad werd gevraagd om te weten hoe de zaak zou kunnen worden opgevangen.

4.2.5. Een beslissing die men verplicht is spoedig te nemen, is niet met de vereiste spoed genomen indien men daarvoor, zonder afdoende redenen, vijf volle maanden neemt.

Voor de beslissing die krachtens het arrest van 12 mei 1981, betekend op 19 mei 1981, met spoed moest worden genomen, was 3 september 1981, in de gegeven omstandigheden de uiterste dag. Het verschuiven van die beslissing naar 7 oktober 1981, getuigt van onbegrip; veertien bijkomende dagen voor beraad nemen getuigt, het bereikte resultaat van het beraad mede in acht genomen, van onwil.

4.3. Het besluit uit wat voorafgaat moet dan zijn dat de commissie, zich gedekt voelend door de idee dat zij een discretionaire beoordelingsbevoegdheid heeft en die onafhankelijk uitoefent, geoordeeld heeft in werkelijkheid buiten de invloed van de wettigheidscontrole van de Raad van State te liggen, zodat zij het zich mag veroorloven met een arrest van de Raad van State geen rekening te houden en de tweede keer gewoon te beslissen wat ze de eerste keer had beslist, ook al heeft de Raad van State die eerste beslissing wegens onwettigheid vernietigd. In de pleitnota van de voorzitter wordt dat overigens bevestigd, waar geschreven wordt:

«De centrale examencommissie nam dan ook met verbijstering kennis van het arrest van de Raad van State, precies omdat ze tijdens de zittingen van 1980 dezelfde criteria had gehanteerd zoals deze in het arrest van de Raad van State werden omschreven. De bewering van verzoekster, onderschreven in het eerste arrest, alsof de centrale examencommissie buiten mate de klemtoon had gelegd op de theoretische ontwikkeling van het behandelde onderwerp, is dan ook als volstrekt onjuist en eenzijdig te beschouwen!

(...)

Na een lang beraad werd echter geoordeeld dat de Commissie in 1980 wel degelijk rekening had gehouden met de criteria zoals die door de Raad van State in het vernietigingsarrest werden voorgehouden. De Commissie zag dan ook niet goed in waarom andere punten zouden moeten gegeven worden. Daaruit zou alleen maar kunnen afgeleid worden dat zij in 1980 verkeerde criteria had gehanteerd hetgeen zij ten zeerste wenst af te wijzen.»

De commissie moet geacht worden willens en wetens het gezag van gewijsde van het arrest van 12 mei 1981 te hebben overtreden.

5. Overwegende, zoals onder punt 3.1.8 werd gesteld, dat het opzettelijk overtreden van de wet door een bestuursoverheid onverenigbaar is met de openbare orde en dat een zodanig optreden de rechter bevoegd maakt ambtshalve de gebreken, waardoor de beslissing is aangetast, bloot te leggen en daaruit te besluiten tot de ongeldigheid van wat onrechtmatig werd verricht; dat in deze zaak aan de onwil onmiskenbaar een misvatting ten grondslag ligt, die meer bepaald betrekking heeft op de graad van beoordelingsvrijheid waarover een examencommissie beschikt en die de reactie van uitdagende zelfbevestiging verklaart; dat die onjuiste opvatting o.m. blijkt uit volgende passus van de pleitnota van 20 april 1980 waarin de voorzitter van de examencommissie de bestreden beslissing tracht te recht-

vaardigen door aan te voeren dat «in geen enkele wettekst noch in een of ander besluit of omzendbrief precies wordt bepaald welke de in rechte toelaatbare criteria zijn die gehanteerd dienen te worden om een scriptie te beoordelen»; dat in herinnering te brengen welke toepasselijke regelen van rechtmatig bestuur de beoordelingsvrijheid van de overheid — en dus ook van een examencommissie — beperken, kan bijdragen om onbegrip ten dele te verhelpen en daardoor mogelijk ook de bereidheid bevorderen om bij het nemen van nieuwe beslissingen met die beginselen rekening te houden, al was het maar om nieuwe betwistingen te voorkomen; dat een voor pedagogen bestemde, pedagogisch opgevatte uiteenzetting van de voor deze zaak van belang zijnde algemeen toepasselijke regelen van rechtmatig bestuur vorgenderwijze kan gebeuren:

5.1.1. De wetgever kan, om in een bepaalde behoefte te voorzien of om bepaalde waarden of belangen te beschermen of te bevorderen, daartoe zelf direct voorschriften uitvaardigen.

Hij kan de zorg voor wat hem bekommert, ook aan een bestuursverheid opdragen door het toewijzen aan die overheid van de bevoegdheid om bepaalde beslissingen te nemen. De wetgever kan dan, in de norm waarbij de bevoegdheidstoewijzing geschiedt, de voorwaarden die in feite vervuld moeten zijn om de bestuursverheid te verplichten of enkel maar toe te laten van haar bevoegdheid gebruik te maken, met alle mogelijke schakeringen van nauwkeurigheid of vaagheid bepalen, of zelfs helemaal niet bepalen.

5.1.2. Ook al zijn die voorwaarden vaag of helemaal niet bepaald, dan belet zulks niet, aangezien de bevoegdheid aan de overheid is gegeven voor de vervulling van een bepaalde opdracht, dat die overheid enkel kan optreden indien zich in de werkelijkheid een situatie voordoet die het nodig maakt dat de passende beslissingen worden genomen om effectief in de behoeften te voorzien of voor de waarden of belangen te zorgen, waarvoor de wetgever bevoegdheid aan de bestuursverheid heeft gegeven.

Derhalve is, ondanks de vaagheid van de bevoegd makende norm, het bestaan van een concrete situatie, welke uiteraard een zinvol verband moet vertonen met de aan de bestuursverheid gegeven opdracht, de noodzakelijke voorwaarde opdat de bestuursverheid op grond van de toegevoerde bevoegdheid een beslissing mag of moet nemen.

Het niet of slechts in vage termen in de norm vermeld zijn van de voorwaarden waaronder de overheid een beslissing mag of moet nemen, betekent dus niet dat geen voorwaarde vervuld moet zijn; het betekent dat de wet aan de bestuursverheid overlaat te oordelen wanneer in concreto de voorwaarde vervuld is. In het uitbrengen van dat oordeel ligt de discretionaire bevoegdheid van de bestuursverheid.

5.1.3. Hoe ruim die discretionaire bevoegdheid is, wordt bepaald door de aard van de aan de overheid gegeven opdracht. Immers, of bepaalde feiten een zinvol verband vertonen met de opdracht, wordt door de aard van die opdracht bepaald. Het is mogelijk dat de opdracht het nemen van beleidsbeslissingen van zuiver politieke aard inhoudt, een beleid waarover de meest uiteenlopende opvattingen mogelijk zijn. De oordeelsvrijheid van de overheid over welke toestanden zinvol zijn met betrekking tot een te voeren beleid heeft in zulke als hiervoor bedoelde gevallen

meestal geen aanwijsbare grenzen.

Anders ligt het als de overheid geen beleid te kiezen heeft, maar enkel rechtconcretiserende beslissingen moet vaststellen die wel een discretionair oordeel over een of ander element van een vage norm nodig maken, maar geen beleidskeuze. Daarom wordt die soort beslissingen heel dikwijls aan niet politieke administratieve commissies opgedragen.

5.1.4. Die commissies zijn dan verplicht, uitgaande van hun opdracht, te bepalen welke feiten zinvol zijn voor het vervullen van die opdracht.

Zij vergissen zich echter indien zij menen dat die bevoegdheid hun toelaat van hun persoonlijke mening uit te gaan om te bepalen wat zinvol is met betrekking tot hun opdracht.

Discretionaire beslissingsbevoegdheid is immers niet gegeven opdat de — toch altijd in zekere zin, toevallige — personen die op een bepaald ogenblik te beslissen hebben, gaan beslissen volgens hun persoonlijke opvattingen van dat ogenblik.

Integendeel. Omdat de wetgevende of verordenende organen gedacht worden bij wege van wet of verordening een goede, in redelijkheid verantwoorde regeling te hebben willen vaststellen ter bevordering of bescherming van het aspect van het algemeen belang waarvoor ze te zorgen hebben, moet worden aangenomen dat die normstellende organen, als ze met een vage norm het door hen niet gebruikte deel van hun discretionaire beslissingsbevoegdheid naar bestuurscolleges of overheidspersonen doorschuiven, in die bevoegdheidsoverdracht de verplichting opnemen dat die colleges of personen eveneens in redelijkheid verantwoorde beslissingen zullen nemen.

5.1.5. Met de rede overeenstemmend is dan een op zulk een wijze genomen beslissing dat anderen, op dezelfde wijze het proces van de besluitvorming in de gegeven zaak overdoende, en daarbij hun rede gebruikend, tot het besluit komen dat de onvermijdelijke en dus toegelaten marge van subjectiviteit bij de beoordeling van de waarde of de betekenis van de in aanmerking genomen concrete gegevens van het geval, niet overschreden is.

Een op grond van een vage norm te nemen beslissing moet derhalve worden vastgesteld met de bijgedachte dat die beslissing de toets van aanvaardbaarheid moet kunnen doorstaan, wanneer andere zorgvuldig en bedachtzaam te werk gaande personen die kennis van zaken hebben, de beoordeling van de zaak overdoen en verifiëren of de grenzen van de redelijkheid in acht genomen zijn.

5.1.6. Alleen een zodanige opvatting over wat discretionaire bevoegdheid inhoudt, is verenigbaar — en wordt daarom ook van dat standpunt verplicht — eensdeels, met de regel dat de bestuursverheid de wet — vage normen inbegrepen — op gelijke wijze op al wie onder de gelding van de norm valt, moet toepassen en, anderdeels, met het vereiste van rechtszekerheid, die voorzienbare regelmaat in de toepassing van de wet veronderstelt. Die regelmaat kan, met betrekking tot de toepassing van vage normen, alleen maar ontstaan indien redelijkheid de toepassing van een zelfde vage norm door verschillende overheden bepaalt zodat de daaruit volgende gelijke toepassing op gelijkaardige of gelijkwaardige gevallen voorzienbaarheid mogelijk maakt.

Houden de leden van een examencommissie rekening met

de verplichting tot redelijkheid zoals hiervoor in herinnering is gebracht, dan zijn verwondering wekkende, zo niet dan toch aanstootgevend en van gemis aan verantwoordelijkheid getuigende uitschieters bij de beoordeling van de prestaties van studenten uitgesloten.

5.1.7. Ook al komt de relatie tussen bepaalde feiten en de te nemen beslissing zinvol over en kunnen die feiten derhalve schijnbaar als de rechtens vereiste feitelijke grondslag dienen, dan nog kan de wettigheid van die grondslag worden aangevochten, en wel op grond van het bezwaar dat de feiten niet met de werkelijkheid overeenstemmen of dat die feiten in een breder verband moeten worden geplaatst om hun werkelijke betekenis te kunnen vaststellen, hetzij dat naar dat breder verband niet werd gezocht bij de feitengaring, hetzij dat het niet werd gelegd, of opzettelijk werd verwaarloosd.

Ook dergelijke bezwaren zijn op de redelijkheid gebaseerd. Het is immers redelijk dat enkel rekening wordt gehouden met feiten die met de vereiste zorgvuldigheid zijn bijeengebracht en vastgesteld, zodat de overheid haar beslissing neemt op grond van vaststaande gegevens en met volledige kennis van zaken.

5.1.8. Een zinvol geachte relatie tussen een feitelijke situatie en de opdracht die een bestuursoverheid te vervullen heeft, kan ook nog te verwerpen zijn, niet omdat het oordeel over die relatie te persoonlijk, te buitensporig of te lichtvaardig is, of uitgaat van niet bruikbaar bijeengebracht feitenmateriaal, maar omdat de relatie leggen en dus met die feiten rekening houden om daarop een beslissing te laten steunen, strijdig is met een rechtsregel.

Het motief, waaruit blijkt dat een als zoëven bedoelde relatie als grondslag voor een beslissing in aanmerking genomen werd, wordt geacht wettig niet toelaatbaar te zijn. Ook daarin ligt een beperking van de discretionaire bevoegdheid van de bestuursoverheid.

Zo kan een gemeenteoverheid die, bij veronderstelling een ruime beoordelingsbevoegdheid heeft bij het aanwerven van personeel, niet weigeren een bepaalde kandidaat te benoemen op de enkele grond dat hij niet in de gemeente woont. Die reden is wettig niet toelaatbaar omdat ze een aantasting inhoudt van de persoonlijke vrijheid. Een examencommissie mag bij de beoordeling van de kennis of vaardigheid van een examinandus geen criteria gebruiken die onverenigbaar zijn met de aard en/of het niveau van de kennis zoals die door de wet zijn vastgesteld of bij wijze van wetsinterpretatie uit de wet zijn afgeleid. Bepaalt de wet dat de examinandus enkel het bewijs moet leveren van de voldoende kennis van de andere landstaal, dan mogen geen vragen worden gesteld die een grondige kennis van die taal veronderstellen of mogen de antwoorden op gestelde vragen niet beoordeeld worden met grondige kennis als maatstaf.

5.2. De redelijkheid bij de toepassing van vage normen moet niet alleen door de bestuursoverheid worden beoefend; de bestuursoverheid moet ook het bewijs kunnen leveren, dat wat zij beslist heeft redelijk is, wat niets anders betekent dan dat zij moet kunnen aantonen hoe zij in werkelijkheid tot haar beslissing is gekomen. Dat maakt het mogelijk na te gaan of zij inderdaad met zorgvuldigheid te werk is gegaan bij het bijeenbrengen van het feitenmateriaal en of, wat zij goed gevonden heeft op grond van dat feitenmateriaal te beslissen, inderdaad geacht kan worden

binnen de grenzen van de redelijkheid te liggen.

5.2.1. Die verplichting de redelijkheid van een beslissing te kunnen bewijzen is een ander aspect van het legaliteitsbeginsel, volgens hetwelk de overheid niet kan handelen dan indien de door de wet vereiste situatie de rechtens vereiste feitelijke grondslag, zich effectief voordoet.

Het bewijs van het bestaan van die rechtens vereiste feitelijke grondslag moet de overheid weliswaar niet op ieder ogenblik leveren. Zoals reeds onder punt 3.1.4 werd betoogd, wordt de tegenstelling die bestaat tussen het legaliteitsbeginsel en het vereiste om doelmatig optreden van de overheid mogelijk te maken, in beginsel ten voordele van de doelmatigheid opgelost, althans in het eerste stadium van de verhouding bestuursoverheid/geadministreerde.

Het vermoeden van rechtmatigheid van door een bestuursoverheid genomen maatregel strekt immers ertoe de aanspraak af te wijzen van degene die stelt dat het voldoende is om de rechtmatigheid van een overheidsbeslissing te betwisten om de overheid te verplichten de uitvoering van de beslissing op te schorten tot ze die rechtmatigheid heeft bewezen of, in het geval van voortdurende betwisting, tot die rechtmatigheid door de rechter is vastgesteld.

Staan de overheid en de geadministreerde als rechtzoekende beiden in een tweede stadium voor de rechter, dan vervalt dat vermoeden niet zomaar. Het vermoeden blijft bestaan, uitvoering van de beslissing, hangende de rechtszaak, blijft mogelijk. Maar de rechtzoekende kan in en door het proces het vermoeden ontkrachten.

Doet de overheid voor de rechter niet uit eigen beweging de feitelijke en de rechtsgrond kennen die haar beslissing dragen, dan is het voor de rechtzoekende immers voldoende te stellen dat het bestaan van de rechtens vereiste feitelijke grondslag van de bestreden beslissing niet bewezen is en de beslissing derhalve wegens de ontstentenis van die grondslag moet worden vernietigd.

Kan de overheid het bewijs van het bestaan van de rechtens vereiste feitelijke grondslag niet leveren, dan wordt de vernietiging inderdaad uitgesproken van wat misschien als een redelijke beslissing had kunnen doorgaan.

Het enkel aanvoeren van het middel als zou een beslissing — ook een op grond van een vage norm genomen beslissing — de rechtens vereiste feitelijke grondslag niet hebben, verplicht derhalve de overheid om de rechtens vereiste feitelijke grondslag van haar beslissing te doen kennen. Wat de verzoekende partij dan elke gelegenheid geeft om wat als rechtens vereiste feitelijke grondslag door de overheid wordt aangevoerd, onder alle opzichten op zijn wettigheid te toetsen.

5.2.2. De te bewijzen rechtens vereiste feitelijke grondslag is uiteraard die welke effectief in aanmerking is genomen toen de bestreden beslissing werd genomen.

Doen kennen wat de rechtens vereiste feitelijke grondslag van een bestreden beslissing is, betekent dus dat in beginsel stukken moeten bewijzen wat effectief bij het nemen van de beslissing van doorslaggevend belang werd geacht om de bestuursoverheid tot het nemen van de beslissing te bewegen.

5.2.3. Die beweegreden, die dus ook de rechtvaardiging van de wettigheid van de beslissing moet zijn, kan blijken uit de beslissing zelf: uitzonderlijk kan het dispositief uit zichzelf zijn reden van bestaan doen begrijpen. Meestal zal evenwel een min of meer ontwikkelde redengeving die het

dispositief voorafgaat, de rechtvaardiging van dat dispositief geven.

Wordt de rechtvaardiging niet of niet afdoende in de beslissing zelf gegeven, dan wordt in beginsel alleen als geloofwaardig aangenomen als zijnde de waarachtige rechtens vereiste feitelijke grondslag van de betwiste beslissing, die welke kan worden afgeleid uit stukken welke bij de voorbereiding van de beslissing in acht zijn genomen, of ze daarvoor speciaal werden opgesteld of niet.

Verklaringen a posteriori aan de rechter gegeven kunnen nadere ophelderingen geven over in stukken te vinden motieven, maar kunnen niet in de plaats van die stukken komen.

5.2.4. Wat meer speciaal de feitelijke gegevens betreft die tot grondslag van de op een vage norm gebaseerde beslissing moeten dienen, moeten de stukken die zijn opgemaakt of in aanmerking zijn genomen op het tijdstip dat de beslissing genomen werd, doen blijken niet alleen welke feitelijke gegevens doorslaggevend waren, maar ook dat die met de vereiste zorgvuldigheid werden bijeengebracht en vastgesteld, zodat ze voorkomen, eensdeels, als waarachtig en, anderdeels als gevende een echte overzichtelijke kijk op de hele zaak.

5.2.5. Niet alleen de feitelijke gegevens, maar ook de beoordeling ervan moet blijken uit de stukken, opgemaakt of in aanmerking genomen op het tijdstip dat de beslissing genomen werd. Die stukken moeten ook als geloofwaardig doen overkomen dat de overheid, die de beslissing nam, de beoordelingen welke in die stukken voorkomen, zich ook als haar persoonlijk oordeel heeft toegeëigend.

Gaat de genomen beslissing uit van een bestuurscollege en bevat die beslissing geen formele redengeving, dan moet blijken uit de notulen van de vergadering waarop de beslissing genomen werd, dat bepaalde motieven inderdaad aan het college kunnen worden toegerekend en het college dus effectief een beoordeling heeft uitgebracht, hetzij dat die motieven uitdrukkelijk in de notulen zijn opgenomen, hetzij dat die notulen een verwijzing bevatten naar een stuk waarin die motieven kunnen gevonden worden.

5.3. Degene die, in ons rechtssysteem, het uiteindelijk oordeelt velt over de hiervoor bedoelde redelijke aanvaardbaarheid van een, bij toepassing van een vage norm genomen beslissing, is de legaliteitsrechter en, als zodanig, dan meer in het bijzonder de Raad van State: die moet, gebruik makend van wat aan bewijsstukken betreffende de besluitvorming voorhanden is, de door de bestuursoverheid op grond van een vage norm uitgebrachte beoordeling kunnen overdoen om dan al dan niet tot het besluit te komen dat die beoordeling — die hij zich evenwel in geen geval toeëigent — binnen de grenzen van de wet en van de redelijkheid is uitgebracht, daarbij rekening houdend met de materie waarop de beoordeling slaat en met de bijzondere deskundigheid en dus het bijzonder gezag van de tot beschikken bevoegd gemaakte bestuursoverheid met betrekking tot die materie.

