

Recente ontwikkelingen in het gerechtelijk recht

P. VAN ORSHOVEN

B. ALLEMEERSCH

S. LUST

P. SCHOLLEN

K. WAGNER

Instituut voor Gerechtelijk Recht, K.U. Leuven

1. Het leek de staf van het Instituut voor Gerechtelijk Recht van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de K.U. Leuven aangewezen, als aandeel in de V.R.G.-alumnidag van 2004, enkele recente ontwikkelingen in de rechtspraak over gerechtelijk recht in het zonnetje te zetten. Daarbij werd geput uit de recente bijdragen van het Instituut tot de Themis-postacademische juridische vorming, waarin die ontwikkelingen in november 2003 exhaustief werden behandeld ¹.

I. Het betalen, door de verliezende partij, van de advocaat van haar tegenpartij (Cass. 28 februari 2002)

2. Afgaande op de beleidsverklaringen van de Minister van Justitie zou binnenkort een bijzonder ander aspect van de toegang tot de rechter, meer bepaald de kostprijs van de advocaat, hoog op de wetgevende agenda kunnen komen te staan. Hoewel de internationale verplichtingen zich ter zake beperken tot het opzetten van een – liefst goed functionerend ² – systeem van rechtshulp voor minvermogenenden, wordt steeds vaker geopperd dat deze kosten ook voor andere rechtzoekenden een belemmering voor hun efficiënte toegang tot de rechter zouden vormen. Het debat omtrent de verhaalbaarheid van de advocatenkosten op de verliezende partij is daarmee losgebarsten, waarbij zowel voor- als tegenstanders het recht op toegang in stelling brengen. De rechtspraak hierover is nog verdeeld.

In tegenstelling tot wat soms gedacht wordt, heeft het Hof van Cassatie zich in zijn arrest van 28 februari 2002 hierover niet uitgesproken, aangezien dit arrest enkel betrekking had op de kosten van een *technisch* raadsman ³. Het Hof heeft dus nog niet op algemene wijze geoordeeld dat advocatenkosten deel kunnen uitmaken van de vergoedbare schade van een onrechtmatige daad. Het krijgt hiertoe evenwel een nieuwe kans op de voorziening ingesteld tegen het arrest van het Hof van Beroep van Luik van 2 november 2000 ⁴, dat wel degelijk een oordeel in die zin uitsprak.

3. De auteurs van deze bijdrage zijn een dergelijke démarche echter niet erg genegen. In het bijzonder lijkt een dergelijk oordeel het bestaan van een oorzakelijk verband tussen die honoraria en de oorspronkelijke fout van de verweerder al te lichtvaardig te aanvaarden.

¹ P. SCHOLLEN, "Stand van zaken en actuele ontwikkelingen op het stuk van het eerlijk proces", in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Gerechtelijk recht*, THEMIS-cahier nr. 19, 2003-2004, 1-14; P. VAN ORSHOVEN, "Stand van zaken en actuele ontwikkelingen op het stuk van de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken in burgerlijke zaken", *ibid.*, 15-52; B. ALLEMEERSCH en K. WAGNER, "Stand van zaken en actuele ontwikkelingen op het stuk van het geding", *ibid.*, 53-84; S. LUST, "Stand van zaken en actuele ontwikkelingen op het stuk van de bestuursgeschillen", 85-120.

² De staat is slechts aansprakelijk voor "manifeste tekortkomingen" van pro deo-advocaten, zie bijv. Hof Mensenrechten, arrest Czekalla / Portugal van 10 oktober 2002.

³ Cass. 28 februari 2002, *R.W.* 2002-03, 19.

⁴ Luik 2 november 2000, *R.G.A.R.* 2002 (weergave), nr. 13.514; vgl. Brussel 16 januari 2003, *J.L.M.B.* 2003, 833, dat een dergelijke vordering blijkbaar ook mogelijk acht, mede op grond van het beginsel van wapengelijkheid.

In de regel zijn de uitgaven voor een advocaat immers niet zozeer het gevolg van de initiële fout, maar veeleer van de daaropvolgende beslissing van de in de fout gegane partij om niet spontaan de schade te vergoeden, maar het slachtoffer hiertoe een procedure te laten voeren. Het is weliswaar zo dat zonder de initiële fout ook die procedure nooit ter sprake zou komen, doch hierin een werkelijk oorzakelijk verband zien is een te extensieve interpretatie van de equivalentie-leer. De beslissing om te procederen is trouwens in beginsel legitiem. Meer nog, zij is de concretisering van het recht op verdediging, een beginsel dat de openbare orde raakt. Deze, in beginsel legitieme, beslissing is de ware oorzaak van de honoraria, en van vergoeding op grond van de oorspronkelijke fout kan in principe geen sprake zijn.

4. In twee gevallen, evenwel, kan er toch vergoeding verschuldigd zijn. Vooreerst zijn er een aantal kosten die hoe dan ook gemaakt moeten worden als gevolg van het schadegeval, en die dus niet het gevolg zijn van de uitoefening van het recht op verdediging, maar wel degelijk van de (initiële) fout. Zo de kosten van vaststelling van bestaan en omvang van de schade, gedragen door het slachtoffer. Zonder deze kosten kan de aansprakelijke immers zijn onbetwistbare schadevergoedingsplicht niet voldoen. Vervolgens is ook het recht op verdediging vatbaar voor misbruik. In een aantal gevallen zal de aansprakelijke geen redelijke argumenten hebben om de aanspraken van het slachtoffer te betwisten, maar dat toch doen om tijd te winnen of in de hoop dat het slachtoffer van een procedure zal afzien omwille van de kosten. In dergelijke gevallen wordt het recht op verdediging op een onverantwoorde manier uitgeoefend, zeg maar misbruikt, en dient zich een nieuwe fout aan, nieuwe fout die ditmaal wel degelijk in verband staat met de schade die uit de betaling van de honoraria voortvloeit en die dus wel degelijk moet worden vergoed.

Als de aansprakelijke echter met ernstige argumenten zijn aansprakelijkheid of de omvang van de geëiste schadevergoeding wenst te betwisten, kan er geen fout en geen aansprakelijkheid zijn, zelfs als hij uiteindelijk verliest. Er anders over oordelen zou leiden tot een ongeoorloofde beknutting van zijn recht op verweer. Aan de rechter dient dus, net zoals bij het leerstuk van tergend en roekeloos geding⁵, een delicate evenwichtstoets te worden toevertrouwd. Opgemerkt kan trouwens worden dat ook bij het toekennen van een "redelijke schadeloosstelling" op basis van artikel 6 van de Wet Betalingsachterstand Handelstransacties⁶, die volgens de parlementaire voorbereiding ook de advocatenkosten kan omvatten⁷, de rechter in alle redelijkheid dient te beoordelen of

⁵ Vgl. Jeugdrb. Antwerpen 1 maart 2000, *A.J.T.* 2000-01, 87.

⁶ *B.S.* 7 augustus 2002, 34.281.

⁷ Wetsontwerp betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1827/1, 11. Er is reeds gesuggereerd dat het voorzien van deze mogelijkheid voor een dergelijke specifieke problematiek een ongeoorloofde discriminatie zou uitmaken ten aanzien van andere schuldeisers die hun advocatenkosten niet kunnen recupereren; een prejudiciële vraag dienaangaande voor het Arbitragehof zal allicht niet lang op zich laten wachten.

deze honoraria veroorzaakt zijn door de betalingsachterstand⁸, waardoor de schuldeiser tot invordering gedwongen wordt.

II. Deloyaal procesgedrag (Cass. 14 maart 2002)

5. Sedert de hervorming van 1992 worden conclusies die na het verstrijken van dwingende conclusietermijnen zijn neergelegd, ambtshalve uit de debatten geweerd⁹, waarover geruime tijd onenigheid en verwarring heeft bestaan. Rond de eeuwwisseling heeft het Hof van Cassatie enkele belangrijke twistpunten beslecht, wat de rechtszekerheid - en zelfs de gerechtelijke vrede - ten goede kwam. Weinig procedurekwesties zijn immers van groter praktisch belang dan conclusietermijnen en de sanctionering ervan¹⁰.

6. Wering uit het debat betekent uiteraard in de eerste plaats dat met de laattijdige conclusie geen rekening mag worden gehouden, wat meer concreet betekent dat de rechter er niet op hoeft te antwoorden. Sommigen verbonden daaraan niet echter alleen a.h.w. de doodstraf voor de laattijdige conclusie, maar ook een eeuwige vervloeking van het nageslacht: laattijdigheid zou ook verlies van het recht om later nog te concluderen en zelfs verlies van het recht om te pleiten meebrengen.

Gelukkig heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 26 november 1999 geoordeeld dat een partij die nalaat tijdig te concluderen, niet noodzakelijk het recht verbeurt om bij een volgende "ronde" nog conclusie te nemen¹¹, wat werd bevestigd in een arrest van 14 maart 2002¹². Ook wat het zogenaamde "pleitverbod" betreft heeft het Hof van Cassatie duidelijkheid geschapen en gezegd dat aan de wering uit de debatten van een laattijdige conclusie géén pleitverbod verbonden is¹³.

7. Met het vermelde cassatiearrest van 14 maart 2002 werd het beginsel dat het verlies van een conclusiebeurt niet het verlies van een volgende beurt impliceert genuanceerd in die zin dat bij die volgende beurt geen nieuwe middelen mogen worden aangevoerd waarop de wederpartij niet meer kan antwoorden. Meer bepaald mag die latere conclusie geen incidenteel hoger beroep bevatten waardoor de grenzen van het debat voor de appèlrechter verruimd worden. In het arrest overwoog het Hof van Cassatie *expressis verbis* dat het de rechter toekomt een conclusie uit het debat te weren wegens deloyale proceshouding. Op grond daarvan moet worden aangenomen dat een weliswaar tijdige conclusie soms eveneens uit het debat moet worden geweerd, niet alleen wanneer die conclusie nieuwe middelen bevat of een incidenteel hoger beroep, maar meer

⁸ Wetsontwerp betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1827/1, 11 – eigen cursivering.

⁹ Art. 747, § 2, laatste lid; art. 748, § 1, eerste lid en § 2, laatste lid; art. 751, § 1, vierde lid.

¹⁰ De ingereedheidbrenging komt elders aan bod, zodat de invalshoek hier beperkt blijft tot de sanctie van de wering uit het debat als zodanig.

¹¹ Cass. 26 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 633.

¹² Cass. 14 maart 2002, *www.cass.be* (1 november 2003).

¹³ Cass. 27 september 2001, *P. & B.* 2002, 115.

algemeen om het even welke vordering waarop de wederpartij niet meer kan ingaan, althans wanneer die vordering eerder kon worden ingesteld, wat uiteraard een nieuw licht werpt op de toepassing van art. 807 en 808 Ger. W. In voorkomend geval ligt het voor de hand dat nieuwe conclusietermijnen worden toegestaan, tenminste indien de wederpartij dat wenst - eventueel zelfs retroactief, zodat de eertijds bepaalde rechtsdag behouden kan blijven. Maar ook wering uit het debat is mogelijk, weliswaar op vordering van de wederpartij¹⁴, wanneer kennelijk sprake is van een deloyale proceshouding, bijvoorbeeld wanneer de nieuwe middelen klaarblijkelijk slechts werden opgeworpen met dilatoire intenties, meer bepaald wanneer de vorige conclusie van de tegenpartij - ruimer: de omstandigheden van de zaak – geen aanknopingspunt bieden dat het opwerpen van nieuwe middelen verantwoordt.

8. De wettelijke grondslag voor een wering uit het debat bij ontstentenis van enige termijnoverschrijding is niet in artikel 747 Ger. W., maar in artikel 1382 B.W. te vinden. Minstens steunt zij op een autonoom rechtsbeginsel van "verbod van procesrechtsmisbruik" of de "verplichting tot loyale procesvoering". Indien men artikel 1382 B.W. aanvaardt als wettelijke basis voor het verbod van procesrechtsmisbruik, dan maakt de deloyale proceshouding de fout uit en de wering uit het debat het herstel van de schade *in natura*¹⁵.

De aanduiding van de wettelijke grondslag voor de sanctionering van deloyaal procederen is weliswaar, zoals reeds aangegeven, niet steeds een eenvoudige zaak. Wanneer er dwingende termijnen zijn opgelegd ingevolge een rechterlijke beschikking en die termijnen *in acht worden genomen* maar er toch sprake is van deloyaal gedrag, is het evident dat artikel 747, § 2, niet kan worden aangewezen als wettelijke grondslag voor een wering uit het debat, aangezien die bepaling werd nageleefd. De omstandigheid dat artikel 1382 B.W. betrekking heeft op *buitencontractuele* situaties, hoeft echter niet noodzakelijk een hinderpaal te zijn voor de toepassing van die bepaling in het procesrecht, ook niet wanneer er sprake is van een termijnenregeling ingevolge een overeenkomst tussen de partijen. Immers, wanneer er een akkoord tot stand is gekomen m.b.t. conclusietermijnen en die afgesproken termijnen werden *miskend*, dan kan artikel 747, § 2, gelden als wettelijke grondslag voor wering uit het debat. In dat geval kan aangenomen worden¹⁶ dat partijen slechts afstand deden van de formaliteiten voor het bekomen van dwingende termijnen. Wanneer daarentegen de afgesproken termijnen wél in acht genomen werden, zodat artikel 747, § 2, bezwaarlijk in aanmerking komt als grondslag voor de wering uit het debat), maar er niettemin sprake is van deloyaal procederen, levert de omstandigheid dat artikel 1382 B.W. betrekking heeft op *buitencontractuele* situaties geen bezwaar op tegen de aanwending van die bepaling als wettelijke grondslag. In voorkomend geval wordt immers niet het akkoord over de conclusietermijnen gesanctioneerd, maar de algemene zorgvuldigheidsplicht, in de pro-

¹⁴ P. Taelman, "Valkuilen en boobytraps van de rechtsdagbepalingen", in *Gandaius Actueel IV*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 210.

¹⁵ P. van Orshoven, "Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfijzers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht", *I.c.*, nr. 59.

¹⁶ Zoals het Hof van Cassatie (minstens impliciet) deed in: Cass. 1 juni 2001, *T.B.B.R.* 2002, noot D. Scheers.

cesrechtelijke context geconcretiseerd als verplichting tot loyale procesvoering.