Oordeelt de legaliteitsrechter dat de bestuursoverheid ondanks de bijzondere deskundigheid waarover die beschikt, niet tot een beoordeling is gekomen waarvan de elementen de redelijkheid van de beslissing doen begrijpen, dan is het overschrijden van de grenzen van de redelijkheid tevens een overschrijding van de aan die bestuursoverheid gegeven bevoegdheid.

5.4.1. Dat examencommissies ook door de hiervoor uiteengezette vereisten van redelijk beslissen gebonden zijn, is niet ter gelegenheid van de onderhavige zaak ontdekt. Reeds vroeger in een arrest van 27 januari 1967, nr. 12.187, werd overwogen, in verband met de discretionaire bevoegdheid van een examencommissie, «dat het uitbrengen van een waarderingsoordeel, zelfs indien aan de overheid te dien aanzien een ruime beoordelingsvrijheid werd toegekend, toch nog rechtsgebonden is, indien en voor zoveel de overheid haar oordeel enkel op concrete, specifieke feiten of specifieke overwegingen — al dan niet in de haar bevoegd makende regel aangegeven — mag steunen en, meer nog, indien daarenboven een bijzondere wijze van feitenvinding of feitenwaardering en overlegpleging bij de besluitvorming aan de overheid wordt opgelegd».

Aan die overweging werd toegevoegd «dat de (examen)commissie ... ongetwijfeld bevoegd is om naar eigen beste inzicht een globaal oordeel over de geschiktheid van de gegadigden ... uit te spreken en ze op grond van dat oordeel te rangschikken», maar dat «de hele rechtsregeling ... er evenwel naar streeft die beoordeling en rangschikking met de grootst mogelijke objectiviteit te doen gebeuren, wat betekent dat getracht wordt die beoordeling vrij te maken van oncontroleerbare subjectieve voorkeur of vooroordelen om ze zoveel mogelijk te richten op — en te binden aan vastgestelde concrete gegevens die naar algemene opvatting als betekenisvol voor de uit te brengen waarderungen doorgaan».

Gesteld wordt nog dat «al te persoonlijke inzichten of vooroordelen (moeten) worden geneutraliseerd en alleen algemeen gangbare opvattingen maatgevend» behoren te zijn, waardoor de «beoordelingsmacht in rechte aan banden is gelegd ... (en) gesteund moet zijn op concrete gegevens ... die een redelijk verband vertonen met de te beoordelen aspecten van geschiktheid».

Ook in verband met de bewijsvoering werd reeds, in dezelfde zaak, in verband met een examencommissie overwogen «dat uit het beginsel van de rechtsstaat voortvloeit dat de overheid slechts gerechtigd is om op te treden voor zover zij daartoe door of krachtens de wet is gemachtigd, wat medebrengt dat de overheid in het geval van een betwisting — ook al blijft haar beslissing tot aan intrekking of vernietiging uitvoerbaar — de gegevens moet voorbrengen die de wettigheid van haar optreden moeten bewijzen, d.w.z. moeten aantonen dat zij binnen de grenzen van de gegeven machtiging heeft gehandeld en zulks ten aanzien van alle rechtsgebonden, d.i. niet discretionaire elementen van de beslissing. Dat de rechtmatigheid van een beslissing, die, op de wijze zoals zojuist is beschreven, rechtsgebonden is, slechts dan ten volle kan blijken indien kan worden vastgesteld welke feiten of overwegingen de overheid in werkelijkheid tot haar waarderingsoordeel en daarmee ook tot haar beslissing hebben gebracht en indien desgevallend kan worden nagegaan op welke wijze juist zij tot haar feitelijke bevindingen en tot de vorming van haar besluit is gekomen; dat het bewijs dat het inderdaad de rechtens vereiste, specifieke feiten of overwegingen zijn geweest die de overheid tot haar beslissing hebben geleid, niet naar behoren is geleverd, zomin overigens als het bewijs dat de voorgeschreven wijze van feitenvinding en besluitvorming effectief werd gevolgd, wanneer dat bewijs uitsluitend moet worden gevonden in een formule, gesteld in vage, algemene

of stereotiepe bewoordingen, die in de beslissing is opgenomen; dat de vrijwaring van de rechtszekerheid bij het voeren van het bestuur integendeel vergt dat, ingeval de overheid niet verplicht is om in de genomen beslissing zelf de rechtens vereiste grondslag ervan zomede de bij de besluitvorming gevolgde handelwijze in een formele redengeving volledig te doen kennen of ingeval de overheid niet uit eigen beweging tot een zodanige redengeving komt, de in aanmerking genomen grondslag en de gevolgde handelwijze op zijn minst moeten kunnen worden bepaald, en zulks met een voldoende graad van zekerheid, aan de hand van de stukken die de overheid ter voorbereiding van haar beslissing heeft opgesteld of die zij bij het overleggen van haar besluit werkelijk in acht heeft genomen; ... dat de overheid, ingeval zij de stukken die bij de feitenvinding of overlegpleging normaal worden — of zelfs moeten worden — opgesteld doet verdwijnen of achterhoudt, op die wijze weliswaar de rechtzoekende en de Raad van State belet vast te stellen dat de interne rechtmatigheid van de beslissing inderdaad door vernietiging medebrengende gebreken is aangetast, maar daarmee ook voor zichzelf het vervullen van de dwingende opgave onmogelijk maakt om, indien zulks door een rechtzoekende of, in bepaalde gevallen, van ambtswege door de rechter wordt gevorderd, het bewijs te leveren in de eerste plaats dat de door haar genomen beslissing, in strijd met mogelijke verdachtmakingen, wel degelijk de rechtens vereiste grondslag heeft en dus aan de voorwaarden van interne rechtmatigheid voldoet, en vervolgens dat die beslissing ook werkelijk volgens de voorgeschreven werkwijze tot stand kwam; dat wanneer niet bewezen kan worden dat de rechtens vereiste grondslag voor een beslissing werkelijk voorhanden was of dat de voorgeschreven werkwijze inderdaad werd gevolgd, de rechtmatigheid van die overheidsbeslissing niet vaststaat en zij dus ook niet in geval van betwisting kan worden gehandhaafd, met het gevolg dat de wegens ontstentenis van de rechtens vereiste grondslag of de wegens niet-nakoming van de voorgeschreven werkwijze gevorderde vernietiging van die beslissing moet worden uitgesproken; ... dat, overeenkomstig het hiervoor in herinnering gebrachte algemene beginsel, de rechtmatigheid van een dergelijke, aan specifieke feiten en aan een specifieke wijze van feitenvinding gebonden beslissing moet worden bewezen, indien althans de beslissing zelf geen volledige redengeving bevat, door de overlegging van de stukken die bij de feitenvinding natuurlijkerwijze worden opgemaakt en die de in aanmerking genomen grondslag en gevolgde werkwijze doen kennen; dat zulks voor de hier in ogeschouw genomen materie in de eerste plaats betekent dat die stukken voorhanden dienen te zijn en te worden overgelegd die tijdens het examen overeenkomstig de daarbij gebruikelijke werkwijze worden opgemaakt in verband met de schriftelijke proeven, de mondelinge proeven en de partiële appreciaties, stukken zonder welke overigens geen echte bespreking en vergelijking van de respectieve verdiensten van 62 ondervraagde kandidaten denkbaar is; ... dat ten slotte ook die stukken ter inzage moeten worden gegeven waaruit blijkt hoe de examenverrichtingen en de collectieve besluitvorming in werkelijkheid zijn verlopen; dat alleen door die stukken over te leggen het bewijs van de regelmatigheid van de beslissingen van de commissie kan worden geleverd en het mogelijk wordt na te gaan wat voor elke gegadigde de effectief in aanmerking genomen

specifieke feiten zijn geweest, welke partiële appreciaties over ieder kandidaat anders dan door een stijlformule werden uitgebracht en hoe de commissie bij dit alles te werk is gegaan»;

5.4.2. Zoals in de hiervoren overgeschreven overwegingen reeds is aangegeven, doen beslissingen van examencommissies die het eindresultaat van een examen bepalen, in de regel de aan die beslissingen ten grondslag liggende feiten en overwegingen niet kennen. Die feiten en overwegingen moeten blijken uit de stukken die in de loop van de examenverrichtingen normaal worden opgemaakt.

5.4.3. Daartoe behoren de punten die door de commissie voor elk van de examenvakken worden toegekend. Gaat het om punten over kennisvragen voor een bepaald vak terwijl de ondervragers deskundig zijn voor dat vak, dan kan in beginsel worden aangenomen dat de motivering in de punten zelf te vinden is; de bewijslast ligt dan bij de examinandus om geloofwaardig te maken dat die punten op een onjuiste grond gegeven zijn.

5.4.4. Gaat het om proeven die de, meestal schriftelijke, behandeling van een thema of van een reeks thema's als onderwerp hebben, dan kan het gemiddelde van de punten afzonderlijk gegeven door op zijn minst twee leden van de commissie die de ingeleverde opstellen nagelezen hebben, eveneens in beginsel als een door zichzelf gemotiveerde deelbeslissing aanvaard worden.

5.4.5. Gaat het evenwel om een afstudeerscriptie, waarop een bijzonder hoog aantal punten staan, waar de criteria van beoordeling merkbaar kunnen verschillen, waarin het belang van de geloofwaardigheid van de kwaliteit van het diploma — waar de examinatoren voor te waken hebben — staat tegenover het belang van de examinandus om, gekomen waar hij is, zijn studies af te sluiten en het beroep, waartoe die studies hem voorbereid hebben, te kunnen beginnen; gaat het om een dergelijke proef dan is het gemiddelde van de punten van de twee leden van de commissie die de scriptie lezen, geen voldoende rechtvaardiging. In dat geval is vereist dat de zwakheden en verdiensten, alsook de aangelegde maatstaven worden opgenomen in een verslag dat van tevoren aan alle leden van de commissie is meegedeeld of tijdig voor hen ter beschikking is gelegd, samen met een voorstel van punten. Enkel indien de bespreking van dat verslag en de goedkeuring ervan, samen met de door de hele commissie vastgestelde punten, zijn opgenomen in de notulen van de vergadering van de examencommissie, kunnen die notulen worden beschouwd als het stuk dat vereist is om aan te tonen dat de beslissing ten aanzien van de waarde van de scriptie een grondslag heeft, daargelaten nog of die grondslag afdoend of wettig is.

5.4.6. Een dergelijke handelwijze is een nog strakker te handhaven voorwaarde voor de wettigheid van de beslissing van een Staatscommissie, die tegenover de examinandi dezelfde pedagogische verplichtingen moet opnemen als de onderwijsinstellingen tegenover hun studenten doen, maar waar uit de aard van de zaak alle onzekerheden betreffende doel, inhoud en vorm van de afstudeerscriptie nog veel groter zijn dan normaal reeds het geval is indien de scriptie in de onderwijsinstelling waar de studies werden gedaan, wordt voorgelegd.

5.5. De bestreden beslissing, ook als men de vernietigde beslissing, waarnaar de bestreden beslissing verwijst, mede in aanmerking neemt, voldoet niet aan de zoëven in herin-

nering gebrachte voorwaarden van regelmatigheid.

5.5.1. Het enige wat in de motieven van de vorige, de vernietigde beslissing, als wettig toelaatbaar gegeven te vinden is, zijn de punten voor de vakken waarover verzoekster gewoon examen aflegde. Die punten zijn niet betwist en, zijn dus op zichzelf de voldoende, kenbaar gemaakte, wet-tige feitelijke grondslag voor een oordeel over de kennis van verzoekster en dus over de beslissing of zij voor die vakken geslaagd was of niet.

5.5.2. Wat geldt voor de examenvakken geldt echter niet voor de beoordeling van de afstudeerscriptie van verzoek-ster. Daarvoor werden in de vernietigde beslissing alleen de punten aangegeven.

In de bestreden beslissing wordt een vage, globale beoor-deling gegeven waarvan de grondslag uit niets blijkt, meer bepaald niet uit een speciaal opgesteld verslag en, zoals reeds vermeld, ook niet uit de beslissing zelf.

5.5.3. Het geheim van de deliberatie waarop de voorzit-ster van de examencommissie zich in haar pleitnota be-roept, betreft de «deliberatie», dit wil zeggen de bespreking binnen de examencommissie, de individuele standpunten bij die discussie; dat geheim betreft niet de gegeven punten, betreft ook niet de feitelijke elementen en beoordelingen opgenomen in het verslag over de afstudeerscriptie en het eindoordeel van de commissie over die scriptie.

Ook dat punt werd, in de reeds vermelde zaak onder-zocht door de Raad, die te dien aanzien stelde «dat de op-vatting volgens welke de vrijwaring van de vrijheid van oordelen van de uit het rijksonderwijs komende commissie-leden, gelet op hun onvermijdelijke betrekkingen met de kandidaten, het vereist dat het geheim van hun beoordelin-gen kan worden bewaard, niet onverenigbaar is met de ver-plichting voor de overheid om door objectieve bewijsstuk-ken de interne regelmatigheid aan te tonen van de beslissing een brevet te verlenen of te weigeren; dat de op te maken en eventueel over te leggen stukken immers, waar het be-oordelingen betreft, voor alles collectieve stellingnamen dienen te registreren en persoonlijke standpunten slechts op uitdrukkelijk verzoek van de intervenant in de notulen dienen te worden opgenomen».

5.5.4. De ontstentenis van een behoorlijke motivering betreffende de waarde van een afstudeerscriptie heeft ook tot gevolg dat de examinandus, die het recht heeft van het deel van de notulen kennis te nemen dat hem betreft, niet in staat kan worden gesteld duidelijk en met zekerheid te weten welke tekortkomingen als grondslag dienen voor een ongunstige beoordeling van zijn scriptie.

De overheid die een voldoende prestatie eist als voor-waarde om een voordeel, zoals een diploma, te verwerven, heeft de verplichting met voldoende duidelijkheid de vereis-ten kenbaar te maken waaraan moet worden voldaan om het voordeel te verkrijgen — om het diploma te behalen.

Men kan aannemen dat het programma voor de kennis-vakken een voldoende voorlichting kan geven in de mate dat wat elk vak als kennis veronderstelt, traditioneel vast-staat.

Voor een scriptie is dat niet zo.

Wordt de scriptie gemaakt in een instelling, dan zal de promotor de nodige voorlichting geven, die in niet geringe mate door het te behandelen onderwerp bepaald wordt.

Wordt een scriptie voorgedragen voor de Staatscommis-sie, waar er geen promotor is, dan kan het verslag daarover

voor de examinandus pas als eerste aanwijzing dienen voor wat van hem verwacht wordt. De plicht tot voorlichting van de Staatscommissie en het recht op voorlichting van de examinandus vereisen derhalve dat een verslag, duidelijk en voldoende gedetailleerd, aan de examinandus doet weten waarin hij te kort gekomen is.

5.5.5. De gegevens van de zaak zoals die zijn vastgesteld in het vorig vernietigingsarrest en de gegevens van de zaak zoals die uit het in deze rechtszaak verrichte onderzoek ge-bleken zijn, tonen onbetwistbaar aan dat aan verzoekster geen precieze, kenbare — en dus bij geschrifte vastgestelde — aanwijzingen zijn gegeven in verband met de zwakheden van haar afstudeerscriptie en dus ook dat de examencom-missie van de Staat aan de voor haar specifieke verplichting tot voorlichting van de verzoekster te kort is gekomen.

5.5.6. Door wat zoëven werd uiteengezet is aangetoond dat de Staatscommissie niet met de vereiste zorgvuldigheid tot haar beslissingen is gekomen — zowel die welke reeds vernietigd werd, als die welke thans bestreden is — en dat die beslissingen daarom onwettig zijn. De derde conside-rans van dit arrest heeft aangetoond dat naar de inhoud bekeken, de thans bestreden beslissing evenzeer onwettig is, zelfs al laat men de nietigheidsgrond van de schending van het gewijsde buiten beschouwing. De thans bestreden be-slissing is immers aangetast door dezelfde onwettigheid als de vorige, omdat ze de vorige eenvoudig bevestigt. Die on-wettigheid is hierin gelegen, zoals reeds werd aangetoond, dat de waarde van de scriptie opnieuw werd beoordeeld op grond van te strenge, want wettig niet toelaatbare criteria, met het gevolg ook, dat het aantal toegekende punten onredelijk laag is, en die punten derhalve niet wettig zijn vastgesteld.

5.6. Om al de redenen die in deze considerans zijn ver-meld is de bestreden beslissing onrechtmatig.

6. Overwegende dat de vaststellingen, gedaan in de der-de en in de vijfde considerans, aantonen dat de Staatscom-missie bij het vaststellen van de bestreden beslissing aan de toen op haar rustende rechtsverplichting tegenover ver-zoekster te kort is gekomen; dat de vaststelling van die tekortkoming een voldoende grond tot vernietiging oplevert waarvan het declaratief effect, met het gezag van het ge-wijsde dat daaraan toekomt, de Staatscommissie verplicht ter uitvoering van dit vernietigingsarrest een herstelmaat-regel ten gunste van verzoekster te nemen die als volgt wordt bepaald:

6.1. De Staatscommissie, in haar samenstelling van 22 oktober 1981, zal zo spoedig mogelijk — en in redelijkheid is dat ten laatste op 1 oktober 1982 — in buitengewone zitting bijeenkomen om opnieuw een beslissing te nemen ten aanzien van verzoekster.

6.2. Wat de Staatscommissie meer bepaald te doen staat is de afstudeerscriptie van verzoekster — enkel die — op-nieuw te beoordelen met als maatstaf die welke onder de punten 3.2.1 en 3.2.3 en bij verwijzing ook onder de pun-ten 1.3.1 tot 1.3.3 is bedoeld, om dan het resultaat van die nieuwe, verbeterde beoordeling uit te drukken in een ver-hoogd aantal punten, verhoging die niet minder mag zijn dan die welke onder punt 3.2.4 naar redelijkheid is bepaald als het minimum aantal punten dat moet worden toege-voegd aan de punten welke de commissie op 21 oktober 1980 aan verzoekster voor haar scriptie had toegekend.

6.3 Tot slot dient de examencommissie het totale exa-

menresultaat opnieuw vast te stellen, rekening houdend met het resultaat van de verbeterde, nieuwe beoordeling van de scriptie, om dan op grond van dat totale resultaat, te beslissen over de toekenning van het einddiploma aan verzoekster.

7. Overwegende dat de verzoekende partij zowel in haar verzoekschrift als in haar ter openbare terechtzitting van 20 april 1982 gehouden pleidooi, zich erge zorgen maakte over de mogelijkheid dat de examencommissie opnieuw zou weigeren behoorlijk uitvoering te geven aan een eventueel tweede arrest waarbij de vernietiging zou worden uitgesproken van de tweede beslissing waarbij die commissie weigerde aan verzoekster haar einddiploma toe te kennen; dat de kamer, acht gevend op wat de bestreden beslissing, de laatste memorie en de pleitnota van de tweede verwerende partij aan onbegrip en onwil hadden doen blijken, de bezorgdheid van de verzoekende partij gegrond achtte en daarom op het einde van de terechtzitting van 20 april 1982 aan de partijen ter overweging gaf om op een volgende, op veertien dagen vastgestelde terechtzitting, zich erover uit te spreken of het opleggen van een dwangsom kon worden beschouwd als een wettig en adequaat middel om de uitvoering van een eventueel annulatiearrest zeker te stellen; dat de partijen daarop als volgt hebben gereageerd:

7.1. De verzoekende partij heeft met een aanvullende memorie van 27 april 1982 gesteld dat de Raad van State wettig, in een rechtszaak als de hare, een dwangsom kon opleggen om de Staatscommissie te verplichten aan verzoekster het rechtsherstel te geven dat noodzakelijk door de vernietiging van de bestreden beslissing vereist wordt.

7.2. In concreto stelt de verzoekende partij een vordering in die geacht kan worden erop neer te komen dat de Raad zou beslissen dat beide verwerende partijen «solidair, in solidum of elk voor het geheel» een dwangsom van 200.000 fr. aan verzoekster zouden verbeuren indien de Staatscommissie niet binnen een maand na het wijzen van het arrest de verplichte rechtsherstellende beslissing zou hebben genomen, terwijl bovendien die dwangsom vermeerderd zou worden met een som van 20.000 fr. voor iedere verdere dag vertraging.

7.3. De verwerende partijen, integendeel, hebben doen gelden dat de Raad van State niet bevoegd is om een dwangsom uit te spreken:

7.3.1. omdat de Raad van State enkel bevoegd is om beslissingen van de overheid te vernietigen, maar niet om de overheid tot een bepaalde prestatie te veroordelen, zodat technisch de mogelijkheid niet bestaat de verbeurte van een dwangsom wegens het niet voldoen van een opgelegde prestatie in het dispositief van het arrest op te nemen;

7.3.2. omdat verzoekster de dwangsom niet uit eigen beweging heeft gevorderd maar enkel nadat de kamer de mogelijkheid ervan had geopperd, wat «zou neerkomen op het omzeilen van de regel dat de dwangsom niet ambtshalve kan worden opgelegd, en tevens een inbreuk zou uitmaken op het beginsel van de lijdelijkheid van de rechter en op de rechten van de verdediging»;

7.3.3. omdat een dwangsom «slechts aan de veroordeelde kan worden opgelegd voor een op hem persoonlijk wegende verplichting die hij ook kan nakomen» en daarom «noch aan de individuele leden ut singuli van de examencommissie... noch aan de... examencommissie... een dwangsom kan worden opgelegd, omdat de examencom-

missie beslist bij meerderheid van stemmen en derhalve elk lid afzonderlijk persoonlijk de hoofdverbintenis niet kan uitvoeren»;

7.3.4. omdat de Centrale Examencommissie geen eigen vermogen heeft en haar derhalve als zodanig geen dwangsom kan worden opgelegd;

7.3.5. omdat «een dwangsom de persoonlijke vrijheid van de veroordeelde niet op een wijze kan beperken die indruist tegen fundamentele persoonswaarden, zoals o.m. de vrijheid van opinievorming», en het opleggen aan de leden van de commissie van de verplichting om aan verzoekster een «voldoende» voor haar scriptie te geven, een dergelijke ontoelaatbare aantasting zou zijn van de «vrijheid van opinievorming» van de leden van de commissie;

7.3.6. omdat «de dwangsom een typisch civielrechtelijke instelling is, welke in administratieve zaken strijdt met alle traditie ter zake».

8. Overwegende dat met betrekking tot het opleggen van een dwangsom in de onderhavige rechtszaak, in aanmerking dient te worden genomen wat volgt:

8.1.1. De rechtsgrond voor het opleggen van een dwangsom wordt sinds 1 maart 1980 geleverd door de nieuwe artikelen 1385*bis* tot 1385*octies* van het Gerechtelijk Wetboek, zoals die artikelen in dat wetboek werden ingevoegd door de wet van 31 januari 1980 houdende goedkeuring van de Beneluxovereenkomst van 26 november 1973 tot opname in de wetgeving der partijen van een eenvormige wet betreffende de dwangsom.

Artikel 4 van de Overeenkomst bepaalt dat, met toepassing van artikel 1, lid 2, van het Verdrag van 31 maart 1965 tot instelling van een Benelux-Gerechtshof, de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de dwangsom en van de eenvormige wet behoren tot de gemeenschappelijke rechtsregels waarvan de gelijke toepassing moet worden nagestreefd en waarvan de uitlegging daarom wordt toegewezen aan het Benelux-Gerechtshof in de voorwaarden als bepaald zijn in de hoofdstukken III en IV van het Verdrag van 31 maart 1965.

8.1.2. Indien er redelijkerwijze twijfel over kan bestaan of ook de Raad van State een rechter is als bedoeld wordt in artikel 1385*bis*, lid 1, van het Gerechtelijk Wetboek — d.w.z. in artikel 1, lid 1, van de eenvormige wet —, dan moet derhalve het Benelux-Gerechtshof, krachtens artikel 6, lid 1 tot 3, van het Verdrag van 31 maart 1965, daarover uitsluitsel geven.

8.1.3. Het vierde lid van voormeld artikel 6 bepaalt onder het 2° evenwel dat geen prejudiciële raadpleging van het Benelux-Hof vereist is, indien een rechtszaak wegens haar spoedeisend karakter zonder uitstel moet worden afgedaan.

8.1.4. Een beroep door een student ingesteld tot vernietiging van een beslissing van een examencommissie die hem afwijst, wordt door deze kamer gemeenlijk als spoedeisend beschouwd op grond van de opvatting dat verlies van tijd — dat onherstelbaar is — voor jeugdigen die naar hun zelfstandigheid toe studeren, tot een minimum moet worden beperkt. Dat leidt er deze kamer toe de proceduretermijnen in die soort van zaken in te korten. Ook in deze zaak — zoals in de vorige — is dat gebeurd.

Overeenkomstig het door haar gevoerde beleid acht deze kamer het aangewezen dat deze hele zaak haar volledig beslag zou krijgen kort na de zomervakantie. Zij oordeelt

daarom dat deze zaak spoedeisend is in de zin van voormeld artikel 6, vierde lid, 2°.

8.2.1. Neemt men kennis van artikel 1, lid 1, van de Beneluxovereenkomst betreffende de dwangsom, dan is er, op het eerste gezicht, geen probleem: de kamers van de afdeling administratie van de Raad van State zijn rechtscolleges; de bevoegdheidstoewijzing opgenomen in artikel 1, lid 1, geldt dus ook voor hen.

Twijfel ontstaat bij wie van de voorbereiding van de overeenkomst en van de voorbereiding van de goedkeuringswet kennis neemt. Overloopt men de toelichtingen en de verslagen die bij de voorbereiding van de Overeenkomst, van de eenvormige wet en van de goedkeuringswet werden opgemaakt, dan kan men niet betwisten dat in die stukken het gebruik van de dwangsom uitsluitend wordt gezien met betrekking tot de domeinen van het privaatrecht.

Die voorbereiding is trouwens begonnen in de Beneluxstudiecommissie voor de eenmaking van het recht, waar de beoefenaars van het privaatrecht goed vertegenwoordigd zijn, welke soort beoefenaars blijkbaar ook in een verder stadium de hoofdrol hebben gespeeld, zoals blijkt uit de eenzijdig gerichte aandacht die in de memories en verslagen op te merken valt.

Opmerkenswert is niettemin dat waar in de gemeenschappelijke memorie van toelichting bij de Overeenkomst (Kamer van Volksvertegenwoordigers 1977-78, Doc. 353/1 blz. 16 en 19) met nadruk wordt gesteld dat de dwangsom geheel op het gebied van het privaatrecht ligt, de bedoeling duidelijk blijkt te zijn zich af te zetten tegen de idee dat de dwangsom een nieuw soort strafrechtelijke boete zou zijn. Het domein van het recht waarin het gebruik van de dwangsom bewust uitgesloten werd geacht door degenen die de overeenkomst hebben voorbereid, was blijkbaar het strafrecht — uitzondering gemaakt voor de aan een strafproces aangehaakte burgerlijke vorderingen — en niet de processen gevoerd tussen geadmistreerden en de overheid. Het lijkt evenwel geen twijfel dat bij het voorbereiden van de Overeenkomst en de eenvormige wet op geen enkel ogenblik gedacht werd aan de mogelijkheid dat ook de Belgische Raad van State een dwangsom zou kunnen opleggen.

8.2.2. Wie stelt dat een rechtsregel, ongeacht de abstracte algemeenheid van de formulering ervan, alleen maar geldt voor wat de wetgever voor ogen stond toen de wet gemaakt werd, zal op grond van de eenzijdige gerichtheid van de voorbereiding van de Overeenkomst en de eenvormige wet — bevestigd door dezelfde gerichtheid van de voorbereiding van de Belgische goedkeuringswet — besluiten dat de reikwijdte van de Overeenkomst en de eenvormige wet beperkt is tot het domein van het privaatrecht en dat de Belgische Raad van State niet bevoegd is om op grond van de Overeenkomst van het middel van de dwangsom gebruik te maken.

8.2.3. Men kan evenwel in het algemeen stellen dat een wettekst een zelfstandige waarde en werking heeft die maakt dat hij zich van zijn wordingsgeschiedenis kan losmaken in de mate dat hij ook zinvol maatschappelijke verhoudingen kan regelen waaraan bij het maken van de wet niet werd gedacht maar die in de hypothese van de rechtsregel kunnen worden ingepast.

Men kan stellen dat, meer in het bijzonder, de Overeenkomst en de eenvormige wet dergelijke regelen bevatten en

dat derhalve aan de eenzijdige strekking van de voorbereiding van de Overeenkomst en van de eenvormige wet niet de waarde van beslissend interpretatiecriterium kan worden toegekend bij het bepalen van de werking van de Overeenkomst en de eenvormige wet.

8.2.4. Overloopt men de tekst van de eenvormige wet, dan stelt men vast dat de artikelen 1 tot en met 4 die op het mechanisme van de dwangsom betrekking hebben, inderdaad in zeer algemene en abstracte bewoordingen gesteld zijn, zodat niets beslissends in de tekst van de eenvormige wet zelf doet blijken van de wil van degenen die die tekst hebben opgesteld, om de werking van de teksten te beperken tot wat binnen hun gezichtskring viel.

Zij hebben integendeel bewust ernaar gestreefd — meer bepaald in artikel 1 — om door het gebruik van woorden met een ruime begripsinhoud, de dwangsom zo ruim mogelijk beschikbaar te stellen en toch ook de — enige — grens ervan te bepalen.

De volgende passus uit de gemeenschappelijke toelichting moge dat doen blijken:

«De aan het begin van artikel 1 voorkomende uitdrukking 'de rechter' maakt het mogelijk de tekst van toepassing te laten zijn op de verschillende gerechtelijke instanties van de drie landen. De aangehaalde uitdrukking sluit de rechter in kort geding niet uit. Daarentegen kan die uitdrukking geen betrekking hebben op scheidsmannen.»

Die woorden bewijzen niet dat, toen ze geschreven werden, de gezichtskring van wie de pen hield, ineens opengetrokken was. Zij doen wel geloven dat wie de teksten opstelde, de werking van artikel 1 niet bewust beperkte — integendeel — tot wat binnen die eigen gezichtskring opgemerkt was. Ruimte werd bewust gelaten voor al wat niet was opgemerkt, voor wat eventueel buiten de eigen gezichtskring zou liggen. Dat wordt dan aangeduid met de vage, alles omvattende uitdrukking «de verschillende gerechtelijke instanties van de drie landen».

8.2.5. Aan de wordingsgeschiedenis van de Overeenkomst en de eenvormige wet kan daarom geen overheersend belang worden toegekend bij het bepalen van de grenzen van toepasbaarheid van de eenvormige wet op de dwangsom, ook al werd tijdens het tot stand brengen van die eenvormige wet uitsluitend aan toepassing in de domeinen van het privaatrecht gedacht en al werden bij de redactie van de gemeenschappelijke toelichting — alleen daar — termen van privaatrecht — «schuldeiser, schuldenaar» — gebezigd, termen die overigens niet in hun specifieke patrimoniale betekenis worden gebruikt.

8.2.6. Houdt men geen rekening met de eenzijdige belichting die de wordingsgeschiedenis aan de eenvormige wet geeft, maar bekijkt men de vastgestelde regeling op zichzelf, dan kan men moeilijk anders dan daarin een regeling te herkennen waarvan de zin zelf vereist dat daaraan een beginselmatige, algemene gelding wordt toegekend.

De zin van de dwangsom is, zoals in de gemeenschappelijke toelichting wordt geschreven (Kamer van Volksvertegenwoordigers 1977-78, Doc. 353/1, blz. 16), de rechter een indirect dwangmiddel te geven om ten gunste van een partij — met een privaatrechtelijke term in de toelichting, maar niet in de tekst van het artikel zelf, de «schuldeiser» genoemd —, de «schuldenaar» ertoe te brengen een door de rechter vastgestelde verplichting — «verbinten» — na te komen.

Die algemene strekking van de eenvormige wet is ook te vinden in de volgende passus van de algemene toelichting (Kamer van Volksvertegenwoordigers, 1977-78, Doc. 353/1, blz. 15, passus overgeschreven in de memorie van toelichting van het wetsontwerp Kamer, 1977-78, Doc. 353/1, blz. 2): «De twee doorslaggevende redenen voor invoering van de dwangsom (zijn) (...) ten eerste het belang van de schuldeiser bij werkelijke nakoming door de schuldenaar van zijn verbintenis, en voorts het belang van de maatschappij bij naleving van een door de rechter gegeven gebod of verbod. Dat de dwangsom een doeltreffend middel kan zijn om de nakoming van verbintenissen en van rechterlijke uitspraken te verkrijgen, is buiten twijfel.»

De zin en de daaruit volgende algemene bruikbaarheid van de dwangsom in acht genomen, is het niet begrijpbaar dat het gebruik ervan zonder kenbaar gemaakte reden beperkt zou worden tot een bepaalde soort van rechters voor een bepaalde soort van zaken. Alleen een in de tekst zelf opgenomen uitdrukkelijke uitsluiting van een bepaald soort zaken of rechters kan daarom als effect hebben aan die rechters het gebruik te ontzeggen van een techniek die volgens zijn aard en zin in alle domeinen van het recht doelmatig kan worden aangewend.

De eenvormige wet vermeldt een dergelijke uitsluiting, één enkele: die van de scheidsrechters. Wat erop wijst dat wie de bepalingen van de wet geschreven hebben, inderdaad een uitdrukkelijke uitsluiting nodig vonden om het gebruik van wat algemeen bruikbaar is, te beperken.

8.2.7. Het besluit van wat voorafgaat moge dan zijn dat de gewild algemeen gehouden bewoordingen van artikel 1 van de eenvormige wet de opvatting rechtvaardigen dat aan dat artikel een uitlegging mag — moet — worden gegeven volgens welke het een regeling bevat die niet alleen geldt voor wat de stellers ervan voor ogen stond, maar ook voor al wat naar redelijkheid in de gehanteerde algemene begrippen kan worden ondergebracht.

Het is een artikel dat door zijn beginselmatige strekking zelf de grenzen van zijn werking bepaalt, onafhankelijk van wat degenen, die de regeling ontwierpen, zich van die werking voorstelden. Het draagt in zich de mogelijkheid van een groter juridisch en sociaal rendement, de mogelijkheid van oplossingen voor meer en andere gevallen dan waaraan gedacht werd toen de aangenomen regeling werd uitgeschreven. Die conclusie wordt, meer in het algemeen, beter geformuleerd met de woorden van Charles de Visser: «... l'interprétation consiste non pas simplement à retrouver la signification primitive d'un instrument juridique, mais à lui donner, sous réserve toujours du respect du texte, la signification spécifique que postule son application pratique; non pas seulement à 'repenser mais à achever de penser une idée' pour découvrir et lui faire produire toutes ses virtualités» (*Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pédone, 1963, p. 29).

8.2.8.1. De bespreking in de senaatscommissie van Justitie (Senaat 1979, Doc. 177/2) getuigt — men kan het niet betwisten — van dezelfde beperkte gezichtskring en tevens van dezelfde, die gezichtskring te buiten gaande bedoeling om het middel van de dwangsom zijn volle bruikbaarheid te geven. Ook al is niet de interpretatie die de Belgische wetgever aan de overeenkomst en aan de eenvormige wet geeft, beslissend maar wel die van het Benelux-Gerechthof, toch is de steun die voor een ruime interpretatie van

artikel 1 in de opvattingen van de Belgische Senaat kan worden gevonden, ongetwijfeld van het hoogste belang.

8.2.8.2. In die zin is van belang dat uiteindelijk de eenvormige wet niet werd opgenomen in het Burgerlijk Wetboek, zoals het oorspronkelijk de bedoeling van de regering was, maar in het Gerechtelijk Wetboek.

De rechtvaardiging van het amendement (Senaat 1979, Doc. 177/3, blz. 2), ingediend door de senatoren Lagasse, Lallemand en Bonmariage — het amendement dat het mogelijk maakte in extremis de regeling op de dwangsom naar het Gerechtelijk Wetboek te loodsen, zoals trouwens door senator Storme als verslaggever van de commissie reeds bij de aanvang van de bespreking werd voorgestaan — heeft duidelijk als strekking de algemene gelding van de regeling op de dwangsom te onderstrepen.

Door de regeling op de dwangsom in het Gerechtelijk Wetboek op te nemen heeft de Senaat immers de algemene gelding van de eenvormige wet, ook buiten het burgerlijk recht, erkend.

8.2.8.3. Belangrijk is daarbij in herinnering te brengen dat de regelen van het Gerechtelijk Wetboek dienen om de leemten te vullen die bijzondere, niet zo gedetailleerde procedureregelingen dikwijls vertonen, zoals het geval is voor de regelingen die gelden voor de administratieve rechtscolleges, waaronder de Raad van State.

De bespreking in de senaatscommissie doet wel niet blijken dat de suppletieve functie van het burgerlijk procesrecht voor het administratief procesrecht uitdrukkelijk werd vermeld.

Het burgerlijk procesrecht vervult evenwel die functie. De opneming van de eenvormige wet in het Gerechtelijk Wetboek is derhalve een sterke aanwijzing om, in beginsel, de eenvormige wet op de dwangsom te rekenen tot de regelingen die ook op de Raad van State van toepassing zijn en dus door de Raad van State kunnen worden toegepast.

8.2.8.4. Nog even moge erop gewezen worden dat tijdens de bespreking in de senaatscommissie de veralgemenende opvatting over de gelding van de regeling betreffende de dwangsom soms tot gevolg heeft gehad even een lichtstraaltje te doen schijnen op wat raakpunten heeft met de publiekrechtelijke sfeer. Men leest in het commissieverslag (Doc. 177/2):

— dat de dwangsom «toepasselijk kan zijn in de nieuwe probleemgebieden van het recht, zoals leefmilieurecht» (p. 3);

— dat «een dwangsom telkens kan worden opgelegd, in de mate waarin deze kan bijdragen tot het doen naleven van de hoofdveroordeling» waarbij wordt aangestipt dat die veroordeling «overheidslichamen» kan treffen (p. 6);

— dat een dwangsom ook kan worden uitgesproken door een rechter in kort geding (Doc. 404/2, blz. 3), rechter die inderdaad steeds meer en meer, steeds ingrijpender maatregelen neemt met betrekking tot onrechtmatig geacht optreden van de overheid.

8.2.9. Als besluit van wat voorafgaat moge dan worden gesteld dat, indien moet worden aangenomen dat de kamers van de afdeling administratie van de Raad van State beslissen als rechters die een partij kunnen veroordelen tot een doen of een laten — de betaling van geldsommen uitgesloten zijnde — ten voordele van een andere partij, in dat geval ook moet worden aangenomen dat die kamers op grond van artikel 1 van de eenvormige wet op de dwang-

som bevoegd zijn om ten nadele van een partij en ten voordele van de wederpartij de verbeurte van een dwangsom uit te spreken om alzo zekerheid betreffende de uitvoering van een arrest te krijgen.

8.3. De onder punt 8.2.9 geformuleerde conclusie onderstelt dat geverifieerd wordt of de kamers administratie van de Raad van State inderdaad voldoen aan de voorwaarden gesteld door artikel 1, lid 1, van de eenvormige wet.

8.3.1. Dat de kamers administratie van de Belgische Raad van State als rechtscolleges handelen als ze bij arrest beslissen, lijdt geen twijfel.

8.3.2. Dat in de processen die bij de kamers administratie aanhangig worden gemaakt, strijdende partijen tegenover elkaar staan kan evenmin worden betwijfeld.

Dat, zoals in de tweede considerans werd uiteengezet, de partijen die van de kant van de bestuursoverheid optreden, niet altijd het orgaan zijn dat krachtens het burgerlijk procesrecht bevoegd is om de rechtspersoon in rechte te vertegenwoordigen, is zonder belang voor de toepassing van artikel 1 van de eenvormige wet. Voldoende voor de toepassing van artikel 1 is, ten eerste, dat er in het proces als partij een orgaan van een publiekrechtelijke rechtspersoon optreedt die door de Raad van State tot een handelen of een zich onthouden kan worden veroordeeld en, ten tweede, dat een patrimonium kan worden aangesproken om de dwangsom te betalen indien die partij zou nalaten aan de rechterlijke beslissing uitvoering te geven zoals daarin is voorgeschreven.