9. Een andere toepassing van deloyaal procesgedrag heeft te maken met het gebruik van stukken. Het verbod op deloyaal procesgedrag werd in de rechtsleer reeds toepasselijk geacht op het in extremis voorleggen van een relevant stuk, op een moment dat de tegenpartij niet meer kan antwoorden. Een meerderheid van de auteurs is ervan overtuigd dat dit rechtsmisbruik kan uitmaken en dat het slachtoffer daarvan recht heeft op rechtsherstel¹⁷. De sanctie die dan in de rechtsleer voorgesteld wordt, is die van het herstel in natura. Dat kan twee vormen aannemen: ofwel wordt het in extremis voorgelegde stuk uit de debatten geweerd, ofwel krijgt het slachtoffer van de procedurele list alsnog de gelegenheid om over het stuk conclusie te nemen. Die laatste sanctie krijgt in de rechtsleer meestal de voorkeur, wellicht omdat het de meest proportionele is en de kwaliteit en de waarheidsgetrouwheid van het debat ten goede komt. Een nieuwe repliektermijn staat evenwel niet gelijk met een extra rondje concluderen voor alle partijen: enkel de verschalkte procespartij komt nog aan de beurt. Dat betekent dat de deloyale partij dus niet kan eisen om nog eens te mogen antwoorden. Het is niet voor niets een sanctie.

10. In een vonnis van de Brugse rechtbank van eerste aanleg van 10 juni 2003¹⁸ werd eveneens beslist om de ongelukkige procespartij nog eens te laten concluderen, juist: om de conclusie die zij in weerwil van de bindende termijnen nog had ingediend niet uit de debatten te weren. Een correcte toepassing van het verbod op deloyaal procesgedrag dus, zoals dat al in de rechtsleer en deels ook in de rechtspraak van het Hof van Cassatie aan bod kwam. Maar er is meer.

Opvallend is dat de Brugse rechter ook meent een grondslag voor zijn beslissing te kunnen vinden in het beginsel van tegenspraak. Het weren van de conclusie van de partij die verschalkt werd, zo luidt het, zou "een flagrante schending inhouden van het recht op tegenspraak, het recht op verdediging en het recht op een eerlijk proces". Die toevoeging is interessant. Betekent dit dat de rechter nog dezelfde beslissing zou genomen hebben indien er géén sprake was van deloyaal procesgedrag? Stel dat de partij die het stuk in extremis heeft voorgelegd, kon aantonen dat hij het stuk pas laattijdig heeft verkregen, door een oorzaak die buiten zijn macht lag - het stuk was bijvoorbeeld onvindbaar, het werd zelf pas laattijdig ontvangen van een derde, enz.... Er is dan duidelijk geen sprake meer van gebrek aan loyauteit of goede trouw. Kan in die omstandigheden alsnog een extra repliek toegestaan worden, louter en alleen op grond

17 H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "L'abus de droit de conclure: vivacité d'une théorie", in X (ed.), *Mélanges Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, 487; G. DE LEVAL, "La mise en état de la cause", in X (red.), *Le nouveau droit judiciaire privé. Commentaires*, in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 1994, (59) 97-99; V. TOLLENAERE, "Art. 747, § 2, Ger.W.: Nieuwe elementen en stukken ingeroepen in de laatste aanvullende conclusie", *A.J.T.* 1998-99, 306-308; J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL e.a., "Examen de jurisprudence (1985 à 1996). Droit judiciaire privé", *R.C.J.B.* 2002, (437) 529 en 541-542).

18 Rb. Brugge 10 juni 2003, *R.W.* 2003-2004, met noot B. ALLEMEERSCH, "De voorlegging in extremis van een nieuw stuk en het recht op repliek".

van het beginsel van tegenspraak? Het antwoord daarop moet zeker positief zijn. Een eerlijk proces vereist dat de partijen zich hebben kunnen uitlaten over alle stukken die aan de rechter werden voorgelegd, ook als die pas laattijdig aan de oppervlakte zijn gekomen. Weliswaar is het recht op tegenspraak zeker niet absoluut en kan het dus aan wettelijke beperkingen onderworpen worden ¹⁹, maar die wettelijke beperkingen mogen er nooit aan in de weg staan dat een diligente partij de kans wordt ontnomen zich uit te laten over een cruciaal bewijselement.

Dat betekent niet dat wie meent nog te moeten antwoorden op een in extremis voorgelegd stuk, niet eerst de wettelijke mogelijkheden tot repliek moet uitputten. En een dergelijke wettelijke mogelijkheid was in deze zaak aanwezig: er was namelijk nog de uitweg van art. 748, § 2.

11. Luidens artikel 748, § 2, Ger. W. kan elke partij een nieuwe, aanvullende conclusietermijn verkrijgen in geval het een nieuw en ter zake dienend feit of stuk heeft ontdekt. Men moet daartoe ten laatste 30 dagen voor de rechtsdag een verzoek indienen.

De lagere rechtspraak past deze regel met de nodige soepelheid toe en aanvaardt dat ook een in extremis voorgelegd stuk voor een tegenpartij kan gelden als een dergelijk "nieuw en ter zake dienend feit of stuk" ²⁰. Recent paste het Hof van Beroep te Brussel zelfs art. 748, § 2, toe in een geval waarin de laatste conclusie van een partij een verwijzing bevatte naar een voorheen niet geciteerd doch bijna 20 jaar oud cassatie-arrest, waarover de wederpartij nog wens te te concluderen ²¹. Dit laatste voorbeeld mag dan wel voor sommigen mischien wat té ver gaan - omdat de betrokken partij ook zelf dat cassatie-arrest had kunnen vinden - het is in ieder geval duidelijk dat art. 748, § 2, een uitweg biedt voor de procespartij die na het verstrijken van haar (bindende) conclusietermijnen geconfronteerd wordt met een laattijdig voorgelegd stuk, waarvan de inhoud hem onbekend is en dat cruciaal genoeg kan zijn om het oordeel van de rechter te beïnvloeden.

Om te gelden als nieuw en ter zake dienend, moet een stuk inderdaad niet "nieuw" zijn voor alle partijen in het geding; indien één enkele partij het stuk onder zich hield of de inhoud ervan kende, kunnen de andere partijen nog steeds het voordeel van artikel 748, § 2, invoeren. Het feit dat de partij die het stuk onder zich houdt maar nog niet heeft voorgelegd, ernaar verwijst in haar conclusies, kan evenmin beletten dat het stuk nog nieuw is voor de andere partijen, zolang die laatsten zich nog niet eigenhandig van de inhoud of draagwijdte ervan hebben kunnen vergewissen.

12. Wie het voordeel van art. 748, § 2, invoert, zal natuurlijk wel moeten aantonen dat hij niet zelf aan de basis ligt van zijn eigen ongeluk. Werd het nieuwe stuk bijvoorbeeld voorgelegd in antwoord op een nieuwe vordering of een nieuw middel dat de beweerdelijk ongelukkige procespartij zelf pas in haar laatste conclusie heeft ingesteld of aangevoerd, dan mag de rechter weigeren

¹⁹ Cass. 22 mei 2003, *R.A.B.G.* 2003, 738, i.h.b. 742.