Welk orgaan als partij voor de Raad van State verschijnt en welk patrimonium voor de betaling van de dwangsom zal moeten instaan, wordt uiteraard proces per proces bepaald. Moeilijkheden die zich kunnen voordoen, houden geen verband met artikel 1 van de eenvormige wet, maar met de toepasselijke regelen van het Belgisch administratief recht.

8.3.3. Rest dan na te gaan of arresten die de vernietiging van een administratieve beslissing uitspreken, inderdaad beschouwd kunnen worden als bevattende een echte veroordeling die aan een partij een doen of laten in het voordeel van een wederpartij oplegt.

8.3.3.1. De gevallen waarin een arrest tot vernietiging van een administratieve beslissing een echte veroordeling uitmaakt, zijn eerder beperkt.

Of een annulatiearrest ook echt een veroordeling inhoudt, wordt bepaald, eensdeels, door de soort waartoe de vernietigde beslissing behoort, door de grondslag ervan en de eruit voortgesproten rechtseffecten, en, anderdeels, door de rechtsverplichting die de overheid bij het nemen van de vernietigde beslissing overtreedt heeft, welke overtreding de grond tot vernietiging van de beslissing oplevert.

8.3.3.2. Het probleem is niet echt nieuw.

Welke soort gevallen leiden tot een vernietigingsarrest dat tevens het effect heeft van een veroordeling, blijkt immers uit wat reeds in vroegere arresten werd uiteengezet. Hierna worden gedeelten van een arrest van 30 september 1980, nr. 20.599, overgeschreven — en worden dus ook voor deze zaak overgenomen — om de indruk te voorkomen dat speciaal voor deze zaak stellingen worden opgebouwd.

Zo wordt in de volgende beschouwingen gepoogd het gezag te bepalen dat de vernietigingsgrond in bepaalde gevallen kan hebben:

«In vele gevallen zal het ongedaan maken van de rechtsgevolgen van de bestreden beslissing door de vernietiging ervan door het dictum van het annulatiearrest, ongetwijfeld volstaan om het rechtsherstel te verwezenlijken dat door de verzoeker, volgens de door hem voorgebrachte eis, wordt nagestreefd. De vraag of het door de verzoeker nagestreefde rechtsherstel, om volkomen te zijn, toch nog meer vereist dan wat de Raad van State in het dictum van zijn arrest kan geven, wordt beantwoord door de in de redengeving van het arrest deugdelijk bevonden vernietigingsgrond.

Inhoudelijk bekeken is de vernietigingsgrond de vaststelling, afgeleid uit de feitelijke en juridische gegevens die zich voordeden op het ogenblik dat de bestreden rechtsconcretiserende beslissing genomen werd, van de toen op de bestuursoverheid rustende concrete rechtsplicht waaraan die overheid bij het verrichten van de vernietigde bestuurshandeling tekort gekomen is. De vernietigingsgrond geeft alzo de onontbeerlijke juridische rechtvaardiging voor het besluit van de rechter om te vernietigen en is daarom onverbrekkelijk met het dictum van de uitspraak verbonden. De ondersteuningsfunctie van de vernietigingsgrond brengt mede, eensdeels, dat de reikwijdte van het dictum nader door die deugdelijk bevonden vernietigingsgrond wordt bepaald, en, anderdeels, dat het gezag van het gewijsde zich tot de vernietigingsgrond uitstrekt maar dan enkel in de mate dat het dictum de ondersteuning van de vernietigingsgrond behoeft.

Het gezag dat de vernietigingsgrond toekomt betrokken op wat hij inhoudelijk doet kennen — de niet door de overheid nagekomen rechtsplicht —, geeft de nadere bepaling van wat, na het vernietigingsarrest en ter uitvoering van het arrest, het goedmaken door de overheid van de vastgestelde rechtsverstoring inhoudelijk vergt, ... wat de overheid, om het arrest overeenkomstig het vernietigingsmotief zijn volle uitwerking te geven, als bijkomend rechtsherstel boven en buiten de vernietiging nog moet doen.

Immers, de in de vernietigingsgrond opgenomen beslissende feitelijke en juridische gegevens kunnen van zodanige aard zijn dat die rechtsplicht geacht moet worden ook nog na het vernietigingsarrest te blijven doorwerken, met het gevolg dat in dat geval de rechtsverstoring door de enkele vernietiging van de bestreden beslissing niet volledig ongedaan is gemaakt, aangezien, na die vernietiging, als rechtsverstoring nog overblijft het nog altijd niet vervuld zijn van de vastgestelde, en nog steeds op de overheid rustende rechtsplicht.

Een annulatiearrest — in strijd met wat in die term besloten schijnt te liggen — maakt derhalve niet alleen rechtsgevolgen ongedaan, maar kan er ook vestigen, uiteraard niet krachtens enige eigen bestuursbevoegdheid van de Raad van State, maar krachtens het declaratief effect van de in de vernietigingsgrond gedane vaststelling van op de bestuursoverheid blijvend rustende onthoudings- of prestatieverplichtingen, vaststelling die ten aanzien van die overheid, die als verwerende partij in het proces is opgetreden, uiteraard het gezag van het gewijsde heeft.»

In verband met beslissingen die afwijzend beschikken op een aanvraag tot het verkrijgen van een voordeel — deelneming aan een examen om een diploma te behalen komt daarop neer — is in hetzelfde arrest overwogen wat volgt:

«Wat geldt voor de rechtsconcretiserende beschikkingen van de overheid die strekken tot effectieve wijziging van

iemands rechtstoestand, geldt ook voor de zogenaamde negatieve beslissingen waarbij de overheid afwijzend beschikt op een aanvraag die is ingediend door een geadmistreerde, en die ertoe strekt om van de overheid een rechtsconcretiserende beslissing te bekomen waarvan de rechtseffecten door de aanvrager worden beschouwd als resulterende in een gunstige wijziging van zijn rechtstoestand.

De op een dergelijke aanvraag genomen afwijzende beschikking kan onrechtmatig zijn. Zij kan strijdig zijn met een verplichting tot handelen van de overheid, welke verplichting kan volgen uit een norm, uit een voordien genomen rechtsconcretiserende beslissing of uit een rechterlijke uitspraak. Die norm, beslissing of uitspraak kan de overheid niet alleen verplichten een beslissing te nemen, maar ook een beslissing met wel bepaalde inhoud te nemen. En zelfs, indien geen norm, beslissing of uitspraak een verplichting tot handelen bindend aan de overheid oplegt en de overheid dus bevoegd blijkt discretionair te oordelen over de gepastheid om op te treden, dan is die overheid toch nog verplicht haar discretionair oordeel te steunen op concrete gegevens die in rechte toelaatbaar zijn, en bovendien geacht moeten kunnen worden met de werkelijkheid overeen te stemmen. Elke negatieve beslissing kan derhalve een rechtsverstoring inhouden. Rechtsherstel moet dan ook ten aanzien van een dergelijke negatieve beslissing gevorderd kunnen worden, meer bepaald ook in de vorm van een annulatieberoep waarvan het kenmerk en het voordeel hierin bestaat, dat de onrechtmatigheid niet wordt goedge maakt door het geven van een compensatie in geld, maar door het ongedaan verklaren van de negatieve beslissing door het wegnemen van de rechtsgevolgen ervan.

Het effect van het dictum waarbij een afwijzende beschikking vernietigd wordt, komt erop neer dat elkeen na de vernietiging moet doen alsof er geen afwijzing is geweest, zodat de overheid opnieuw voor de aanvraag staat.

Wat de overheid dan nog kan doen of moet doen, moet worden afgeleid uit het vernietigingsmotief dat doet weten welke rechtsplicht de overheid overtreden heeft bij het nemen van de afwijzende beschikking en dus ook welke maatregelen de overheid moet of kan treffen om aan de vastgestelde rechtsplicht, waaraan ze tekort gekomen is, te voldoen.

Indien in het vernietigingsmotief wordt vastgesteld dat de negatieve beslissing onrechtmatig is omdat een correcte toepassing van het passende voorschrift op de vaststaande gegevens van de zaak de aanvraag als gegrond doet verschijnen, dan volgt daaruit dat de overheid, na de vernietiging, verplicht is een beslissing te nemen waarbij aan de initiële aanvraag wordt voldaan en wel op zodanige wijze dat volledig rechtsherstel gegeven wordt, wat betekent dat aan de effecten van de rechtsherstellende beslissing een terugwerking moet worden gegeven welke aan die beslissing een zelfde uitwerking geeft als ze zou gehad hebben mocht de overheid die beslissing op het gepaste tijdstip genomen hebben.

Is de aanvraag gesteund op een norm die aan de overheid een discretionaire beoordelingsbevoegdheid toewijst, dan kan de overheid, als ze opnieuw beslist en dat dan doet met inachtneming van wat het declaratief effect van het vernietigingsmotief haar oplegt, toch nog in wat zij discretionair beoordelen mag, een reden vinden om de aanvraag rechtmatig een tweede maal af te wijzen, behalve, uiteraard, in-

dien het vernietigingsmotief precies het uit de vernietigde afwijzende beschikking blijkende discretionair oordeel kennelijk onredelijk en dus onrechtmatig heeft verklaard.»

8.3.3.3. Het woord «veroordeling» wordt in de uit het vroegere arrest overgeschreven overwegingen niet gebruikt. Daar was toen ook geen reden voor. Wat die overwegingen echter wel doen, is een beschrijving geven van de rechtseffecten van het daarin bedoelde annulatiearrest, een beschrijving die in het geval waarop het aangehaalde arrest betrekking heeft, beantwoordt aan wat ook een veroordeling inhoudt.

Immers, het declaratief effect van de vernietigingsgrond bepaalt tot welk concreet rechtsherstel de overheid in dat geval tegenover de verzoekende partij gehouden is, wat kan betekenen dat aan die partij volledig voldoening moet worden gegeven. Zelfs indien de overheid bij de toekenning van dat voordeel een discretionaire beoordelingsbevoegdheid heeft, dan nog is die overheid ertoe gehouden daarvan gebruik te maken binnen de grenzen van de redelijkheid. Die kunnen in de vernietigingsgrond zijn vastgesteld, wat kan meebrengen dat uit die vernietigingsgrond volgt dat de overheid, na het arrest, in werkelijkheid geen discretionaire bevoegdheid meer overhoudt en zonder meer tot het geven van volledige voldoening aan de geadmistreerde verplicht is.

8.3.3.4. Rekening ermede houdend dat wat een rechterlijke uitspraak bindend beslist, niet alleen gezocht moet worden in het dictum ervan, maar ook in de redengeving, kan het besluit worden geformuleerd dat in de hiervoor bedoelde — eerder zeldzame — soort arresten de vernietiging van een onrechtmatig bevonden weigering een voordeel toe te kennen, in werkelijkheid in rechte ook een echte veroordeling inhoudt: de vaststelling van de bindende rechtsplicht voor de overheid om een beslissing te nemen waarvan ook de inhoud precies bepaald is en also oplegt het voordeel toe te kennen.

8.3.3.5. Dat een dergelijk arrest een veroordeling inhoudt, springt nog meer in het oog indien, zoals in de bedoelde soort arresten herhaaldelijk is gebeurd, de uit de vernietigingsgrond voor de overheid voortkomende verplichtingen, in een aparte considerans worden geëxpliciteerd.

8.3.3.6. Dat de Raad van State inderdaad bevoegd is om, met het oog op het door de overheid aan de verzoekende partij te verlenen rechtsherstel, nader te bepalen wat, praktisch gezien, de aangenomen vernietigingsgrond als maatregelen vanwege de overheid vereist, moge blijken uit wat volgt.

Stelt een verzoekende partij vast dat de overheid niet geneigd is een arrest uit te voeren dat een weigering een voordeel aan een partij toe te wijzen, heeft vernietigd, dan kan die partij opnieuw de vernietiging vorderen van die expliciete of impliciete weigering van de overheid om het rechtsherstel te geven waartoe die overheid krachtens het declaratief effect van de vernietigingsgrond gehouden is. Is die tweede vordering tot vernietiging gegrond, dan zal ze worden toegewezen wegens schending van het gezag van het gewijsde van het vorig vernietigingsarrest. De Raad van State zal daar enkel toe kunnen komen na eerst nader te hebben bepaald wat uit de vernietigingsgrond van het vorig arrest in verband met het toe te kennen rechtsherstel moet worden afgeleid.

Wat voorafgaat leidt dan uiteraard tot het besluit dat, in de in ogenschouw genomen hypothese, de Raad van State inderdaad bevoegd is om vast te stellen wat een bepaalde vernietigingsgrond concreet als rechtsherstel oplegt.

Efficiënter dan te wachten tot een tweede vernietigingsberoep wordt ingesteld om pas in een tweede vernietigingsarrest te bepalen wat de vernietigingsgrond van het eerste arrest concreet als rechtsherstel nodig heeft gemaakt, is reeds in het eerste vernietigingsarrest aan de overheid de nuttig geachte aanwijzingen te geven in verband met de wijze waarop, praktisch, het te verlenen rechtsherstel neerkomt. Dat zo te doen is zowel in het belang van de verzoekende als van de bestuursoverheid, en voorkomt, behoudens onbegrip en onwil, het instellen van nieuwe, eigenlijk nutteloze beroepen.

8.3.3.7. Zowel op theoretische als praktische gronden moet dus worden aangenomen dat het binnen de bevoegdheid van de Raad van State ligt in een considerans te bepalen welke maatregelen aan rechtsherstel aan de overheid zijn opgelegd ten gevolge van gezag van het gewijsde dat aan het declaratief effect van een vernietigingsgrond toekomt, indien die vernietigingsgrond vaststelt dat de overheid bij het nemen van de vernietigde beslissing te kort is gekomen aan een bepaalde rechtsverplichting tegenover de verzoekende partij, rechtsverplichting, die, gelet op de concrete elementen van de zaak en op de toepasselijke wetgeving of reglementering, nog steeds op haar rust na de uitspraak van het vernietigingsarrest.

8.3.3.8. In de discretionaire bevoegdheid van de overheid is meestal ook vervat de keuze — zo noemt men wat meestal enkel het resultaat is van omstandigheden — van het tijdstip waarop de beslissing genomen wordt. Ook met betrekking tot de uitoefening van die bevoegdheid moet de overheid binnen de grenzen van de redelijkheid blijven, wat betekent dat de Raad van State als legaliteitsrechter bevoegd is te oordelen wat voor het nemen van een bepaalde soort beslissing in bepaalde omstandigheden, nog — of niet meer — als de uiterste redelijke termijn kan worden beschouwd.

In de considerans die het effect van de vernietigingsgrond expliciteert kan derhalve ook de uiterste redelijke termijn worden bepaald binnen welke het verplichte rechtsherstel moet worden gegeven.

8.3.3.9. Wordt een vernietigingsarrest uitgesproken wegens schending van het gewijsde van een vorig vernietigingsarrest, dan zal de Raad van State uiteraard de vernietigingsgrond van het eerste arrest met nog grotere, strakker bindende nauwkeurigheid opnieuw bepalen en alzo bevestigen en dus ook, in de daartoe dienende bijzondere considerans, de verplichting tot rechtsherstel nauwkeuriger en concreter bepalen. Dat zal ook gebeuren met betrekking tot de vaststelling van de uiterste redelijke termijn om dat rechtsherstel te geven.

8.3.3.10. Wat voorafgaat resumerend kan men stellen dat, ook al blijft het dispositief van een vernietigingsarrest beperkt tot de gehele of gedeeltelijke vernietiging van een beslissing, de onverbreekelijke band tussen het dictum en de vernietigingsgrond die het dictum van het arrest de noodzakelijke ondersteuning geeft, tot gevolg heeft dat, indien de vernietigingsgrond behoort tot de soort als hiervoren is aangegeven, een vernietigingsarrest juridisch in werkelijkheid neerkomt op de veroordeling van de overheid om aan

de verzoekende partij rechtsherstel te geven door het nemen van een bepaalde concrete beslissing, veroordeling die als zodanig formeel nog zichtbaarder wordt indien, wat als verplichting voor de overheid in de vernietigingsgrond vervat ligt, in een afzonderlijke considerans uitdrukkelijk geëxpliciteerd wordt.

In die, in aantal beperkte, hiervoren in ogenschouw genomen gevallen is, wat de Raad van State beslist, te beschouwen als de «hoofdveroordeling» bedoeld in artikel 1, lid 1, van de eenvormige wet en dus van artikel 1385bis van het Gerechtelijk Wetboek.

8.3.3.11. De Raad van State, rechtdoende in de gevallen als hiervoren werden gekenmerkt, voldoet derhalve aan alle voorwaarden bepaald in artikel 1, lid 1, van de eenvormige wet — en dus in artikel 1385bis van het Gerechtelijk Wetboek — en is derhalve — direct krachtens die bepalingen, en niet enkel bij analogie — bevoegd om in de hiervoren bedoelde gevallen de uitvoering van een arrest zeker te stellen door het opleggen van een dwangsom.

8.3.3.12. Voorgaande conclusie is, met betrekking tot de beginselmatische strekking van artikel 1, lid 1, van de eenvormige wet, zinvol.

Volgt uit een arrest dat de bestuursoverheid een duidelijke concrete verplichting heeft ten opzichte van een bepaalde geadministreerde en kan ernstige twijfel bestaan betreffende de bereidheid van de bestuursoverheid om die verplichting na te komen, dan is het zinvol dat de Raad van State de bereidheid van het bestuur kan opwekken door de immer gevoelige financiële zenuw te prikkelen. De dwangsom zet een duidelijke direct verstaanbare prijs op een verplichting die het mogelijk maakt voor het bestuur om er het belang van te realiseren, zoals de overheid, na aansprakelijk gesteld te zijn, zich het belang van de naleving van de niet nagekomen verplichting realiseert, nadat de rechter het bedrag van de schadevergoeding heeft vastgesteld. Niets doet een tekortkoming van een dienst of een ambtenaar zo duidelijk blijken als wanneer hij het bestuur op kosten heeft gejaagd. De dwangsom maakt het mogelijk dat de noodzakelijkheid om een verplichting, die werd vastgesteld door de Raad van State, na te komen tot de overheid doordringt, zonder dat een verzoekende partij die een vernietiging bekwaam, verplicht is, na het proces gevoerd voor de Raad van State, nog eens een nieuw proces voor de gewone rechter te beginnen ten einde die rechter een veroordeling van de overheid tot de betaling van een schadevergoeding te horen uitspreken na de verschillende stadia van eerste aanleg tot cassatie te hebben doorlopen.

8.3.3.13. Volgt uit het declaratief effect van de vernietigingsgrond van een arrest van de Raad van State een verplichting voor de overheid ten aanzien van een bepaalde geadministreerde, dan moet de Raad van State even zo goed over het nieuwe dwangmiddel van de dwangsom kunnen beschikken als de gewone rechter in vergelijkbare situaties.

Een hof van beroep, als rechter in kort geding, acht zich bevoegd om de toepassing te verbieden van een beslissing van een rijksbestuur — het Bestuur voor het Vervoer — waarbij dat bestuur weigerde voortaan nog inlichtingen door te geven aan een onderneming die zich bezighoudt met marktonderzoek. Het hof beveelt aan de bestuursoverheid dat de inlichtingen verder zullen worden verstrekt. Niets belet het hof om een dwangsom te zetten op de naleving

van het gegeven bevel.

De Raad van State kan een zelfde soort beslissing als hierboven is bedoeld, vernietigen. Men ziet geen reden om aan de Raad van State bevoegdheid te ontszeggen van het middel van de dwangsom gebruik te maken indien hij een als hiervoren bedoeld annulatiearrest uitspreekt dat aan de voorwaarden van artikel 1, lid 1, voldoet.

8.3.3.14. Het zinvolle van het toekennen aan de Raad van State van de bevoegdheid een dwangsom te bepalen blijkt ook uit buitenlandse voorbeelden: in Frankrijk beschikt de Conseil d'Etat krachtens de wet van 16 juli 1980 over de dwangsom; in Duitsland beschikken de administratieve rechtbanken in het algemeen over dat dwangmiddel krachtens de artikelen 170 e.v. van de Verwaltungsgerichtsordnung.