²⁰ Bijv. Brussel 18 juni 1997, *A.J.T.* 1998-99, 306; zie ook G. DE LEVAL, "La mise en état de la cause", *l.c.*, (59) 98-99 en de aldaar aangehaalde onuitgegeven rechtspraak.

²¹ Brussel 18 juni 2002, eerste kamer bis, *A.R.* 2000/AR/3129, onuitg.

een nieuwe conclusietermijn voor repliek te verlenen. Het Hof van Cassatie heeft dit met zoveel woorden gezegd in zijn arrest van 22 mei 2003²². Wie kaatst, mag de bal inderdaad terug verwachten, zoals BREWAEYS schrijft in de noot bij dit arrest. Wat het Hof in dat recente arrest evenwel niet beslist heeft, is dat een conclusie of stuk waarop een partij niet meer kan antwoorden nooit een nieuw stuk of feit zou kunnen zijn dat een nieuwe conclusietermijn kan wettigen, zoals dezelfde annotator nochtans lijkt te impliceren²³. Het Hof heeft alleen overwogen dat als men zelf de neerlegging in extremis van nieuwe stukken heeft uitgelokt, een rechter mag weigeren art. 748, § 2, toe te passen.

13. Het is slechts in het uitzonderlijke geval dat een verzoek op grond van art. 748 § 2, wettelijk niet meer mogelijk is - dit is als het stuk werd neergelegd in de laatste 30 dagen voor de rechtsdag - dat een rechtstreeks beroep op het recht op tegenspraak en art. 6 E.V.R.M. nodig zal zijn. Als in die hypothese een stuk regelmatig werd voorgelegd zonder dat echt sprake kan zijn van deloyaal procesgedrag, dan kan de ongelukkige procespartij inderdaad een recht op repliek eisen door te steunen op art. 6 E.V.R.M., zij het dat ook hier de voorwaarde geldt dat de verzoeker zelf voldoende diligent moet geweest zijn en niet zelf de aanleiding zijn van de laattijdige neerlegging van het stuk. Bovendien moet het stuk ook relevant zijn voor de zaak ten gronde, opdat het recht op tegenspraak nog een bijkomende repliektermijn zou kunnen verantwoorden.

De verwijzing door de Brugse rechter naar het beginsel van tegenspraak mag dan ook niet begrepen worden als zou dat beginsel stéeds voorrang krijgen op de wettelijke regels terzake. Anders oordelen zou het onmogelijk maken om de ingereedheidbrenging nog op werkzame wijze te organiseren.

14. Uit wat voorafgaat vloeit voort dat wie herhaaldelijk vraagt om mededeling van een stuk en het stuk uiteindelijk pas te zien krijgt als de laatste conclusietermijn om daarop te antwoorden verstreken is, kan van de rechter een bijkomende conclusietermijn krijgen als de laattijdige neerlegging deloyaal is. Is er van deloyaal procesgedrag geen sprake, dan is het alternatief een verzoek op grond van art. 748, § 2. Dit verzoek moet ingediend worden ten laatste 30 dagen voor de rechtsdag. Werd het stuk voorgelegd binnen die termijn, dan kan enkel nog een beroep op het recht op tegenspraak en art. 6 E.V.R.M. soelaas bieden. Voor elk van deze drie grondslagen - het verbod op deloyaal procesgedrag, art. 748, § 2, en art. 6 E.V.R.M. - geldt echter dat het verzoek om een bijkomende repliektermijn niet gehonoreerd zal worden als de verzoeker zelf mede aan de oorzaak ligt van de laattijdige mededeling of als het stuk klaarblijkelijk weinig of geen relevantie vertoont voor de oplossing van het geschil ten gronde.

²² *R.A.B.G.* 2003, 738, noot.

²³ E. BREWAEYS, "Wie kaatst moet de bal ontvangen", noot onder Cass. 22 mei 2003, *R.A.B.G.* 2003, 743.

III. Hoger beroep tegen een "vonnis van bevoegdheid" (Cass. 13 februari 2003)

15. Een vonnis waarbij de rechter ingaat op een exceptie van onbevoegdheid en zich bevoegd of onbevoegd verklaart, wat hem is toegestaan indien de eiser, op de exceptie van onbevoegdheid geen verwijzing naar de arrondissementsrechtbank heeft gevorderd (art. 639, derde lid), is in beginsel een appellabel vonnis ²⁴, maar sedert 1 januari 1993 ²⁵ is het hoger beroep tegen een dergelijke bevoegdheidsbeslissing pas mogelijk samen met het hoger beroep tegen het "eindvonnis" (art. 1050, tweede lid, wat in art. 1055 werd bevestigd), wat dus pas na het "eindvonnis" kan en waarbij zowel het bevoegdheids- als het "eindvonnis" tegelijk moeten bestreden worden. De bedoeling was - in de ogen van de wetgever vaak dilatoire of achteraf overbodige ²⁶ - hogere beroepen te verbieden tegen loutere bevoegdheidsvonnissen, die dus niet langer "onmiddellijk appellabel" zijn, maar nog slechts met het eindvonnis kunnen bestreden worden, voor zover één van de partijen daar op dat ogenblik uiteraard nog brood in ziet.

Die ongetwijfeld goedbedoelde maatregel heeft tien jaar lang voorwerp van controverse uitgemaakt, omdat de tekst van art. 1050, tweede lid, in het midden laat wat onder "eindvonnis" moet worden verstaan, wat vooral problematisch is voor de appellabiliteit van een zogenaamd vonnis van *onbevoegdheid*, d.i. een vonnis waarbij de eerste rechter zich onbevoegd verklaart en de zaak verwijst naar de z.i. bevoegde collega ²⁷. Volgens sommigen is een "eindvonnis" in de zin van art. 1050 een beslissing waarbij de rechter zijn rechtsmacht geheel heeft uitgeput, dus een "eindvonnis" in de "chronologische betekenis" ("*jugement final*"), dat tegenover een "tussenvonnis" staat. Een "vonnis van onbevoegdheid" is per hypothese een dergelijk "laatste woord" van dezelfde rechter, en zou dus onmiddellijk appellabel zijn ²⁸. Anderen daarentegen verdedigden, op grond van de parlementaire voorbereiding van het nieuwe art.

24 Behalve indien de eiser instemde met de exceptie en de rechter zich overeenkomstig die exceptie onbevoegd heeft verklaard en de zaak heeft verwezen naar de bevoegde rechter. In dat geval is immers een akkoordvonnis geweest, waartegen geen rechtsmiddelen openstaan (art. 1043, tweede lid), zij het dat sommige rechtspraak daarvoor eist dat de partijen de rechter uitdrukkelijk hebben verzocht in de vorm van een vonnis de bewoordingen over te nemen van de tussen hen gesloten overeenkomst (Brussel 24 januari 2003, *J.T.* 2003, 272). Anderzijds kan uiteraard geen akkoordvonnis worden verleend indien de partijen zouden afwijken van een bevoegdheidsregel die de openbare orde raakt.

25 De inwerkingtreding van de wet van 3 augustus 1992.

26 Omdat de appellant ook zijn slag kan thuishalen op de ontvankelijkheid of de grond van de zaak, en dus geen belang meer heeft bij het hoger beroep tegen de beslissing over de bevoegdheid.