8.3.3.15. Nadenkend over het zinvolle van de toewijzing aan de Raad van State van de bevoegdheid een dwangsom te bepalen, kan men stellen dat, indien er in een rechtsstaat één geval is dat de aanwending van de dwangsom rechtvaardigt, de bewuste schending van het gezag van het gewijsde door een overheidslichaam, precies dat geval is.

8.4.1. Zelfs indien wordt aangenomen dat de Raad van State bevoegd is om in bepaalde gevallen het verbeurd verklaren van een dwangsom uit te spreken, dan nog, zo stellen de verwerende partijen, kan hij dat niet in de onderhavige zaak omdat niet voldaan is aan een voorwaarde verband houdend met de procedure die bij het uitspreken van de dwangsom moet worden nageleefd, meer bepaald omdat niet voldaan is aan de voorwaarde opgenomen in artikel 1, lid 1, van de eenvormige wet volgens welke de verbeurdverklaring van een dwangsom niet van ambtswege door de rechter, maar enkel op vordering van de belanghebbende partij kan worden bepaald. Weliswaar heeft de verzoekende partij met een aanvullende memorie van 27 april 1982 toch een vordering om een dwangsom uit te spreken ingesteld, maar die is — naar het oordeel van de verwerende partijen — niet geldig aanhangig gemaakt omdat ze niet uit eigen beweging door de verzoekende partij voor de Raad van State werd gebracht, doch op een suggestie van de Raad, suggestie die, volgens de verwerende partijen, strijdig is met het beginsel van de «lijdelijkheid» van de rechter.

8.4.2. De verzoekende partij repliceert op het bezwaar van de verwerende partijen door te stellen, eensdeels, dat bij de bespreking van de wet van 31 januari 1980 in de senaatscommissie uitdrukkelijk werd gesteld dat, met toepassing van de artikelen 807 en 808 van het Gerechtelijk Wetboek, een partij in iedere stand van het geding de vordering van een dwangsom aan de ingestelde hoofdvordering kan toevoegen en, anderdeels, dat zij van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt.

8.4.3. Rekening houdend met de reeds in herinnering gebrachte suppletieve werking van het Gerechtelijk Wetboek, waardoor procedureproblemen o.m. ook voor de afdeling administratie kunnen worden opgelost waarvoor geen regeling is opgenomen in het procedurereglement van de Raad van State, kan met de verzoekende partij worden aangenomen dat de vordering om een dwangsom uit te spreken voor de Raad van State kan worden ingesteld tot aan de sluiting van de debatten, voor zover de wederpartij de gelegenheid gegeven wordt zich ten aanzien van die vordering naar behoren te verdedigen.

De verwerende partijen hebben in deze zaak de gelegenheid gekregen hun standpunt ten aanzien van het bepalen van een dwangsom te doen kennen en hebben daar overigens zeer goed gebruik van gemaakt in hun pleitnota's van 4 mei 1982.

8.4.4. Wat dan overblijft is de vraag of de vordering van de verzoekende partij ongeldig is omdat de Raad van State zelf gewezen heeft op het bestaan van een nieuw, nog nooit eerder voor de Raad van State aangewend middel dat een oplossing kan geven aan het de bezorgdheid van de verzoekende partij opwekkende probleem van de juiste uitvoering van een eventueel nieuw annulatiearrest.

8.4.4.1. Het beginsel van, wat de verwerende partijen noemen, «de lijdelijkheid» van de rechter geldt — voor zover het geldt — voor de rechter in burgerlijke zaken waar de gelijkwaardig geachte belangen van gelijkwaardig geachte strijdende partijen aan de basis van de gevoerde processen liggen.

8.4.4.2. De procedure voor de Raad van State is, integendeel, niet accusatoir maar inquisitoir, omdat, enerzijds, bij de processen openbare belangen betrokken zijn over de vrijwaring waarvan ook de Raad van State te waken heeft, maar, anderzijds, de partijen in werkelijkheid niet als elkaars gelijken kunnen worden beschouwd en de Raad van State dat verhelpen moet. Die dubbele taak heeft tot gevolg niet alleen dat de Raad van State het proces leidt door toezicht te houden op de wijze waarop de partijen optreden, maar ook dat de organen van de Raad van State actief optreden bij het onderzoek van de zaak: zij doen op eigen initiatief alle onderzoeksverrichtingen die ze nodig achten, in feite en in rechte.

8.4.4.3. Meer bepaald staat de Raad in — zoals in de derde considerans van dit arrest wordt betoogd — voor de handhaving van de regelen van openbare orde door van ambtswege de schending van die regelen in aanmerking te nemen als grond tot vernietiging van de beslissing die door die schending is gevestigd. Belangrijk is daarbij voor ogen te houden dat in de Raad van State het alleen de rechtsprekende kamers zelf zijn die, door van ambtswege de schending als vernietigingsgrond in aanmerking te nemen, de handhaving van de regelen van openbare orde verzekeren. Immers, aangezien voor de Raad van State de bestuurs-overheid altijd zelf direct haar belangen verdedigt, wordt het instellen van vorderingen door een openbaar ministerie, optredend als echte eisende partij, uitgesloten geacht. De processen gevoerd tot invordering van belastingen kunnen in dit opzicht als vergelijkingspunt dienen — de voorrang van het bestuur der douanen op het openbaar ministerie in strafzaken, het extreme voorbeeld zijnde. Het gevolg voor de procesregeling voor de Raad van State is alzo dat — anders dan voor de gewone rechtbanken — geen dwangsom kan worden gevorderd door een orgaan van het openbaar ministerie, optredend als eisende partij ter vrijwaring van de openbare orde.

Men zou kunnen staande houden dat het ontbreken van een regeling in de eenvormige wet die het de Raad van State mogelijk maakt om van ambtswege een dwangsom uit te spreken indien hij de schending van een regel van openbare orde van ambtswege als vernietigingsgrond in aanmerking neemt, als een leemte moet worden beschouwd die, op grond van de interpretatieregel die het nuttig effect van rechtsregels als richtsnoer neemt, door de Raad van State

zou kunnen worden opgevuld.

8.4.4.4. Zoals reeds hiervoren werd aangestipt is de inquisitoire procedure die aan de Raad van State initiatiefrecht geeft bij de behandeling van de zaken, ook ingesteld in het belang van de rechtzoekenden. De partijen voor de Raad van State zijn ongelijke partijen: de geadmistreerde, de niet deskundige verzoeker, staat tegenover de bestuursoverheid, die niet alleen over alle gegevens, over tijd en mankracht beschikt om zich te verdedigen, maar ook over het machtige wapen van de inertie. Het initiatiefrecht van de organen van de Raad van State is ook gegeven om die ongelijkheid te verhelpen.

De toelichting welke voorafgaat aan de bij besluit van de Regent van 23 augustus 1948 vastgestelde regeling van de rechtspleging voor de Raad van State, bevestigt zulks in het algemeen en nog eens in het bijzonder in het verband met het opvragen van stukken bij de bestuursoverheid.

8.4.4.5. In de dubbele opdracht de handhaving van de regelen van openbare orde te verzekeren en de mindere positie van de rechtzoekenden bij het voeren van de rechtsstrijd te compenseren, vinden de organen van de Raad van State de bevoegdheid om die rechtzoekenden te wijzen op de mogelijkheid dat een regel van openbare orde geschonken werd. Dat gebeurt regelmatig in de verslagen over de zaak die door de leden van het auditoraat worden opge maakt en die aan de partijen worden medegedeeld; dat kan gebeuren indien de staatsraad-verslaggever van de bevoegde kamer op de openbare terechtzitting de mogelijkheid vermeldt dat de schending van een regel van openbare orde eventueel van ambtswege als vernietigingsgrond in aanmerking zou kunnen worden genomen. Aangezien middelen van openbare orde door de partijen tot aan de sluiting van de debatten mogen worden aangevoerd, kan de belanghebbende partij na het verslag van de bevoegde auditeur te hebben gelezen of na de staatsraad-verslaggever te hebben gehoord, het middel voor haar rekening overnemen en ten voordele ervan argumenten aanvoeren, terwijl de wederpartij de gegrondheid of dienstigheid van het middel kan betwisten.

Uit de regel dat de bijzaak de hoofdzaak volgt, kan worden afgeleid dat wie ter vervulling van een opdracht ter handhaving van een regel van openbare orde bevoegd is de partijen te wijzen op het bestaan van de mogelijkheid dat de schending van een regel van openbare orde als vernietigingsgrond zou kunnen worden aangenomen, tevens bevoegd erop wijst welke middelen kunnen worden aangewend om een tweede schending van dezelfde regel in dezelfde zaak door dezelfde overheid te voorkomen, zij het een beroep op de gewone rechter om de overheid tot de betaling van schadevergoeding te veroordelen — het bekende traditionele middel waarop dikwijls gewezen wordt bij het onderzoek van het belang dat een rechtzoekende bij een annulatieberoep kan hebben —, zij het het nieuwe middel van de dwangsom.

8.4.4.6. Overigens, indien de Raad van State de schending van een regel van openbare orde — de schending van het gezag van het gewijsde — van ambtswege als een mogelijke vernietigingsgrond tot onderwerp van het aan de gang zijnde gerechtelijk debat maakt en dan tevens de aandacht van de belanghebbende partij vestigt op de mogelijkheid die zij heeft om de werking van het zich als waarschijnlijk aankondigend rechtsherstellend arrest te versterken door

het uitspreken van een dwangsom te vorderen, dan is aan die partij nog altijd de mogelijkheid gelaten zich over de opportuniteit van dwanguitoefening op de overheid te beraden en te beslissen om de uitvoering van het arrest — zelfs een dat strekt tot de handhaving van een regel van openbare orde — liever over te laten aan een zich rustig bewegende overheid, eerder dan aan een op de hielen getrapte, aangezien die partij alzo toch nog altijd het middel van de schadevergoeding achter de hand houdt.

8.4.4.7. Het fundamentele beginsel dat de Raad van State actief bij het voeren van de voor hem gebrachte processen optreedt — en dat dan meer speciaal nog als opdracht geeft de regelen van openbare orde te handhaven — wordt alzo verzoend met de regel dat de dwangsom enkel door de belanghebbende partij kan worden gevorderd, doordat de Raad zich ertoe beperkt in de loop van de rechtsstrijd en naar aanleiding van een middel van openbare orde, enkel de mogelijkheid van het bepalen van een dwangsom onder de aandacht van de partijen te brengen.

8.4.4.8. De organen van de Raad van State — de bevoegde auditeur, de bevoegde kamer — blijven derhalve binnen de grenzen van hun bevoegdheid indien zij, in verband met de schending van een regel van openbare orde wijzen op de mogelijkheid voor de rechtzoekende — in de eerder zeldzame gevallen dat die zich voordoet — een dwangsom te vorderen om de naleving te verzekeren van het gezag van het gewijsde dat een eventueel vernietigingsarrest kan hebben met betrekking tot het verlenen van rechtsherstel als gevolg van het declaratief effect van de vernietigingsgrond.

De gelegenheid om een verzoekende partij op de gebruikmaking van de dwangsom te wijzen is, zoals reeds gesuggered, uiterst beperkt: het arrest moet een effect hebben dat werkt als een echte veroordeling van de overheid tot rechtsherstel; de vernietigingsgrond moet zijn de schending van een regel van openbare orde; de gegevens van de zaak moeten in redelijkheid ernstig doen twijfelen aan de bereidheid van de bestuursoverheid om het opgelegde rechtsherstel te verlenen of volledig te verlenen. Het bezwaar dat het vermelden van de mogelijkheid van het opleggen van een dwangsom zou ontaarden tot een «clause de style», waarover sprake in de gemeenschappelijke toelichting (Kamer 1977-78, Doc. 353/1, blz. 16), is dus volkomen ongegrond.

8.4.4.9. De schending van het gezag van het gewijsde werd in deze zaak van ambtswege opgeworpen door de bevoegde auditeur en op de openbare zitting van 20 april 1982 als zodanig hernomen door de staatsraadverslaggever. De verzoekende partij heeft op diezelfde openbare terechtzitting gesteld dat de door haar aangevoerde middelen in werkelijkheid geen ander effect hadden dan het middel van de schending van het gezag van het gewijsde, zonder dat middel echt bij te vallen omdat de verzoekende partij ernaar streefde om, door aanvoering van het middel van machtsafwending te verkrijgen dat, na een nieuw op die grond gesteund annulatieberoep, een anders samengestelde examencommissie belast zou worden het annulatiearrest uit te voeren.

Op de eventualiteit, door de staatsraad-verslaggever vermeld, dat een dwangsom als middel zou kunnen worden aangewend om de uitvoering van een eventueel annulatiearrest zeker te stellen, is de verzoekende partij echter wel ingegaan, zoals hiervoren reeds werd uiteengezet.

De hierboven gerechtvaardigde opvatting dat de organen van de Raad van State wettig bevoegd zijn om in de loop van de procedure de mogelijkheid van de oplegging van een dwangsom te vermelden, brengt mee dat de vordering een dwangsom uit te spreken, door de verzoekende partij in een memorie van 27 april 1982 aanhangig gemaakt, niet ongeldig is als gevolg van het feit dat de staatsraad-verslaggever op de zitting van 20 april 1982 de mogelijkheid een dwangsom te bepalen heeft vermeld — daargelaten nog of die vermelding, mocht ze betwistbaar zijn, tot gevolg zou kunnen hebben een handeling die de verzoekende partij binnen de grenzen van een haar wettig toekomende bevoegdheid heeft verricht, ongeldig te maken.

8.4.4.10. De vordering van de verzoekende partij, op 27 april 1982 aanhangig gemaakt, om een dwangsom te zetten op de uitvoering van het door haar nagestreefde vernietigingsarrest is dus, in strijd met de stelling van de verwerende partijen, ontvankelijk ingesteld.

8.5. Uit wat reeds hiervoren in deze considerans werd uiteengezet, volgt dat de verplichting die met een dwangsom hard gemaakt wordt, ongetwijfeld rust op de overheidspersoon zelf of op het bestuurscollege zelf die hebben nagelaten de rechtsverplichting te vervullen die de grond opleverde voor de vernietiging van de bestreden, uitdrukkelijke of impliciete weigering om gunstig gevolg te geven aan een door de verzoekende partij ingediende aanvraag.

Het probleem rijst dan wie moet worden aangewezen om voor de betaling van de dwangsom in te staan: de overheidspersoon of het bestuurscollege waarop het vervullen van de door de Raad van State gedeclareerde rechtsverplichting rust, dan wel de publieke rechtspersoon waarvan de overheidspersoon of het bestuurscollege geacht worden het orgaan te zijn.

8.5.1. De oplossing van dat probleem moet gezocht worden uitgaande van de zin van de dwangsom.

De zin van de dwangsom is te verkrijgen dat een verplichting wordt vervuld door de vermoede onwil te breken van wie tot het vervullen van de verplichting gehouden is.

Gebruikt men als beïnvloedingsmiddel de dreiging met aantasting van bezit, dan is de aantasting van het bezit van degene op wie de dwang gericht is, het meest efficiënt en dus het meest aangewezen. In overeenstemming met het interpretatiebeginsel volgens hetwelk een zodanige uitlegging van een regel de voorkeur verdient dat daardoor, het doel van de regel in acht genomen, het grootste nuttig effect wordt bereikt, is dié oplossing het meest verantwoord volgens welke de dwangsom moet worden uitgesproken ten laste van de individuele persoon of personen zelf die, als afzonderlijk optredend overheidspersoon of als gezamenlijk optredende leden van een bestuurscollege, veroordeeld worden in de zin van punt 8.3 om een bepaalde beslissing te nemen.

Afgewezen wordt dus de toepassing van de orgaantheorie die in verband met gezagsuitoefening dominerend is in het domein van de overheidsaansprakelijkheid. De reden van die afwijzing is niet de opvatting dat in verband met het aanwijzen van wie de dwangsom betalen moet, analoge toepassing van regelen uit het domein van de overheidsaansprakelijkheid per se uitgesloten is, maar omdat meer speciaal de toepassing van de orgaantheorie in wezen niet met de eigen aard van de dwangsom verenigbaar is.

Wat de orgaantheorie kenmerkt is dat zij gezagsuitoefe-

ning «depersonaliseert», los maakt van de individuele persoon of personen die in werkelijkheid het gezag uitoefenen. Dat heeft zijn voordeel en dat bepaalt ten dele het nut van de theorie; anderzijds beperkt dat «depersonaliseren» echter ook de bruikbaarheid ervan.

8.5.2. Het ontstaan van de rechtspraak in verband met de toepassing van de orgaantheorie in het domein van de overheidsaansprakelijkheid moge die beperking aantonen.

8.5.2.1. Grondslag van de Belgische regeling van de overheidsaansprakelijkheid is artikel 24 van de Grondwet.

De strekking van wat uitdrukkelijk in dat artikel bepaald wordt, komt hierop neer dat, indien een rechtzoekende particulier een ambtenaar verantwoordelijk acht voor een onrechtmatige aantasting van zijn rechten of belangen, in geen geval enige regeling (op grond van artikel 139, 5°) mag worden vastgesteld die tussen de rechtzoekende particulier en de ambtenaar een scherm zou plaatsen waarvan het gevolg zou zijn die particulier te beletten om zelf, direct, die ambtenaar volgens de gewone bevoegdheidsregelen voor een strafrechter of een burgerlijke rechter te brengen. Uit de voorbereidende besprekingen van dat artikel (Huytens, IV, blz. 67, verslag namens de section centrale over het tweede lid van het voorstel Thorn) blijkt, dat de grondwetgever nadrukkelijk de persoonlijke verantwoordelijkheid en daarom ook aansprakelijkheid van de individuele ambtenaar heeft gewild om te voorkomen dat ambtenaren — van elke soort en niveau — door een systeem van bescherming, ongestraft onwettig zouden kunnen handelen.

8.5.2.2. Volgens welke regelen precies de aansprakelijkheid van de ambtenaar zou moeten worden bepaald, is niet in artikel 24 vastgesteld; bovendien is er ook niets met enige zekerheid uit de voorbereidende besprekingen af te leiden — wat begrijpelijk is aangezien de grondwetgever in artikel 139, 5°, aan de wetgever opdracht gaf de regelen van die aansprakelijkheid vast te stellen.

De wetgever heeft die opdracht niet vervuld, enkele heel bijzondere en fragmentaire regelingen voor speciale materies niet te na gesproken. De rechtbanken hebben dan gewoon de aansprakelijkheidsregeling van het Burgerlijk Wetboek toegepast. In 1833 reeds wordt artikel 1382 toepasselijk verklaard op een burgemeester die onrechtmatig was opgetreden.

8.5.2.3. De persoonlijke aansprakelijkheid bevestigen van ambtenaren is heel belangrijk. Daarmee wordt willekeurig optreden van ambtenaren bedwongen; daarmee is echter niet zeker gesteld dat de schadelijgende partij altijd, effectief, volledig door die ambtenaar vergoed zal worden. Het evidente, dringende belang van de schadelijgende partij is daarom dat zij een overheidslichaam — staat, provincie, gemeente — kan aanspreken om die volledige schadevergoeding te krijgen. De in 1834 gelanceerde Franse theorie van «la personnalité civile de l'Etat» lost dat probleem ten dele op: agenten in overheidsdienst belast met uitvoeringstaken kunnen als de door artikel 1384, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek bedoelde aangestelden van het overheidslichaam worden beschouwd. Sinds 1852 wordt artikel 1384, derde lid, bovendien bruikbaar geacht, niet alleen voor schade veroorzaakt door het optreden van een bepaalde soort overheidspersoneel, maar ook voor de schade ontstaan uit een bepaalde soort activiteiten van de overheid, te weten de handelingen die worden verricht bij de exploitatie van een economisch bedrijf door de overheid en

die vergelijkbaar zijn met wat een particuliere onderneming doet die een vergelijkbaar bedrijf exploiteert.

Aangezien gezagsuitoefening geacht werd niet te kunnen worden ingepast in de theorie van de «personnalité civile de l'Etat», kon schade, veroorzaakt door gezagsuitoefening, niet op het overheidslichaam worden verhaald en moest de aansprakelijkheid van de ambtenaar, voor zover hij aansprakelijk gesteld werd, ingebouwd blijven — soms met verzachtingen, soms niet — in artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek.