27 Wat al werd aangekondigd in de eerste grondige rechtsleerbijdrag over de aangelegenheid: F. GUEBS, "La voie d'appel et les jugements sur la compétence: conditions et dimensions nouvelles", *Ann. dr. Louvain* 1994, 309-353.

28 In die zin bijvoorbeeld J.M. POUPART, P. LEMMENS en A.S. MAERTENS, ["Ger. W. Art. 1050"], *Com. Ger.*, 15-16; Antwerpen, 23 mei 1996, *R.W.* 1996-97, 479. Zo ook Gent, 24 november 1994, *P. & B.* 1995, 54; 21 november 1996, *R.W.* 1998-99, 271.

1050, tweede lid ²⁹, dat een "eindvonnis" in art. 1050, tweede lid, moet verstaan worden in de zin van art. 19, dus als een "eindbeslissing" waarbij een geschilpunt tussen de partijen wordt beslecht, maar uiteraard niet het geschilpunt van de bevoegdheid. Een vonnis waarbij de rechter zich onbevoegd verklaart en verwijst is dus maar appellabel na een eindbeslissing (het weze een tussenvonnis, bijvoorbeeld over de ontvankelijkheid, het weze een "werkelijk eindvonnis"), van de rechter naar wie de zaak werd verwezen werd ³⁰.

Een *derde* interpretatie ging nóg verder: een "eindvonnis" zou in elk opzicht het laatste woord in eerste aanleg moeten zijn, zodat de rechtsmacht van elke rechter in eerste aanleg volledig is uitgeput, het weze de rechter waar de bevoegdheidsexceptie werd opgeworpen en die zich bevoegd heeft verklaard, het weze de rechter naar wie de zaak verwezen werd. Een "eindvonnis" in de zin van art. 1050, tweede lid, is dus nooit een tussenvonnis: het bevoegdheidsvonnis is pas appellabel na een vonnis van *niet*-toelaatbaarheid of na het laatste vonnis over de grond van de zaak ³¹.

16. De controverse werd uiteindelijk op 13 februari 2003 - goeddeels - beslecht door het Hof van Cassatie dat op grond van de wetsgeschiedenis van de wet van 3 augustus 1992 besliste dat een eindvonnis in de zin van art. 1050, tweede lid, en art. 1055 een vonnis is "inzake de ontvankelijkheid of de gegrondheid, uitgesproken door de rechter die zich bevoegd heeft verklaard dan wel door de als bevoegd aangewezen rechter", zodat hoger beroep tegen een dergelijk "(on)bevoegdheidsvonnis" "slechts mogelijk is nadat de rechter die zich bevoegd heeft verklaard of de als bevoegd aangewezen rechter een eindvonnis heeft gewezen over de ontvankelijkheid of de gegrondheid" ³². Dat is dus een "eindbeslissing" in de zin van art. 19, want de vordering kan "in schuifjes" respectievelijk ontvankelijk en gegrond verklaard worden.

Of uit dit arrest moet worden afgeleid dat een tussenvonnis "alvorens recht te doen" - bijvoorbeeld een onderzoeksmaatregel - het bevoegdheidsvonnis nog steeds niet appellabel maakt ³³, lijkt twijfelachtig gezien het absurde resultaat daarvan. Het tussenvonnis alvorens recht te doen zelf is immers wél onmiddellijk appellabel (art. 1050, eerste lid), en de wagen zou, zacht uitgedrukt, toch wel voor de paarden gespannen worden mocht de rechter in hoger beroep de onderzoeksmaatregel wél, maar de bevoegdheid van de rechter die hem heeft bevolen (nog) niet mogen beoordelen. En dit klemmt te meer omdat de appel-rechter de zaak terug naar die eerste rechter moet sturen indien hij de bestreden onderzoeksmaatregel bevestigt (art. 1068, tweede lid)... Uiteraard is een maat-

²⁹ *Parl. St.* Senaat, B.Z. 1991-92, nr. 301/2, commissieverslag, 43.

³⁰ In die zin J. LAENENS, "De bevoegdheid *ratione summae*, de aanleg en de regeling van bevoegdheidsincidenten", *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, 1992, (71) 76; J. LAENENS en K. BROECKX, "Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling", *R.W.* 1992-93, (897) 910; Brussel 6 mei 1997, *P. & B.* 1997, (244) 245; Gent 21 oktober 1998, *P. & B.* 1999, 191; Brussel 2 oktober 1997, *A.J.T.* 1999-2000, (291) 292, met noot G. VAN MELLAERT, "Over het begrip eindvonnis en tergende beroepen"; Antwerpen 6 mei 2002, *P. & B.* 2002, 312.

³¹ K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, 1995, 163-164.

³² Cass. 13 februari 2003, *R.W.* 2002-03, 1583, met noot P. VAN RILLAER; *R.A.B.G.* 2003, 554, met noot P. VANLERSBERGHE.

³³ In die zin P. VAN RILLAER, *l.c.*, 1585.

regel alvorens recht te doen of een provisioneel vonnis geen "eindvonnis" in de zin van art. 19, eerste lid, Ger. W., maar of het daarom niet als een "eindvonnis" in de zin van art. 1050, eerste lid, beschouwd mag worden staat niet als een paal boven water. De wetgever heeft inderdaad niets anders gewild dan dat gewacht zou worden op "een beslissing over iets anders dan de bevoegdheid", *sensu latissimo* ³⁴, en een maatregel alvorens recht te doen of een provisioneel vonnis is dat ook. Wordt vervolgd...

17. Wat vooralsnog evenmin werd beslecht door het Hof van Cassatie is het probleem van de *bevoegdheid* voor het hoger beroep dat in voorkomend geval overeenkomstig art. 1050, tweede lid, *tegelijk* moet aangetekend worden tegen twee verschillende beslissingen - het bevoegdheidsvonnis en het daaropvolgende "eindvonnis" - van twee verschillende rechters, zodat het risico bestaat dat zij niet ressorteren onder dezelfde appèlrechter, bijvoorbeeld als verwezen werd door de rechtbank van eerste aanleg of de rechtbank van koophandel naar de arbeidsrechtbank of omgekeerd, door de vrederechter of de politierechtbank naar de rechtbank van eerste aanleg of de rechtbank van koophandel, of door een rechter uit het rechtsgebied van de ene appèlrechter naar een rechter uit het rechtsgebied van een andere. Er wordt gesuggereerd ³⁵ dat de appèlrechter van de tweede rechter ook bevoegd zou zijn voor het hoger beroep tegen het vonnis van de eerste ³⁶, maar er is geen enkele tekst die in die richting wijst, zelfs niet het adagium *qui peut le plus, peut le moins*. Integendeel, gezien de functies van het hoger beroep - niet enkel het herstel van rechterlijke vergissingen, maar ook de eenheid in de rechtspraak - zou de rechter die het hoger beroep over de bevoegdheidsvraag moet oplossen de natuurlijke appèlrechter moeten zijn van de rechter die zich onbevoegd heeft verklaard...