8.5.2.4. Het afwijzen van enige mogelijkheid van verhaal op het overheidslichaam in het geval van schade uit gezagsuitoefening, werd echter in de loop van de 19e eeuw meer en meer onaannemelijk geacht door de rechtsleer, waarin de rechtspraak van de Franse Conseil d'Etat als een na te volgen voorbeeld werd voorgesteld.

Het resultaat is geweest dat — ook al wordt gezegd dat het tegendeel is gebeurd — de toepassing van de theorie van de «personnalité civile de l'Etat» ook tot schade uit gezagsuitoefening werd uitgebreid, zodat de staat ook op grond van het Burgerlijk Wetboek kon worden aangesproken om de schade te vergoeden die ten gevolge van onwettige gezagsuitoefening was ontstaan — zij het dan dat het nogal wat tijd heeft gevergd voordat de aanzet van 1920 ook tot voldoende samenhangende, de vele gebieden van overheids-optreden bestrijkende regelingen heeft geleid.

8.5.2.5. Even had men kunnen verwachten dat na 1920 de toepassing van artikel 1384, derde lid, veralgemeend zou worden. Dat is evenwel niet gebeurd. In verband met de gezagsuitoefening is een stuk 19e eeuw toch blijven voortleven omdat het uitgesloten werd geacht om bestuurscolleges, overheidspersonen en ambtenaren die tot uitoefenen van gezag bevoegd zijn en ter gelegenheid van hun optreden in die hoedanigheid onwettig schade veroorzaken, te kwalificeren als aangestelden van een overheidslichaam aan wie sinds 1920 rechtspersoonlijkheid in het algemeen wordt toegekend met weglating van het bijvoeglijk naamwoord «civile». Op vorenbedoelde bestuurscolleges, overheidspersonen en ambtenaren moest derhalve artikel 1382 van toepassing blijven. Het kwam er dan op aan die zoëven bedoelde persoonlijke aansprakelijkheid, gegrond op artikel 1382, te verbinden met de aansprakelijkheid van de publieke rechtspersoon. Eens te meer werd er op de buitenlandse ideëenmarkt gewinkeld en werd toen de orgaantheorie overgenomen. De onrechtmatige schade veroorzaakt door vorenbedoelde bestuurscolleges, overheidspersonen en ambtenaren bevoegd tot gezagsuitoefening, wordt in het raam van die theorie aan de rechtspersoon zelf toegerekend, welke rechtspersoon op grond van artikel 1382 direct aansprakelijk kan worden gesteld.

8.5.2.6. Of de orgaantheorie wel de beste koop was, is door sommigen ernstig betwist. Allerlei oude problemen zijn gebleven, en nieuwe zijn ontstaan. Meer bepaald het probleem waarvan de oplossing voor deze zaak van belang is.

De orgaantheorie heeft immers, als men ze ook maar even doordenkt, tot gevolg dat de eigen aansprakelijkheid van de bestuurscolleges, overheidspersonen en ambtenaren verdwijnt aangezien die enkel nog maar orgaan zijn van de rechtspersoon en dus alleen nog de rechtspersoon kan worden aangesproken voor de vergoeding van de door die organen toegebrachte schade. Verdwijnt evenwel die eigen,

persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van de bestuurscolleges, overheidspersonen en ambtenaren, dan doet men klaarblijkelijk te kort aan artikel 24 van de Grondwet, want dan vervalt een essentiële waarborg voor de particulier tegen onrechtmatig optreden van wie gezag uitoefent, meer bepaald het recht om direct tegen wie gezag uitoefent, een beroep te kunnen doen op de rechter tot het verkrijgen van redres na aantasting van een recht of een belang door die gezaghebber. De orgaantheorie, consequent toegepast, doet also het constitutioneel verboden scherm neerdalen tussen de rechtzoekende particulier en de van onwettigheid beschuldigde gezaghebber.

De rechtspraak lost evenwel het probleem ontstaan uit de toepassing van de orgaantheorie eenvoudig op: men past de orgaantheorie toe die de rechtspersoon direct aansprakelijk stelt, en bevestigt tegelijk, zonder schroom voor verwijten van onsamenhangend denken, de concomitante persoonlijke aansprakelijkheid van overheidspersonen en ambtenaren die niettemin de organen van de rechtspersoon genoemd worden.

8.5.3. De les die uit wat voorafgaat, voor deze zaak gehaald moet worden is, in de eerste plaats, dat steeds de constitutioneel vereiste persoonlijke aansprakelijkheid, en dus de daaraan ten grondslag liggende persoonlijke verantwoordelijkheid van bestuurscolleges, overheidspersonen, hoge en lage ambtenaren van alle soort, gehandhaafd is. De elementaire empirisch vast te stellen werkelijkheid is overigens dat alleen mensen handelen en, indien aansprakelijkheid rechtmatig handelen moet bevorderen — zoals onze constituant dacht —, de aansprakelijkheid gelegd moet worden bij degenen die echt, direct verantwoordelijk zijn voor het schadeverwekkend optreden: de persoon zelf die als gezaghebber optreedt.

De tweede les leert dat aan de eerste fundamentele verantwoordelijkheid en dus aansprakelijkheid een tweede, niet echte verantwoordelijkheid, maar dan toch complementaire aansprakelijkheid wordt toegevoegd ten gevolge van de druk die uitgaat van het inzicht dat alleen door die complementaire aansprakelijkheid de belangen worden gevrijwaard van de partij die schade lijdt ten gevolge van het onrechtmatig optreden van een bestuursoverheid.

De belangen van de schadelijdende partij zijn de echte, enige reden van het inschakelen van de theorie van de «personnalité civile de l'Etat» en nadien van de orgaantheorie. De bescherming die, ondanks de concomitante persoonlijke aansprakelijkheid van wie gezag uitoefent, door de orgaantheorie aan die gezaghebbers geboden wordt, is een niet gezocht, maar nuttig bijkomend voordeel in zover die gezaghebbers, als die te goeder trouw onwettig hebben gehandeld, door de bestuursoverheid in werkelijkheid toch geheel of ten dele van hun persoonlijke aansprakelijkheid ontlast kunnen worden doordat de bestuursoverheid de schadevergoeding betaalt zonder haar recht van regres uit te oefenen, wat dan uiteindelijk ook nog goed bestuur bevordert in de mate dat gezaghebbers in hun handelen niet verlamd worden uit vrees voor hun persoonlijke aansprakelijkheid.

Aanleiding en hoofdzaak voor toepassing van de orgaantheorie blijft echter de noodzakelijkheid om, bij blijvende ontstentenis van een behoorlijke wettelijke regeling van de aansprakelijkheid van overheid en ambtenaren, toch een regeling te vinden die aan de belangen van de schadelijdende partijen recht doet wedervaren. Dat de druk van de

steeds sterker gevoelde noodzaak om de schadelijgende partij te vergoeden tot gevolg heeft dat in de praktijk de klemtoon steeds meer en meer op de orgaantheorie wordt gelegd en dat daaraan zelfs, met die theorie niet altijd zo logisch lijkende uitbreidingen worden toegevoegd, ontleent aan de aansprakelijkheid van de rechtspersoon niet, in het Belgische judiciair opgebouwde stelsel, het historisch gegroeide complementair karakter van die aansprakelijkheid.

8.5.4. Betreft men de hiervoren onder de aandacht gebrachte dubbele les op het probleem aan wie de dwangsom moet worden aangerekend, dan betekent dat, ten eerste, dat individuele personen die als eersten verantwoordelijk zijn voor genomen of te nemen beslissingen, inderdaad ook als eersten in aanmerking moeten komen om de constitutionele dwang van de primaire aansprakelijkheid en daarom ook, per analogie, om de druk van de dwangsom te ondergaan.

Ten tweede is het duidelijk dat er, in verband met de dwangsom, in de belangen van redreszoekende geadminiistreerden geen reden kan worden gevonden om, naar het voorbeeld van de complementaire aansprakelijkheid van de rechtspersoon, een complementaire verplichting tot betaling van de dwangsom aan de rechtspersoon op te leggen.

Immers, in verband met de dwangsom is het belang van wie door een vernietigde beslissing gelaedeerd wordt niet — zoals in verband met de aansprakelijkheid wel het geval is — dat hem door de rechter een solvabel geacht patrimonium van een publieke rechtspersoon wordt toegewezen zodat hij zeker kan zijn, zijn geld te krijgen, maar dat degenen, die als overheidspersoon of als leden van een bestuurscollege in werkelijkheid de beslissingsmacht uitoefenen, effectief de opgelegde beslissing nemen, daartoe gebracht door het feit dat zij individueel en persoonlijk in hun eigen patrimonium bedreigd worden indien ieder van hen niet doet wat nodig is om de opgelegde verplichting zoals die is vastgesteld, ten volle na te komen. Er is dus geen reden om de primaire verantwoordelijkheid van de personen die als overheid optreden uit te schakelen of wezenlijk af te zwakken, door de voor hen bestemde druk af te wenden naar de abstractie die een rechtspersoon is. Integendeel. De druk van de dwangsom, van de personen overdragen op de rechtspersoon is evident contraproductief.

8.5.5. Weliswaar is het denkbaar dat de personen, die door na te laten te doen waartoe ze veroordeeld zijn en die also de rechtspersoon tot het bedrag van de dwangsom schade hebben berokkend, vanwege organen van de rechtspersoon bij wijze van schadevergoeding tot terugbetaling van de dwangsom worden gemaand. Denkbaar is ook, indien het gaat om ambtenaren, dat de disciplinaire overheid maatregelen neemt ten aanzien van de ambtenaar die de betaling van een dwangsom nodig heeft gemaakt.

Het is echter direct merkbaar inadequaar om sancties te gebruiken, die in deze aangelegenheid verschijnen als middelen van tweede orde, om degenen die echt de beslissing moeten nemen persoonlijk onder druk te zetten, indien er een middel van eerste orde kan worden aangewend — de dwangsom welke die personen direct zelf aan de verzoekende partij verbeuren — om de vereiste druk op hen te doen wegen.

Overigens worden sancties en vorderingen tot schadevergoeding moeilijk denkbaar indien het gaat, niet om een

ambtenaar, maar om een administratieve commissie met beperkte opdracht en duur die onafhankelijk beslist.

Sancties en vorderingen tot schadevergoeding schijnen echt uitgesloten, indien het bestuurscollege tevens het beslissend of enig uitvoerend orgaan is van de rechtspersoon.

8.5.6. Het patrimonium van de rechtspersoon kan overigens van zodanige omvang zijn dat de dwangsom geen effect heeft, bv. indien het bestuurscollege (het schepencollege van een grote stad) die voor de uitvoering van de veroordeling instaat (een op disciplinaire gronden afgezette gemeentebediende opnieuw in zijn bediening herstellen en hem het gederfde loon uitbetalen), maar tevens ook het beheer van het patrimonium van de rechtspersoon (de stad) heeft, om prestigeredenen nalaat de rechtsherstellende beslissingen te nemen. In die hypothese zou de dwangsom zo — onredelijk — hoog moeten worden gesteld om de onwil van het bestuurscollege te breken, dat een wanverhouding ontstaat tussen de waarde, welke aan de opgelegde verplichting kan worden toegekend, en het bedrag van de dwangsom. De partij aan wie de dwangsom toevalt, zou dan soms geen belang meer hebben bij de uitvoering van het arrest, wat niet de bedoeling van het opleggen van een dwangsom kan zijn.

8.5.7. Het doel van de dwangsom is immers niet degene aan wie ze toevalt, een middel tot verrijking te bezorgen, maar een middel om de vervulling van een aan hem verschuldigde verplichting te verkrijgen. Het is trouwens niet noodzakelijk in het instituut van de dwangsom begrepen dat het geld in ieder geval moet toevallen aan degene wien de opgelegde verplichting tot voordeel strekt. Dat is evenwel de oplossing die in de eenvormige wet is aangenomen.

Beslist de rechter in dat systeem om een hoge dwangsom ten laste van de rechtspersoon te leggen, dan wordt het niet helemaal denkbeeldig dat ooit ergens afspraken worden gemaakt om het nemen van de opgelegde beslissing wat uit te stellen om, zodoende, de hoge dwangsom eisbaar te maken en, misschien zelfs, om ze wat te laten oplopen.

8.5.8. Alle hiervoren onder de punten 8.5.5 en volgende even overlopen verwickelingen, die bovendien de directe werking van de dwangsom afstompen, vallen weg, indien de eenvoudige, logische weg wordt gevolgd die erin bestaat de dwang uit te oefenen rechtstreeks op het patrimonium van degenen die verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van de opgelegde verplichting en dus ook voor de verbeurte van dwangsom, indien zij nalaten aan wat opgelegd is, te voldoen.

De rechtspersoon als schuldenaar van de dwangsom aanwijzen is weliswaar niet helemaal onmogelijk of totaal zinloos. Maar het is in rechte zowel als in feite niet alleen nutteloos, maar zelfs nadelig. Er is geen reden om de contradicties van de orgaantheorie over te nemen. De constitutionele directieve van artikel 24 wijst de juiste weg.

Het ligt voor de hand dat, indien er redenen te over zijn om een complementaire verplichting tot betaling van de dwangsom niet aan de rechtspersoon op te leggen, al die argumenten nog sterker pleiten tegen een regeling waarbij de dwangsom uitsluitend ten laste zou worden gelegd van de rechtspersoon zodat de overheidspersoon of de leden van het bestuurscollege van elke directe druk van de dwangsom zouden worden vrijgesteld.

8.5.9. De directieve opvolgend gegeven door artikel 24 van de Grondwet en rekening houdend met de zin zelf van

het instituut van de dwangsom, houdt deze kamer het bij de oplossing volgens welke de dwangsom moet worden opgelegd aan de personen zelf die, individueel of collectief, overheidsgezag uitoefenen en met betrekking tot een bepaald geval ten voordele van een bepaald persoon door een annulatiearrest verplicht worden een wel bepaalde beslissing te nemen.

8.6.1. Hiervoren werd gesteld dat indien een bestuurscollege krachtens een annulatiearrest tot het nemen van een beslissing gehouden is, de dwangsom gezet op de vervulling van die verplichting, moet worden betaald door de leden zelf van dat bestuurscollege. Zoals hiervoren werd betoogd is dat in overeenstemming met de opvattingen van de grondwetgever van 1831.

Zo werden in de 19e eeuw, toen de orgaantheorie nog niet werd toegepast, de leden van colleges van burgemeester en schepenen overeenkomstig de opvattingen van de grondwetgever gezamenlijk persoonlijk verantwoordelijk gesteld voor onwettige beslissingen van het college en tot het betalen van de schadevergoeding veroordeeld, rechtspraak die door de rechtsleer werd bijgevallen (zie Giron, *Dictionnaire*, tw. «Responsabilité des fonctionnaires», nr. 11).

Artikel 88 van de Gemeentewet bepaalt op gelijke wijze dat indien bijzondere commissarissen naar een gemeente worden gezonden om in de plaats van bv. een weerbarstig college van burgemeester en schepenen te doen wat de wet oplegt en wat dat college niettemin weigert te doen, de kosten die uit het optreden van de commissarissen zijn gevolgd, persoonlijk moeten worden gedragen door de leden van dat weerbarstige schepencollege.

Wat geldt voor een schepencollege, geldt uiteraard voor ieder bestuurscollege. In beginsel zijn het de leden van het college die verantwoordelijk zijn voor het onwettig optreden van dat college. Hun verantwoordelijkheid sluit in dat zij de kosten dragen die uit dat onwettig optreden voortkomen: de vergoeding van de schade indien die er is; de kosten van de gedwongen uitvoering door plaatsvervangers van de op hen, als leden van het college, rustende verplichtingen, voor zover een dergelijke gedwongen uitvoering wettig mogelijk is; dus ook de dwangsom die het niet nakomen van een opgelegde verplichting sanctioneert.

8.6.2. Aangezien het vervullen van een bij arrest aan een bestuurscollege opgelegde verplichting op alle leden van het college, gezamenlijk optredend, rust, dragen ook alle leden van het bestuurscollege een ondeelbare collectieve verantwoordelijkheid indien de opgelegde verplichting niet wordt vervuld op de wijze zoals uit het arrest volgt. Die ondeelbare collectieve verantwoordelijkheid heeft tot gevolg dat zij in solidum tot het voldoen van de dwangsom gehouden zijn.

8.6.3. Rekening houdend met het feit dat de samenstelling van een bestuurscollege kan veranderen, bv. ook doordat leden ontslag kunnen nemen, rijst het probleem op welke leden precies de met een dwangsom gesanctioneerde verplichting rust om de rechtsherstellende beslissing te nemen welke door het annulatiearrest wordt opgelegd.

Die rechtsherstellende beslissing is, zoals hiervoren werd betoogd, in wezen geen andere dan de initiële beslissing welke het bestuurscollege volgens de vernietigingsgrond genomen had moeten hebben toen de vernietigde beslissing tot stand kwam.

Het declaratief effect van de vernietigingsgrond brengt

mee dat die initiële verplichting, die virtueel ten gevolge van het instellen van een annulatieberoep is blijven bestaan, dadelijk actuele werking verkrijgt op het ogenblik zelf dat het vernietigingsarrest wordt uitgesproken. De verplichting voor het bestuurscollege om de door de vernietigingsgrond bepaalde rechtsherstellende beslissing te nemen ontstaat derhalve de dag zelf waarop de bestreden, expliciete of impliciete weigering van het bestuurscollege om aan de door de vernietigingsgrond kenbaar gemaakte verplichting te voldoen, vernietigd wordt.

De verplichting de opgelegde rechtsherstellende beslissing te nemen wordt ten aanzien van het bestuurscollege werkzaam de dag waarop het vernietigingsarrest aan het college wordt betekend in de persoon van de voorzitter ervan die — behoudens een afwijkend voorschrift — geacht moet worden voor dat college de vertegenwoordigende functie te vervullen.

Aangezien de aan een vast georganiseerd sociaal verband — zoals een bestuurscollege — toegerekende handelingen in werkelijkheid de samenwerkende handelingen zijn van de personen die door dat gezamenlijk handelen het sociaal verband uitmaken en herkenbaar maken, betekenen de woorden dat «aan een bestuurscollege een verplichting is opgelegd», dat een verplichting is opgelegd aan al de personen die als leden van dat bestuurscollege door hun georganiseerde, door een zelfde finaliteit bepaalde handelingen aan dat bestuurscollege bestaan geven.

Het is de taak van de persoon die voor het college de vertegenwoordigende functie vervult — normaal de voorzitter — om het nodige te doen om het nemen van de opgelegde beslissing te organiseren.

8.6.4. De verplichting eventueel een dwangsom te betalen wordt krachtens artikel 1, lid 1, van de eenvormige wet maar werkzaam voor ieder lid van het college afzonderlijk de dag dat aan dat lid het vernietigingsarrest is betekend.

8.6.5. Omdat de verplichting de opgelegde beslissing te nemen op ieder van de leden van het bestuurscollege rust vanaf de betekening van het annulatiearrest aan de persoon welke die betekening in naam van het bestuurscollege in ontvangst moet nemen, ontheft individueel of collectief ontslag niemand van de op hem persoonlijk door het annulatiearrest gelegde verplichting om als leden van het bestuurscollege gezamenlijk de handelingen te verrichten die aan het bestuurscollege worden toegerekend en in rechte verschijnen als het nemen door dat bestuurscollege van de opgelegde, rechtsherstellende beslissing. Individueel of collectief ontslag ontheft uiteraard ook niemand van de verplichting eventueel een dwangsom te betalen, indien de opgelegde verplichting niet wordt vervuld op de wijze als uit het arrest voortvloeit.

Ook afwezigheid wanneer op de vergadering van het bestuurscollege de opgelegde beslissing genomen moet worden, ontheft niemand van zijn persoonlijke verantwoordelijkheid en ontslaat dus ook niemand van zijn persoonlijke verplichting de dwangsom te betalen, indien aan de opgelegde verplichting niet wordt voldaan.

Wordt binnen het bestuurscollege verdeeld gestemd dan is — een geheime stemming verandert niets — ook zonder belang of elk lid wel gestemd heeft en hoe elk lid gestemd heeft, indien het resultaat van de stemming is dat aan de verplichting de opgelegde rechtsherstellende beslissing te nemen, geen gevolg gegeven wordt. Immers, het aannemen

van lid te zijn van een bestuurscollege brengt de persoonlijke verantwoordelijkheid mee voor wat dat college doet, en meer in het bijzonder voor het niet uitvoeren door dat college van een rechterlijke beslissing, des te meer indien op die uitvoering een dwangsom door de rechter gesteld wordt.