Die oplossing heeft overigens een absurd resultaat wanneer de rechtbank van eerste aanleg verwijst naar de vrederechter en "twee stadia later" niet alleen kennis moet nemen van het hoger beroep tegen het "eindvonnis" van die vrederechter, maar ook tegen haar eigen "beslissing inzake bevoegdheid"... Stel dat zij dan tot de vaststelling komt dat zij eigenlijk van meet af aan bevoegd was in eerste aanleg, dan moet art. 1070 ook nog toegepast worden, dus met hoger beroep bij het hof van beroep... Het *imbroglio* is overigens compleet wanneer dan voor de rechtbank van eerste aanleg opnieuw een exceptie van onbevoegdheid wordt aangevoerd, die op vordering van de eiser moet verwezen worden naar de arrondissementsrechtbank (art. 639, 4de lid). Mag die dan verwijzen naar het Hof van Beroep? Wordt vervolgd...

18. Dit alles mag niet uit het oog doen verliezen dat hoger beroep tegen een (on)bevoegdheidsvonnis in de praktijk vaak niets méér is dan een dode mus, niet alleen omdat de mogelijkheid daarvan is uitgesteld tot na het "eindvonnis", maar ook omdat art. 643 sedert zijn wijziging bij de wet van 3 augustus 1992

³⁴ "Deze wijziging [van art. 1050] is de kern van het nieuwe voorstel en houdt de uitzondering in dat hoger beroep tegen *loutere bevoegdheidsuitspraken* uitsluit. Het eindvonnis dat *hier* wordt bedoeld, is een vonnis over het bodemgeschied of over een *ander incident*, bijvoorbeeld een aangelegenheid van ontvankelijkheid" (*Parl. St. Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 43; nadruk toegevoegd).

³⁵ O.a. D. SCHEERS, J. LAENENS, K. BROECKX en P. VAN RILLAER.

³⁶ J. LAENENS en K. BROECKX, *Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling*, 36.

bepaalt dat wanneer de appèlrechter uitspraak doet over de bevoegdheid, *a fortiori* van de eerste rechter, en meer bepaald vaststelt dat die onbevoegd was, de zaak voortaan niet meer moet verwijzen naar de bevoegde rechter in eerste aanleg, maar naar de bevoegde rechter in hoger beroep. Dat impliceert in de eerste plaats dat de appellant hoe dan ook zijn eerste aanleg bij de bevoegde rechter kwijtspeelt, zodat hier (een proceseconomische) toepassing gemaakt wordt van de verruimde devolutieve werking van het hoger beroep. In de tweede plaats ressorteren veel onbevoegde en bevoegde rechters in eerste aanleg onder dezelfde appèlrechter. De onbevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg ten voordele van de rechtbank van koophandel of omgekeerd, of een territoriale onbevoegdheid binnen het rechtsgebied van dezelfde appèlrechter haalt dus niets uit, want in voorkomend geval verwijst die appèlrechter a.h.w. naar ...zichzelf³⁷.

19. Art. 1050, tweede lid, Ger. W. heeft ook goeddeels de zin weggenomen van art. 663, naar luid waarvan een geding dat wegens onbevoegdheid wordt verwezen, voor de rechter naar wie het verwezen is door verzet en hoger beroep - uiteraard tegen het verwijzingsvonnis - wordt geschorst³⁸. Voor het hoger beroep moet voortaan immers tenminste gewacht worden op een tussenvonnis van de rechter naar wie de zaak verwezen is. Indien hij geen tussenvonnis, maar meteen een eindvonnis velt, *quod plerumque fit*, valt er uiteraard niets meer te schorsen. De beide vonnissen zullen dan tegelijk bestreden (moeten) worden, tenzij de betrokkenen op dat ogenblik, mede omwille van de devolutieve werking van het hoger beroep (*cf. supra*), elke interesse voor het bevoegdheidsprobleem verloren hebben.

IV. Het begrip "administratieve overheid" in artikel 14, § 1, R.v.St.-wet (R.v.St. 4 juni 2003)

20. De annulatiebevoegdheid van de Raad van State wordt van oudsher in eerste instantie bepaald door het begrip "administratieve overheid". Dat begrip wordt nochtans nergens gedefinieerd in de gecoördineerde wetten op de Raad van State, en heeft dan ook al voor heel wat interpretatiemoeilijkheden gezorgd, voornamelijk waar de overheid in het raam van de functionele decentralisatie steeds vaker gebruik maakt van privaatrechtelijke technieken om haar beleid te realiseren. In die gevallen is het vaak helemaal niet duidelijk of de betrokken instellingen nog als administratieve overheden kunnen worden beschouwd. Rechtspraak en rechtsleer hebben diverse criteria uitgewerkt, aan de hand waarvan, geval per geval, wordt uitgemaakt of dergelijke instelling al dan niet als administratieve overheid optreedt en haar handelen al dan niet onder de annulatiebevoegdheid van de Raad van State valt. Criteria zijn onder meer de wijze van oprichting van een instelling, de erkenning van een instelling door

³⁷ Bijvoorbeeld (materieel) Brussel 16 juni 2000, *J.D.S.C.* 2002, 258, met noot M. CALUWAERTS; *Rev. prat. soc.* 2000, 381, noot; *T.B.H.* 2001, 737; (territoriaal) Antwerpen 16 oktober 2001, *P. & B.* 2002, 59.

³⁸ Zie ook Gent, 21 november 1996, *R.W.* 1998-99, 271, dat zich afvraagt of art. 663, wat het hoger beroep betreft, niet impliciet is opgeheven.

de overheid, het bestaan van toezicht van overheidswege, de opdracht van de instelling (vervult deze instelling een taak van algemeen belang of verzekert zij een openbare dienst?) en de mogelijkheid om gezagshandelingen te stellen.

De rechtspraak daarover is onderhevig geweest aan een bijna permanente evolutie, die de laatste jaren in een stroomversnelling is terecht gekomen. Waar elk van de criteria lange tijd als louter indicatief werd beschouwd – zij het dat de Raad van State de klemtoon steeds meer op het functioneel karakter is gaan leggen en een bijzondere waarde hecht aan het antwoord op de vraag of de betrokken instelling een taak van algemeen belang behartigt – zijn in de loop der jaren bepaalde criteria decisief geworden bij het erkennen, of beter het ontkennen, van de hoedanigheid van administratieve overheid.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie is in die zin geëvolueerd dat de bevoegdheid om eenzijdig bindende beslissingen te nemen tot een noodzakelijke voorwaarde is geworden opdat privaatrechtelijke organisaties als administratieve overheden zouden kunnen worden beschouwd³⁹. En de Raad van State heeft in de rechtspraak DESCHUTTER een – weliswaar tijdelijke – terugkeer ingeleid naar een zuiver organieke benadering van het begrip "administratieve overheid" en er de hoedanigheid van administratieve overheid ontkend in hoofde van vrije onderwijsinstellingen, omdat dergelijke instellingen met de overheid geen organiek verband vertonen⁴⁰. Het bestaan van een organiek verband is met andere woorden voor de Raad van State eveneens een noodzakelijke voorwaarde opdat een privaatrechtelijke instelling als een administratieve overheid zou kunnen worden beschouwd. Hoewel dit arrest is gewezen in het onderwijscontentieux laten de bewoordingen ervan er geen twijfel over dat de conclusie van de Raad van State een ruimere gelding heeft, en dat ook heel wat andere privaatrechtelijke instellingen die een functionele openbare dienst waarnemen, uit de bevoegdheid van de Raad van State zouden worden geweerd.