8.6.6. De oplossing, hiervoren onder punt 8.6.3 aangenomen in verband met de juiste samenstelling van het bestuurscollege waarop de met een dwangsom gesanctioneerde verplichting rust om de opgelegde rechtsherstellende beslissing te nemen, kan zonder moeilijkheden worden toegepast op de onder punten 2.2.3 e.v. bedoelde soort administratieve commissies die slechts een tijdelijk bestaan hebben. Onder punten 2.2.3 e.v. werd immers gesteld dat een dergelijke commissie, in de samenstelling die ze had toen ze de beslissing nam waartegen een beroep tot vernietiging werd ingesteld, zich juridisch overleefde om de afwikkeling van het proces mogelijk te maken en om, eventueel, het vernietigingsarrest uit te voeren.

Met toepassing van de onder punt 8.5.9 aangenomen oplossing rusten, eensdeels, de verplichting de opgelegde rechtsherstellende beslissing te nemen, en, anderdeels de verplichting om, indien de rechtsherstellende beslissing niet wordt genomen, de dwangsom te betalen, op de commissie in de enige samenstelling, die ze altijd behouden heeft, te weten die welke ze had toen ze de bestreden en vernietigde beslissing nam en die ze dus nog steeds heeft de dag dat de beslissing vernietigd wordt. Zoals onder de punten 8.6.2 en volgende is aangenomen, betekent het toerekenen van een verplichting aan een collectief beslissende bestuursoverheid zoals een administratieve commissie, in werkelijkheid niets anders dan dat aan ieder lid van die commissie de persoonlijke verplichting wordt opgelegd om te doen wat vereist is om de door het arrest bepaalde verplichting te vervullen. Hetzelfde geldt uiteraard voor de aan de hoofdverplichting verbonden verplichting om persoonlijk in te staan voor de betaling van de dwangsom indien het georganiseerd samenwerken van de leden van de commissie niet als resultaat heeft dat aan de door het arrest opgelegde verplichting wordt voldaan.

8.7. Zoals hiervoren onder punt 7.3.5 werd uiteengezet doet de tweede verwerende partij gelden dat het opleggen van een dwangsom onbestaanbaar is met de grondrechten van de leden van de examencommissie omdat door die dwangsom hun vrijheid van meningsuiting wordt beperkt.

Het bezwaar dat het opleggen van een dwangsom een aantasting uitmaakt van de vrijheid van meningsuiting voor wie lid is van een examencommissie, heeft geen zin.

Iemand die aanvaardt om een publiekrechtelijke opdracht te vervullen die bestaat in het toepassen van door of krachtens de wet vastgestelde regelen, heeft daarbij niet meer beoordelingsvrijheid dan die regelen hem geven. Dat geldt voor de bestuursoverheid, voor de rechter, voor een examencommissie.

Voor de rechter is het in elke orde van jurisdictie — de gewone en de administratieve — het hoogste rechtscollege dat de vrijheid van die rechters bepaalt en eventueel beperkt.

Ten aanzien van bestuursoverheden en van administratieve commissies, examencommissies inbegrepen, zijn het weer de hoogste rechtscolleges in elke orde van jurisdictie welke de grenzen van de beoordelingsvrijheid van die be-

stuursoverheden en commissies bepalen op grond van constitutionele regelen of van bijzondere wetsbepalingen.

Als de Raad van State de grenzen van de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van een lid van een examencommissie bepaalt, dan bepaalt hij niet de grenzen van de vrijheid van meningsuiting die iemand op grond van artikel 14 van de Grondwet toekomt, maar de grenzen van wat iemand ter vervulling van een publiekrechtelijke opdracht in zijn hoedanigheid — enkel in zijn hoedanigheid — van aan de wet gebonden uitvoerder van wet of reglement vermogt.

8.8. Aan het einde van deze considerans is nog nodig als besluit het hiervoren vastgestelde recht op de concrete gegevens van deze zaak te betrekken.

8.8.1. Het declaratief effect van de in de derde en in de vijfde considerans vastgestelde, gelijklopende vernietigingsgronden, effect dat in de zesde considerans nader geconcretiseerd wordt, verplicht de Staatscommissie welke de bij het onderhavige beroep bestreden en vernietigde beslissing genomen heeft en als tweede verwerende partij in dit geding werd betrokken, om ten gunste van de verzoekende partij een rechtsherstellende beslissing te nemen waarvan de inhoud in de redengeving van het arrest op zodanige wijze onder woorden is gebracht dat wat aan rechtsherstel wordt opgelegd, met zoveel nauwkeurigheid is bepaald dat het declaratief effect van die vernietigingsgronden de uitwerking heeft van een veroordeling — in de zin van artikel 1, lid 1, van de eenvormige wet — waardoor de tweede verwerende partij tot een prestatie gehouden is ten voordele van de verzoekende partij.

Deze rechtszaak kan dus worden ingepast in artikel 1, lid 1, van de eenvormige wet. De Raad van State is derhalve bevoegd om in deze zaak van het middel van de dwangsom tegen de verwerende partij gebruik te maken.

8.8.2. Zoals uit de in de punten 8.4.4 en volgende gegeven uiteenzetting blijkt, heeft de verzoekende partij ontvankelijk het bepalen van een dwangsom gevorderd in haar aanvullende memorie van 27 april 1982.

Het onbegrip en de onwil die tot uiting zijn gekomen bij het nemen van de bestreden beslissing en opnieuw in de memorie van 25 maart 1982 en in de pleitnota van 20 april 1982 van de tweede verwerende partij, rechtvaardigen in feite dat op de vordering van de verzoekende partij wordt ingegaan: het normale vermoeden dat een bestuursoverheid aan een rechterlijke uitspraak uitvoering zal geven, is door de houding van de Staatscommissie ontkracht geworden. Vermeden moet dus worden dat een arrest, dat de weigering om verzoekster haar diploma te geven vernietigt, een tweede maal genegeerd wordt.

8.8.3. De leden van de Staatscommissie aan wie het vaststellen van de opgelegde rechtsherstellende beslissing toekomt, worden door de minister van Onderwijs aangesteld.

Indien die minister algemene directieven kan geven in verband met de concrete manier van werken van een dergelijke Staatscommissie, en zelfs in verband met wat van de examinandi in het algemeen als kennis en vaardigheid mag verwacht worden, dan heeft die minister niettemin geen enkele zeggenschap in verband met het vaststellen van het concrete examenresultaat van de individuele examinandi. Op dat punt heeft de commissie, of juist, hebben de leden ervan, autonome beslissingsbevoegdheid. Voor het gebruik ervan dragen zij dus ook de uitsluitende verantwoordelijkheid.

8.8.4.2. De eigen zin van het instituut van de dwangsom, in de eerste plaats, de in verband met de dwangsom ook geldig te achten directieve vervat in artikel 24 van de Grondwet, in de tweede plaats, en juridisch realisme, in de derde plaats, vereisen, indien niet wordt voldaan aan de verplichting de opgelegde rechtsherstellende beslissing te nemen, dat aan de leden van de Staatscommissie de betaling van een dwangsom aan de verzoekende partij wordt opgelegd waarvoor ze allen in solidum instaan.

8.8.5. Aangezien het juridisch bestaan van de Staatscommissie, in de samenstelling die ze had toen de bestreden beslissing op 22 oktober 1981 genomen werd, ten gevolge van het instellen van het onderhavige beroep verlengd is tot deze zaak haar definitief beslag heeft gekregen — wat, gelet op de vernietigingsgronden, betekent tot de opgelegde rechtsherstellende beslissing genomen is —, zijn de leden van die commissie die bij niet-uitvoering van het onderhavige arrest tot de betaling van de dwangsom gehouden zijn, al diegenen die de Staatscommissie vormden welke de bestreden beslissing genomen heeft.

8.8.6. Het bedrag van de dwangsom dient te worden vastgesteld, ermee rekening houdend dat voor acht van de tien leden van de Staatscommissie de hoofdbrok van hun beroepsinkomsten waarschijnlijk hun lerarensalaris is.

De door de verzoekende partij gevorderde dwangsom terugbrengen tot 50.000 fr. schijnt daarom redelijk. Die som wordt zonder beperking verhoogd, per week bijkomende vertraging het arrest uit te voeren, met 20.000 fr.

8.8.7. Hoewel de rechtsherstellende beslissing met spoed moet worden getroffen, dient rekening gehouden te worden, gelet op de samenstelling van de Staatscommissie, met de normale organisatie van het onderwijs. In redelijkheid kan alzo de laatste dag waarop de rechtsherstellende beslissing nog genomen kan worden, gesteld worden op vrijdag, 1 oktober 1982, waarna de dwangsom verbeurd is indien die vrijdag is voorbijgegaan zonder dat de juiste beslissing is vastgesteld.

9. Overwegende, wat de kosten van dit geding betreft, dat de redenen die ertoe leiden de betaling van de dwangsom ten laste van de tien leden van de Staatscommissie te leggen, ook gelden voor de aanrekening van de kosten, in aanmerking genomen dat de grondslag van de vernietiging van de bestreden beslissing gevonden wordt in de schending van het gezag van het gewijsde van een vorig vernietigingsarrest, en onwil om dat gezag te erkennen, die schending verklaart,

Besluit:

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing op 22 oktober 1981 genomen door de Centrale Examencommissie, ingesteld bij artikel 17 van het koninklijk besluit van 16 april 1965 tot regeling van de studiën leidend o.m. tot de graad van gegradueerde in de kinesitherapie, waarbij verzoekster verklaard wordt niet geslaagd te zijn voor haar eindexamen.

Artikel 2.

Aan verzoekster, Nicole Z., is een dwangsom van vijftigduizend frank verbeurd, in solidum te betalen door de hierna in artikel 4, litt. c, vermelde tien leden van de examencommissie die de in artikel 1 vermelde beslissing heeft genomen, in het geval dat de examencommissie die in artikel

1 is bedoeld en die op dezelfde wijze zal zijn samengesteld als toen de door artikel 1 vernietigde beslissing genomen werd, er niet toe gekomen is, ten laatste op vrijdag 1 oktober 1982, om bij een door haar te nemen beslissing aan verzoekster het volledig rechtsherstel te geven dat haar uit kracht van de aangenomen vernietigingsgronden verschuldigd is. De dwangsom wordt telkens, na verloop van een week te rekenen van 1 oktober 1982, per week met twintigduizend frank vermeerderd.

Artikel 3.

De kosten van dit proces, bepaald op zevenhonderd vijftig frank, komen in solidum ten laste van de in artikel 4, litt. c, bedoelde personen.

Artikel 4.

Dit arrest wordt door de griffie betekend: a) aan verzoekster; b) aan verwerende partijen, met name aan de minister van Onderwijs en aan de voorzitter die is opgetreden als procesvertegenwoordiger van de examencommissie bedoeld in artikel 1; c) individueel, aan alle tien de leden van de examencommissie bedoeld in artikel 1, met name aan (...)

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 30 november 1981

Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling — Overlijden van samenwonende verloofde — Huwelijksplannen — Verlies van kans om te huwen met de persoon van zijn keuze.

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 22 mei 1981) heeft eiseres *in solidum* met de beklaagde, haar verzekerde, veroordeeld om aan verweerster een schadevergoeding van 1.002.000 frank te betalen, onder meer op grond van de overweging dat die vergoeding overeenkomt met «de materiële en morele schade samen» die verweerster «geleden heeft als gevolg van het overlijden van de persoon met wie zij samenleefde en met wie zij binnen afzienbare tijd zou huwen (...); dat die vergoeding een geldelijke compensatie is voor de werkelijke schade die voor haar voortvloeit uit het feit dat ze niet meer kan huwen met de persoon van haar keuze ingevolge diens onverwacht overlijden».

In het eerste cassatiemiddel doet eiseres gelden dat alleen de schending van een rechtmatig belang een recht op schadevergoeding doet ontstaan en dat van zodanige schending geen sprake is wanneer de schade betrekking heeft op de genegenheid en de betrekkingen tussen in concubinaat levende personen (schending van de artt. 1382-1383 B.W.).

Op de volgende gronden beslist het Hof dat dit middel op een onjuiste lezing van het bestreden arrest berust en feitelijke grondslag mist:

«Overwegende dat het arrest vermeldt 'dat de eerste rechter ... aan de burgerlijke partij E. een totaalbedrag van een miljoen tweeduizend frank heeft toegekend voor de materiële en morele schade die genoemde vrouw geleden heeft als gevolg van het overlijden van de persoon met wie zij samenleefde en met wie zij binnen afzienbare tijd zou huwen; ... dat de kritiek van de burgerlijke partij faalt naar recht en feitelijke grondslag mist, aangezien de eerste

rechter niet de winstderving heeft berekend die voor een pasgehuwde vrouw voortvloeit uit het overlijden van haar man doch daarentegen naar billijkheid de morele en materiële schade heeft geraamd die genoemde jonge vrouw heeft geleden als gevolg van het overlijden van de man van wie zij hield, met wie zij reeds feitelijk samenleefde en met wie zij van plan was te huwen; dat alleen al wanneer men de laagste waarde in aanmerking neemt die een overledene van die leeftijd op de arbeidsmarkt kan hebben, en men daarop de kapitalisatieregels voor zijn verdere leven toepast, men tot een bedrag komt dat zoveel hoger ligt dan hetgeen de eerste rechter heeft toegerekend; dat het onmiddellijk duidelijk wordt dat de rechtbank een geldelijke vergoeding heeft willen toekennen en heeft toegekend voor de werkelijke schade die voor haar voortvloeit uit het feit dat ze niet meer kan huwen met de persoon van haar keuze ten gevolge van diens onverwachte overlijden; ... dat de burgerlijke partij niet kan worden verweten het door haar te leveren bewijs te doen steunen op aanwijzingen en vermoedens daar een dergelijke situatie die optreedt na een uiteraard niet te voorzien drama, door de burgerlijke partij onmogelijk op een andere manier kan worden bewezen; ... dat het incidenteel hoger beroep om dezelfde redenen weliswaar ontvankelijk doch niet gegrond is, aangezien de verloofde van een slachtoffer niet dezelfde rechten heeft als diens weduwe;

«Overwegende dat het arrest blijkens die consideransen de veroorzaker van het ongeval veroordeelt om aan verweerster vergoeding te betalen voor de schade die ze geleden heeft doordat ze niet meer kan huwen met de persoon van haar keuze.»

(Voorzitter: de h. Legros — Raadsheer-rapporteur: de h. Screvens — Advocaat-generaal: de h. Ballet — Advocaten: mrs. De Bruyn en Simont — In de zaak: A.G. t/ K. e.a.)

NOOT—Zie en vergelijk: Cass., 19 december 1978, R.W., 1978-79, 1709; L. De Wilde, «Concubinaat en rechtmatig belang», R.W., 1978-79, 1681-1696.

Hof van Cassatie (2e Kamer), 1 december 1981

Arbeidsongeval — Schadeloosstelling bij overlijden — Vergoedingen uitgekeerd door de arbeidsongevallenverzekeraar — Subrogatoire vordering tegen de aansprakelijke derde — Omvang en draagwijdte — Vergoedingen die krachtens het gemene recht voor dezelfde materiële schade verschuldigd zijn.

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 15 oktober 1980) wordt op de volgende gronden vernietigd:

«Overwegende dat het middel alleen tegen eerste verweerster, weduwe van de getroffene, handelend in eigen naam, en tegen vierde verweerster, de naamloze vennootschap W., arbeidsongevallenverzekeraar, is gericht;

«Overwegende dat het arrest, met bevestiging van het beroepen vonnis, de aansprakelijkheid voor het ongeval volledig ten laste legt van eiser;

«Overwegende dat het arrest, na te hebben vastgesteld dat aan de weduwe voor inkomstenverlies na het overlijden

van de getroffene een bedrag van 3.072.384 frank toekomt, daarvan aftrekt, enerzijds, de loonvergoedingen (63.648 frank) die door de arbeidsongevallenverzekeraar voor tijdelijke arbeidsongeschiktheid waren uitgekeerd en dus betrekking hadden op de periode die het overlijden voorafging, en, anderzijds, een aantal vergoedingen die betrekking hadden op het inkomstenverlies na het overlijden van de getroffene, te weten het kapitaal dat een derde van de aan de weduwe toekomende rente vertegenwoordigt (798.497 frank), de geactualiseerde waarde van het overige van die rente (1.351.558 frank), en de geactualiseerde waarde van de voor de minderjarige zoon bestemde rente (527.942 frank); dat het arrest de beide laatste renten naar gemeenschappelijke maatstaven berekent; dat het arrest, daar het totaal van de afgetrokken sommen 2.741.645 frank bedraagt, oordeelt dat aan de weduwe een saldo van 330.739 frank toekomt;

«Overwegende dat het arrest, om na te gaan hoeveel aan de arbeidsongevallenverzekeraar toekomt, eerst vaststelt dat deze, overeenkomstig de Arbeidsongevallenwet, voor de periode na het overlijden uitgekeerd heeft: aan de weduwe in eigen naam: 68.392 frank; voor de zoon: 51.294 frank; het derde in kapitaal: 798.497 frank; het overige van de rente in kapitaal: 1.640.812 frank, en de gekapitaliseerde rente voor de zoon: 615.053 frank, in totaal 3.174.048 frank;

«Dat het arrest vervolgens vaststelt dat dit bedrag de aan de weduwe wegens inkomstenverlies toekomende som van 3.072.384 frank overtreft; dat het oordeelt dat derhalve aan de verzekeraar een bedrag van 3.072.384 frank toekomt;

«Dat het arrest nog vaststelt dat de verzekeraar voor de aan het overlijden voorafgaande periode van tijdelijke arbeidsongeschiktheid van de getroffene 63.648 frank had uitgekeerd, en oordeelt dat dit bedrag eveneens aan de verzekeraar toekomt;

«Overwegende dat het middel het arrest niet bekritiseert in zoverre het, na volgens het gemene recht de schade in eigen naam geleden door eerste verweerster, echtgenote van de getroffene, wegens inkomstenverlies vóór de pensioengerechtigde leeftijd van de getroffene te hebben bepaald op 3.072.384 frank en na te hebben beslist dat, voor de berekening van hetgeen deswege nog door eiser aan eerste verweerster is verschuldigd, van dit kapitaal de 'tussenkost' van de naamloze vennootschap W. diende te worden afgetrokken, van die 3.072.384 frank als zodanig aftrekt: 63.648 frank, door de naamloze vennootschap W. betaald wegens de tijdelijke arbeidsongeschiktheid van de getroffene, alsmede een bedrag dat verband houdt met de rente die door die vennootschap voor het kind van de getroffene moet worden uitgekeerd;

(...)

«Overwegende dat de lijfrente en het derde van het rentekapitaal dat de arbeidsongevallenverzekeraar aan de echtgenoot van het slachtoffer van een dodelijk arbeidsongeval uitkeert, alsmede de geactualiseerde waarde van het rentekapitaal dat hij moet vestigen, dezelfde materiële schade dekken als de vergoeding die de voor het ongeval aansprakelijke derde krachtens het gemene recht aan die echtgenoot verschuldigd is wegens het verlies van inkomsten dat het overlijden van de getroffene hem berokkent;

«Overwegende dat de arbeidsongevallenverzekeraar die

bedoelde wettelijke vergoedingen heeft uitgekeerd en het rentekapitaal heeft gevestigd, daarvoor, ten belope van de som die krachtens het gemene recht voor dezelfde materiële schade is verschuldigd, een subrogatoire rechtsvordering bezit tegen de aansprakelijke derde;

«Overwegende dat de door de naamloze vennootschap W. betaalde uitkeringen wegens tijdelijke arbeidsongeschiktheid van de getroffene niet dezelfde schade betreffen als die welke eerste verweerster volgens het gemene recht heeft geleden wegens het overlijden van de getroffene;

«Overwegende dat het hof van beroep, dat overeenkomstig het gemene recht de berokkende schade op 3.072.384 frank bepaalt, niettemin eiser, voor diezelfde schade, veroordeelt tot betaling aan eerste en vierde verweerster van sommen — met name respectievelijk 330.739 frank en 3.072.384 frank — die te zamen de gemeenrechtelijke schade overtreffen; dat het bovendien, ter begroting van de aan eerste verweerster toegekende schadevergoeding, geen rekening houdt met de door vierde verweerster, overeenkomstig de Arbeidsongevallenwet geactualiseerde waarde van de renten maar met een volgens het gemene recht berekende kapitalisatie;

«Dat het arrest zodoende de in de beide onderdelen vermelde wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Châtel — Raadsheer-rapporteur: de h. Caenepeel — Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts — Advocaten: mrs. Bützler, De Gryse en De Bruyne — In de zaak: J. t/ H. e.a.)