Deze rechtspraak is echter niet zonder kritiek gebleven, en heeft dan ook sindsdien opnieuw een verdere evolutie doorgemaakt, andermaal in het onderwijscontentieux.

21. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 6 september 2002 de radicale stellingname van de Raad van State veroordeeld⁴¹. Het maakt in zijn arrest duidelijk dat het loutere feit dat een vrije onderwijsinstelling geen organiek verband heeft met de overheid in die zin dat zij door privé-personen is opgericht en door privé-personen kan worden afgeschaft, niet voldoende is om te

39 Cass., Gimvindus, 14 februari 1997, *Arr. Cass.* 1997, 221, concl. G. DUBRULLE, *Rec. Cass.* 1998, 284, noot C. BERTX; Cass., BATC, 10 september 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 504, noot F. VANDENDRIESSCHE, www.cass.be. Vgl. R.v.St., S.A. Tra-vaux en cons., nr. 107 488, 7 juni 2002, www.raadvst-consetat.be, gewezen na cassatie in de zaak die tot het cassatiearrest van 10 september 1999 heeft geleid.

40 R.v.St., Deschutter, nr. 93 289, 13 februari 2001, *R.W.* 2000-01, 1388, noot R. VERSTEGEN, *A.J.T.* 2000-01, 758, noot L. VENY, *T.O.R.B.* 2000-01, 304, noot, *T.B.P.* 2001 (samenvatting), 417, noot, *J.R.S.* 2001, 43, *R.R.D.* 2000, 525, advies R. HENSENNE, noot X. DELGRANGE, *Journ. Proc.* 2001, afl. 422, 25, noot J. DERMANGE, *C.D.P.K.* 2001 (samenvatting), 328, noot L. VENY.

41 Cass. 6 september 2002 (Meulenijzer), *T.O.R.B.* 2002-03, 90, *T. Gem.* 2002, 307, noot S. VAN GARSSE, *R.W.* 2002-03, 817, concl. Adv. Gen. BRESSELEERS, *R.A.B.G.* 2002, 52, noot S. LUST.

stellen dat deze instelling geen administratieve overheid zou zijn. Het Hof acht de erkenning van de instelling door de overheid veel belangrijker dan het organieke verband met die overheid: een instelling die is opgericht door privépersonen, maar erkend door de federale overheid, de overheid van de gemeenschappen en gewesten, de provincies of gemeenten, *is* een administratieve overheid in de zin van artikel 14 R.v.St.-wet – een arrest van dezelfde datum inzake een geschil tussen een personeelslid en een vrije onderwijsinstelling formuleert het voorzigtiger en zegt dat zij een administratieve overheid *kan* zijn ⁴².

De erkenning op zich is echter niet voldoende: bovendien moet de werking van de instelling in voldoende mate door de overheid worden bepaald en gecontroleerd en moet zij beslissingen kunnen nemen die derden binden, meer bepaald door de eigen verplichtingen tegenover anderen eenzijdig te bepalen of door verplichtingen van die anderen eenzijdig vast te stellen. Daarmee sluit het Hof van Cassatie volledig aan bij wat het reeds stelde in de eerder genoemde arresten GIMVINDUS en BATC. Het Hof heeft daarmee echter nog niet uitgemaakt of vrije onderwijsinstellingen nu al dan niet als administratieve overheden optreden wanneer zij examenbeslissingen nemen. Het heeft enkel duidelijk gemaakt dat het ontbreken van een organiek verband op zich alvast niet uitsluit dat zij die hoedanigheid aannemen. De Raad van State zal moeten uitmaken wat de consequenties van deze stelling zijn voor het examencontentieux van vrije onderwijsinstellingen.

22. Ook het Arbitragehof heeft zich in de discussie gemengd. In zijn arrest nr. 41/2003 van 9 april 2003 antwoordt het op een prejudiciële vraag van de Raad van State, gesteld op verzoek van een studente aan wie een specifiek daartoe opgerichte commissie binnen de U.L.B. geweigerd had een getuigenschrift uit te reiken dat toegang gaf tot de tweede cyclus van de studie tandheelkunde ⁴³. De vraag luidde of de artikelen 10, 11 en 24 G.W. worden geschonden in zoverre artikel 14 R.v.St.-wet in die zin wordt geïnterpreteerd dat dergelijke beslissingen geen beslissingen van administratieve overheden zijn en bijgevolg uit de bevoegdheid van de Raad van State zijn gesloten ⁴⁴. Volgens het Arbitragehof is het antwoord positief en leidt de onbevoegdheid van de Raad van State voor beslissingen van commissies als de litigieuze commissie tot een verschillende behandeling van twee categorieën van studenten, zonder toelaatbare verantwoording.

Het Arbitragehof vervolgt echter dat de litigieuze commissie wél als een administratieve overheid *kán* worden beschouwd. Zij is immers opgericht op initiatief van de openbare overheden en de adviezen die zij geeft en de getuigenschriften waarin die zijn opgenomen, zijn bindend voor de betrokkenen en voor der-

⁴² Cass. 6 september 2002 (Leman), *NjW* 2002-03, afl. 4, 132 met noot, *T.O.R.B.* 2002-03, 93, noot F. ORNELIS, *R.W.* 2002-03, 8819, concl. Adv. Gen. BRESSELEERS. Ook in de arresten Gimvindus en BATC is het Hof van Cassatie voorzigtiger en stelt het dat dergelijke instellingen *in beginsel* administratieve overheden zijn.

⁴³ Arbitragehof, nr. 41/2003, 9 april 2003, www.arbitrage.be, *B.S.* 28 juli 2003 (uittreksel).

⁴⁴ R.v.St., Loseke Nembalemba en vzw Fédération des étudiants francophones de Belgique, nr. 99 417, 3 oktober 2001, www.raadvst-consetat.be.

den. In die interpretatie moet de prejudiciële vraag ontkennend worden beantwoord, aldus het Arbitragehof. Het grondwettigheidsprobleem is dus niet het gevolg van een lacune in de wetgeving, maar een louter interpretatieprobleem. Het Arbitragehof suggereert aldus dat een zuiver organieke benadering van het begrip "administratieve overheid" niet noodzakelijk is en bovendien tot ongrondwettigheden leidt. Artikel 14 R.v.St.-wet kan grondwetsconform worden geïnterpreteerd, met name door uit te gaan van een meer functionele benadering. Criteria die kunnen worden aangewend zijn enerzijds het feit dat overheidsinitiatief aan de basis ligt van de oprichting van de privaatrechtelijke instelling en anderzijds het feit dat deze bindende beslissingen kan nemen. De benadering van het Arbitragehof ligt aldus in de lijn van deze van het Hof van Cassatie.

23. Het was te verwachten dat de Raad van State, tweemaal op de vingers getikt, de bevoegdheidskwestie opnieuw zou bekijken. Dat is inmiddels gebeurd in twee arresten van de verenigde vergadering van 4 juni 2003. De Raad van State heeft er zijn bevoegdheid voor het examencontentieux van vrije onderwijsinstellingen herbevestigd, met het argument dat, bij het nemen van examenbeslissingen, de examencommissie een taak van openbare dienst vervult die haar door de overheid is toevertrouwd, ongeacht of de betrokken onderwijsinstelling waarvan zij deel uitmaakt, is opgericht door de overheid of op privé-initiatief. De graden die door deze examencommissies worden toegekend en de diploma's die worden uitgereikt zijn door hun uitreiking krachtens de toepasselijke wetgeving van rechtswege erkend en bekrachtigd, en zijn bindend voor derden. Het gaat bijgevolg om administratieve rechtshandelingen die het voorwerp kunnen uitmaken van een annulatieberoep bij de Raad van State ⁴⁵.

Daarmee keert de Raad van State terug naar de meer functionele benadering van het begrip "administratieve overheid" die ook vóór de rechtspraak DESCHUTTER gangbaar was, en worden criteria als erkenning door de overheid en mogelijkheid om derden te binden terug mede-bepalend voor de kwalificatie van een privaatrechtelijke instelling als administratieve overheid, zonder dat het feit dat ze strikt organiek geen enkele band vertoont met de overheid, daaraan in de weg kan staan. Examenbeslissingen van vrije onderwijsinstellingen worden daarbij beschouwd als beslissingen die derden binden en bovendien uitgaan van een instelling die een taak van openbare dienst vervult en daartoe is erkend door de overheid, zodat zij als administratieve overheidshandelingen kunnen worden beschouwd. De Raad van State laat daarbij ook het onderscheid varen dat de Franstalige kamers van de Raad nog aanhielden vóór het arrest DESCHUTTER, en waarbij deze kamers zich enkel bevoegd verklaarden voor beroepen tegen examenbeslissingen die eindgraden betreffen, maar niet voor beroepen tegen examenbeslissingen met betrekking tot tussenjaren. Zo betreft het arrest VAN DEN BRANDE de beslissing waarbij een student niet geslaagd wordt verklaard voor het tweede jaar van de eerste cyclus architectuur aan de Hogeschool St. Lucas, campus Gent. Deze cyclus omvat drie studiejaar, en de bestreden beslissing betreft dus "slechts" een tussenjaar.

⁴⁵ R.v.St., Van den Brande, nr. 120 143, 4 juni 2003, www.raadvst-consetat.be; R.v.St., Zitoumi, nr. 120 131, 4 juni 2003, www.raadvst-consetat.be.

24. Dat privaatrechtelijke organisaties administratieve overheden kunnen zijn is één kwestie, een andere is voor welke van hun handelingen de Raad van State bevoegd is. Deze instellingen oefenen immers vaak, naast hun taak van algemeen belang, ook louter commerciële activiteiten uit. De vraag rijst dan of handelingen die een dergelijke instelling stelt in uitoefening van deze commerciële activiteiten al dan niet voor annulatieberoep vatbaar zijn. Gedacht kan worden aan een beslissing tot gunning van werken, die voor dergelijke instellingen vaak met toepassing van de wetgeving op de overheidsopdrachten wordt genomen.

In de rechtspraak van de Raad van State zijn er aanduidingen dat enkel de handelingen die een dergelijke instelling stelt in het kader van haar opdracht van algemeen belang, voor annulatieberoep in aanmerking komen. De Raad onderzoekt inderdaad in de regel of de litigieuze handeling kadert in de opdracht van algemeen belang *sensu stricto* die aan de privaatrechtelijke instelling werd toevertrouwd ⁴⁶. Handelingen die strekken tot realisatie van het winstgevend oogmerk dat eveneens aan de instelling is toevertrouwd en banale beheersdaden die inherent zijn aan elk organisme, ongeacht of het publiek- of privaatrechtelijk is, vallen buiten zijn bevoegdheid ⁴⁷.

In zijn arresten LEMAN en MEULENIJZER van 6 september 2002 heeft het Hof van Cassatie deze vraag in dezelfde zin getrancheerd: handelingen gesteld door instellingen die zijn opgericht door privé-personen, maar erkend door de federale overheid, de overheid van de gemeenschappen en gewesten, de provincies of de gemeenten, wier werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en die beslissingen kunnen nemen die derden binden, kunnen het voorwerp zijn van een nietigverklaring *wanneer die instellingen een deel van het openbaar gezag uitoefenen*. Enkel hun gezagshandelingen kunnen met andere woorden tot de bevoegdheid van de Raad van State behoren. En dat zijn per definitie handelingen die zij stellen in uitoefening van hun taak van algemeen belang.

De Raad is bovendien *enkel* bevoegd voor gezagshandelingen van deze instellingen en niet voor eventuele andere handelingen die zij in het raam van hun taak van algemeen belang zouden stellen. Ook dat blijkt duidelijk uit de arresten van het Hof van Cassatie van 6 september 2002. Dat is vrij evident. Vooreerst is de annulatiebevoegdheid van de Raad van State immers so wie so beperkt tot eenzijdige rechtshandelingen, dit is tot gezagshandelingen van administratieve overheden of, in de bewoordingen van het Hof van Cassatie, beslissingen "die derden binden, meer bepaald door de eigen verplichtingen tegenover anderen eenzijdig te bepalen of door verplichtingen van die anderen eenzijdig vast te stellen" ⁴⁸. Vervolgens is het enkel in de mate dat deze instellingen gezagshandelingen stellen, dat hun de hoedanigheid van administratieve

⁴⁶ R.v.St., N.V. parking Scailquin, nr. 54 281, 27 juli 1995 en R.v.St., N.V. Travaux en cons., nr. 71 754, 11 februari 1998, beide consulteerbaar op www.raadvst-consetat.be.

⁴⁷ R.v.St., N.V. parking Scailquin, nr. 54 281, 27 juli 1995, R.v.St., N.V. Travaux en cons., nr. 71 754, 11 februari 1998 en R.v.St., B.V.B.A. Artabel en cons., nr. 79 954, 27 april 1999, alle consulteerbaar op www.raadvst-consetat.be. Vgl. R.v.St., Bataillie, nr. 59 443, 30 april 1996, www.raadvst-consetat.be.

⁴⁸ Zie de beide arresten van het Hof van Cassatie van 6 september 2002 inzake het onderwijscontentieux.

overheid wordt toegekend. Privé-instellingen worden dus geen administratieve overheden doordat ze gezagshandelingen kunnen stellen. Ze worden enkel gelijkgesteld met administratieve overheden *voor zover* ze gezagshandelingen stellen, maar behouden daarbuiten gewoon hun privaatrechtelijk karakter ⁴⁹.

⁴⁹ S. LUST en B. STEEN, "Welles, nietes. Over vrije onderwijsinstellingen, administratieve overheden en rechtsbescherming", *T.O.R.B.* 2002-03, (315), 336; R. VERSTEGEN, "Wanneer treden privaatrechtelijke (onderwijs)instellingen op als administratieve overheid?", *R.W.* 2002-03, (801), 804 en 813. Vgl. Arbitragehof, nr. 66/99, 17 juni 1999 en Arbitragehof, nr. 87/2002, 8 mei 2002, waar het Hof stelt dat vrije onderwijsinstellingen geen administratieve overheden zijn in zoverre zij leden van hun personeel aanstellen en benoemen, wat een bevestiging inhoudt van dit standpunt.