NOOT—Zie in dezelfde zin Cass., 14 februari 1969, J.T., 1969, 296.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 18 december 1981

Polders en watering — *Beslissing van bestendige deputatie inzake belasting* — *Cassatieberoep door watering* — *Machtiging* — *Neerlegging ter griffie* — *Termijn*.

«Gelet op de bestreden beslissing, op 29 mei 1980 door de Bestendige Deputatie van de Provincieraad van Limburg gewezen;

«Over het middel van niet-ontvankelijkheid, ambtshalve tegen de voorziening opgeworpen en hieruit afgeleid dat de voorzitter van het bestuur van eiseres niet overeenkomstig artikel 45 van de wet van 5 juli 1956 betreffende de watering

werd gemachtigd om het cassatieberoep in te stellen: «Overwegende dat, met toepassing van artikel 420bis van het Wetboek van Strafvordering, het Hof geen acht vermag te slaan op stukken, andere dan akten van afstand of hervatting van het geding of akten waaruit blijkt dat de voorziening doelloos is geworden, die werden ingediend na verloop van twee maanden sedert de dag waarop de zaak door de griffier op de algemene rol is ingeschreven;

«Overwegende dat binnen de bedoelde termijn van twee maanden sedert 12 november 1980, dag waarop de zaak op de algemene rol werd gebracht, geen machtiging door de algemene vergadering en door de gouverneur, als door artikel 45 van de wet van 5 juli 1956 voorgeschreven voor an-

dere rechtsgedingen, als eiser, dan de bezitsvorderingen en de vorderingen in kort geding, is ingediend;

«Dat de voorziening derhalve niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter: de h. Janssens — Raadsheer-rapporteur: de h. Boon — Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts — In de zaak: De Watering De Vreenebeek t/ Belgische Staat, minister van Landsverdediging)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 23 december 1981

Wegverkeer — *Richtingsverandering* — *Naar links afslaan* — *Bestuurder heeft zijn voornemen kenbaar gemaakt en zich naar links begeven, en stopt om tegenligger niet te verhinderen* — *Geen verplichting om bij het verder rijden opnieuw na te gaan of geen andere bestuurder poogt hem in te halen*.

Het bestreden arrest (Hof Luik, 25 juni 1981) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat, wanneer de bestuurder die naar links wil afslaan om de rijbaan te verlaten, zich vooraf ervan vergewist heeft dat geen achteropkomend bestuurder een inhaalmaneuver heeft ingezet en zijn voornemen duidelijk en tijdig genoeg te kennen heeft gegeven en zich naar links heeft begeven, bij de uitvoering van zijn maneuver niet meer opnieuw dient na te gaan of geen bestuurder hem poogt in te halen, zelfs als hij, na die verplaatsing naar links gestopt is om een tegenligger niet te hinderen;

«Overwegende dat het arrest vermeldt dat 'de eerste rechters terecht hebben beslist dat (eiser) volgens de getuigen D. en P., zijn voornemen om naar links af te slaan wel degelijk te kennen had gegeven door de linkerarm uit te steken, en zich naar het midden van de rijbaan had begeven; dat D. ook verklaard heeft dat hij te kennen heeft gegeven naar links te zullen afslaan voordat B. (thans verweerster) de twee voor haar uit rijdende wagens had ingehaald»;

«Dat het arrest tevens erop wijst dat eiser, 'ofschoon voorranggerechtigd, gestopt is om een van rechts komende bus door te laten en dat hij vervolgens toen de bestuurder van die bus hem teken gaf om voor te rijden, opnieuw aanzette zonder achterom te kijken om te zien of er een voertuig naderde»;

«Dat het hof van beroep uit die consideransen ten onrechte heeft afgeleid dat eiser een fout heeft begaan waardoor hij aansprakelijk werd voor het ongeval, toen hij bij het uit stilstand weggrijden, zich niet opnieuw ervan heeft vergewist dat hij zonder gevaar voor achterliggers naar links kon afslaan om de rijbaan te verlaten.»

(Voorzitter: de h. Legros — Raadsheer-rapporteur: de h. Bosly — Advocaat-generaal: de h. Janssens de Bisthoven — Advocaten: mrs. Houtekier, Simont en Kirkpatrick — In de zaak F. e.a. t/ B.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 24 december 1981

Verzekering — *Motorrijtuigen* — *Verjaring* — *Stuiting* — *Onderhandeling*.

Het bestreden arrest (Hof Bergen, 13 december 1978) beslist dat niet kan worden aangenomen dat een verzoek,

zelfs als er nadien rappels gezonden zijn, zonder dat er enig antwoord is gegeven, een onderhandeling uitmaakt. Het daartegen gerichte cassatieberoep wordt verworpen:

«Overwegende dat het Benelux-Gerechtshof (R.W., 1981-82, 2397) in zijn arrest van 9 juli 1981 dat antwoordt op de vraag die bij arrest van 30 oktober 1980 (R.W., 1980-81, 2558) is gesteld, voor recht heeft gezegd dat een of meer tot de verzekeraar gerichte, doch onbeantwoord gelaten aanvragen om vergoeding van de benadeelde, geen onderhandeling vormen als bedoeld in artikel 10, derde lid, van de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen;

«Overwegende dat het bestreden arrest vaststelt dat eiser tot verweerster, verzekeraar van de burgerlijke aansprakelijkheid van de voor het ongeval aansprakelijke dader, een verzoek had gericht strekkende tot terugbetaling van een door hem naar aanleiding van het ongeval uitgekeerd bedrag, dat hij dat verzoek verschillende malen heeft herhaald, dat verweerster die verzoeken niet heeft beantwoord vóór het verstrijken van de in artikel 10 van de wet van 1 juli 1956 bepaalde termijn;

«Dat bijgevolg het arrest, dat beslist dat de genoemde aanvragen, aangezien zij geen onderhandeling uitmaken, de verjaring niet hebben kunnen stuiten en dat de rechtsvordering op de datum van het gedinginleidend exploit door verjaring was vervallen, de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schendt.»

(Voorzitter: ridder de Schaetzen — Raadsheer-rapporteur: mevr. Raymond-Decharneux — Advocaten: mrs. Houtekier en Simont — In de zaak: Nationaal Verbond van Socialistische Mutualiteiten t/ N.V. R.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 5 april 1982

Dienstplicht — Dienstplichtige vervulde de bij art. 10, § 1, 1°, Dienstplichtwetten gestelde voorwaarden reeds in de periode van aanvraag om gewoon uitstel — Omstandigheid die het recht om later, bij overlijden van gezinslid, buitengewoon uitstel te vragen niet wegneemt.

«Overwegende dat naar luid van artikel 11, § 1, van de Dienstplichtwetten, de dienstplichtige recht heeft op een buitengewoon uitstel zo hij ingevolge het overlijden van een gezinslid, na het verstrijken van de termijnen bepaald voor het indienen van de aanvragen om uitstel, maar vóór het beëindigen van zijn werkelijke dienst, de in artikel 10, § 1, 1°, bepaalde voorwaarden van onmisbaar kostwinner vervult;

«Overwegende dat de Hoge Militieraad oordeelt dat het overlijden van eisers moeder op 16 februari 1979 'niet kan worden aangezien als een nieuw buitengewoon feit, waardoor hij de onmisbare kostwinner van het gezin zou zijn geworden en dat het toekennen van een buitengewoon uitstel zou wettigen'; dat dit oordeel hierop steunt dat op 31 januari 1978, dit was het uiterste tijdstip voor het indienen van de aanvragen om gewoon uitstel met betrekking tot de lichting 1979, de drie door voormeld artikel 10, § 1, 1°, gestelde voorwaarden voor de erkenning van eiser als onmisbare kostwinner reeds aanwezig waren;

«Overwegende dat deze omstandigheid eiser niet berooft van het recht om, met toepassing van artikel 11, § 1, een buitengewoon uitstel aan te vragen ingevolge het overlijden van zijn moeder binnen de door deze wetsbepaling gestelde termijn;

«Dat de Hoge Militieraad zijn beslissing door de bekritiseerde redengeving niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter: de h. Meeüs — Raadsheer-rapporteur: de h. Delva — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts — In de zaak P.)

BOEKEN

N.H.M. ROOS, *Lekenrechters. Een empirisch onderzoek naar het functioneren van de lekenrechters bij de Raden van Beroep voor de sociale verzekeringen*, Kluwer, Deventer, 1982, 248 p.

Dit is een interessant en goed boek dat nader ingaat op een domein waarover weinig bekend is, nl. het functioneren van de lekenrechters bij de Raden van Beroep voor de sociale verzekeringen in Nederland. Een dergelijke studie heeft ook zijn nut voor de Belgische situatie, omdat ook hier leken ingeschakeld zijn bij de rechtspraak. Denken wij maar aan de arbeidsrechtbank en de rechtbank van koophandel.

Deze aanpak vormt een zoveelste bewijs van het nut dat de rechtssociologie heeft voor het doorgronden van de juridische wereld, omdat zoals bekend «law in the books» en «law in action» sterk van elkaar kunnen verschillen. De auteur gaat hierbij sterk empirisch te werk. Zo werd een schriftelijke enquête gehouden bij de lekenrechters zelf en werden alle voorzitters van de Raden van Beroep geïnterviewd. Bovendien werd de mening van de organisaties van werknemers en werkgevers die de werkrechters leveren gepeild, en werd ook de opinie van een aantal bij de zaak betrokken eisers genoteerd. Ten slotte verzamelde de auteur gegevens over zittingen en beraadslagingen.

Mede wegens het feit dat over deze materie nog weinig theorie ontwikkeld is, beschouwt hij zijn onderzoek als «verkenkend».

Allereerst ging hij echter de bedoelingen van de wetgever na via de discussies in de Eerste en de Tweede Kamer. Zoals te verwachten viel leverde dit niet veel op, zodat de auteur dan ook tot de conclusie komt dat de functie van de lekenrechters zoals ze gereconstrueerd kon worden uit de parlementaire stukken een nogal schimmig karakter heeft.

Interessantere gegevens biedt het empirisch onderzoek. Zo zouden typische werknemers-werkgeversstandpunten slechts sporadisch voorkomen. De lekenrechters zouden zelfs aan vormen van «overcompensatie» lijden, hetgeen inhoudt dat de lekenrechters-werkgevers geregeld voor de werknemers pleiten, terwijl de lekenrechters-werknemers veel strengere eisen stellen aan het gedrag van de werknemers in het geding, dan de lekenrechters-werkgevers. Hierbij zou vooral de angst om als partijdig te worden beschouwd, meespelen.

De eigenlijke inbreng van de lekenrechters op de besluitvorming is echter miniem te noemen. Daarenboven gedragen de meeste lekenrechters zich weinig actief. De lekenrechters zelf hebben echter de neiging hun inbreng te overschatten.

Het is niet duidelijk welke functie de lekenrechters dan wel vervullen. Zo wordt er weinig gerapporteerd naar de organisaties toe en hebben de aanleggers nauwelijks weet van hun aanwezigheid. Roos meent toch dat zij een soort vertrouwensfunctie zouden vervullen.

In een tweede deel toetst de auteur enkele verklarende hypothesen, die alle echter weinig opleveren. De indruk bestaat echter dat deze vooral post factum geconstrueerd zijn — en hoewel deze werkwijze niet ongebruikelijk is binnen het sociologisch bedrijf — is het niet volgens het boekje. Niettegenstaande de auteur zo verstandig is zich tegen alle mogelijke kritiek in te dekken door te stellen dat zijn onderzoek geen andere ambities heeft dan verkenning te zijn, betekent dit toch wel degelijk een zwakte, te meer daar bij bepaalde hypothesen de operationalisering te wensen over-

laat. Soms doet het onderzoek vrij «impressionistisch» aan, zoals ook in het eerste deel bij de bespreking van sommige onderzoeksresultaten. Het heeft er soms de schijn van dat de auteur naar alle mogelijke verbanden heeft gezocht en deze dan achter elkaar weer geeft, zonder dat er evenwel een lijn in te vinden is (bv. p. 90-93).

Verder zijn wij niet gelukkig met het gebruik van bepaalde methodes, zoals de factorenanalyse op p. 88 e.v. Al is de auteur bijzonder inventief, toch gaat hij soms te ver. Sommige tabellen worden zodanig opgesplitst dat zij nietszeggend worden (bijv. tabellen 30 en 36).

Deze bemerkingen doen echter niets af van de waarde van dit boek, waarbij de vraag naar een onderzoek van het functioneren van het lekenelement binnen de Belgische rechtspraak zich opdringt.

Etienne Langerwerf

BERICHTEN

Veiligheid en recht - Symposium te Leuven

Door de Internationale Vereniging voor Veiligheidswetenschap wordt op 30 mei en 1 juni 1983 te Leuven een symposium gehouden over: veiligheid en recht.

Inlichtingen bij Katholieke Universiteit Leuven, Afdeling Veiligheidstechniek, prof. dr. ir. W. Geysen, Kard. Mercierlaan 94, 3030 Leuven, tel. 016/22.09.31.

TIJDSCHRIFTEN

Journal du droit international, 1982

nr. 3

L. Lucchini, De l'emprise à la gestion: existe-t-il une politique française de la mer?; A. Huet, Pour une application limitée de la loi pénale étrangère; G. Vandersanden, Le recrutement des fonctionnaires et agents dans les Organisations internationales; J. Chappez, noot bij Cass. fr., 19 januari 1982 (uitlevering, interpretatie van verdragsbepaling, soevereine bevoegdheid van de administratie); H. Muir Watt, noot bij Cass. fr., 2 februari 1982 (verkeerde vertaling van een vreemde wettekst, controle door de rechter); M.L. Niboyet, noot bij Rb. Parijs, 7 april 1981 (afwezigheid van religieus huwelijk, nietigverklaring door Marokkaans vonnis, exequatur, strijdigheid met Franse internationale openbare orde); N.C.H. Dunbar, Chronique de jurisprudence australienne.

Naamloze vennootschap, 1982

nr. 10, oktober

P.C. Maas,

Enige beschouwingen over het Kapitaalkrediet en het Aangepaste Achtergesteld Krediet; J.H.J. Crijns, Investeringsloon; S.C.J.J. Kortmann, Artikelen 1639 aa e.v. B.W.; F. Krens, FAS 52: Uitweg uit de valuta-omrekeningsproblematiek?;

Netherlands International Law Review, 1982

nr. 2

J.H.P. Boudewijnse, The Berne Railway Convention CIM/CIV in a new shape: the Convention of International Railway Transport (COTIF); M. Fitzmaurice-Lachs, The legal regime of the Baltic Sea Fisheries; Sompong Suchartikul, Developments and prospects of the doctrine of state immunity, some aspects of codification and progressive development; R. Higgins, Certain unresolved aspects of the law of state immunity.

Revue critique de droit international privé, 1982

nr. 3

W. Wengler, Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat; P. Lagarde, noot bij Cass. fr., 12 januari 1982 (certificaat van Franse nationaliteit, bewijskracht); J. Combacau, noot bij Cass. fr., 7 juli 1980 en H.v.J., 8 december 1981 (verdrag tussen Frankrijk en Spanje inzake visserij, met verdrag strijdige gewoonte, onbevoegdheid van rechter tot vaststelling van strijdigheid en gevolgen); B. Ancel, noot bij Hof Parijs, 26 juni 1981 (nalaten-

schap, laatste woonplaats van de de cuius, in buitenland opgericht stichting na het overlijden, niet bekwaam te erven); H. Batiffol, noot bij Cass. fr., 13 januari 1982 (conflicten van wetten in de tijd, echtscheiding, overgangsbepaling van de wet van 11 juli 1975); P.L., noot bij Cass. fr., 3 februari 1982 (minderjarige, bezoekrecht van Marokkaanse vader beperkt tot het Frans territorium); G.A.L. Droz, noot bij Cass. fr., 19 mei 1982 (Verdrag van Den Haag van 15 november 1965, dagvaarding in buitenland betekend aan persoon, mogelijkheid te vonnissen bij verstek); H. Gaudemet-Tallon, noot bij H.v.J., 4 maart 1982 (Verdrag van Brussel van 27 september 1968, betwiste totstandkoming van de overeenkomst, toepassing van artikel 5, 1°).

Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 1982

nr. 1

O. Carmet, Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978; Y. Demoures, La vente avec réserve de propriété et la loi du 12 mai 1980; J.M.M. Maeijer, La réforme de l'entreprise et des sociétés; J. Derruue e.a., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises.

S.E.W., 1982

nr. 9, september

P.S.R.F. Mathijssen, Regionaal beleid in crisistijd; T.P.J.N. Van Rijn, Nationale rechterlijke instanties en prejudiciële uitspraken van het Hof van Justitie; J. De Groot, noot bij H.v.J., 25 maart 1981 (exclusieve afnameverplichting, toepassing van artikel 85 E.E.G. Verdrag); G. Van Hecke, noot bij H.v.J., 15 september 1981 (Europees Parlement, nationale belastingen over de aan de Parlementsleden uitgekeerde vergoedingen); D.J. Keur, noot bij H.v.J., 11 november 1981 (prejudiciële beslissing, kapitaalverkeer, uitvoer van bankbiljetten); J.H.v.K., noot bij College van beroep voor het bedrijfsleven, 23 december 1980 (bloembollenheffingen-affaire, wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie artt. 4, 5, 33, lid 1 en lid 4, en 60, diverse verordeningen produktschap voor siergewassen inzake vak- en surplusheffingen); J. H.v.K., noot bij College van beroep voor het bedrijfsleven, 4 augustus 1981, (bloembollen-affaire, wet op de bedrijfsorganisatie, art. 93, lid 5, heffingsverordening P.V.S. Export bloembollen naar de V.S.A. en naar Canada); J. H.v.K., noot bij College van beroep voor het bedrijfsleven, 20 oktober 1981 (bloembollen-affaire, E.E.G.-Verdrag, artt. 37, 40, lid 3, 95, wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie artt. 4 en 5, verordening P.V.S. vakheffing bloembollen 1977 art. 10);

nr. 10, oktober

M.C.E.J. Bronckers, Een juridische analyse van beschermende maatregelen tegen Japanse importen in de Europese Gemeenschap; I. Verougstraete, F. Herbert, H. Swennen, Kroniek Belgisch economisch recht juli 1981-april 1982 (deel I); D.J. Keur, noot bij H.v.J., 17 december 1981 (strafzaak tegen A.J. Webb, prejudiciële beslissing, artt. 59 en 60 E.E.G.-Verdrag; J.J.O., noot bij College van beroep voor het bedrijfsleven, 8 mei 1981 (winkelsluitingswet 1976, art. 10, lid 3, en K.B., 14 december 1977); J.J.O., noot bij College van beroep voor het bedrijfsleven, 10 april 1981 (winkelsluitingswet 1976, art. 8, lid 1; K.B. van 14 december 1977); J.J.O., noot bij College van beroep voor het bedrijfsleven (wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, artt. 33 en 34).

Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie, 1982

nr. 5623, 2 oktober

B.W. Nieskens-Isphording en C.A. Streefkerk, Enige aspecten van de overdracht van een roerende zaak, niet-registergoed, naar nieuw B.W.; T.J. Kranenburg, Is zaakvervangende te verkiezen boven vergoedingsrechten in boek 4 NBW?

nr. 5624, 9 oktober

B.W. Nieskens-Isphording en C.A. Streefkerk, Enige aspecten van de overdracht van een roerende zaak, een niet-registergoed, naar nieuw B.W.; T.J. Kranenburg, Is zaakvervangende te verkiezen boven vergoedingsrechten in boek 4 NBW; A.W. Jongbloed, Levering van onroerend goed nu al reël executabel?