

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 200.437 van 4 februari 2010
in de zaak A. 187.749/XII-5394**

In zake: José FONCKE
wonende te Lochristi
Beukendreef 60
alwaar woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE OOST-VLAANDEREN

Tussenkomende partij:

Adelbrecht HAENEBALCKE,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom Messiaen
kantoor houdend te Gent-Drongen
Baarledorpstraat 93
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 3 april 2008, strekt tot:
 - “- de vernietiging van de beslissing van de examencommissie van 9 november 2007 houdende het niet-geslaagd verklaren van verzoeker voor het 1^e gedeelte van het bevorderingsexamen voor diensthoofd van dienst 12;
 - de vernietiging van de beslissing van de deputatie van 14 november 2007 om door goedkeuring van de beslissing van de examencommissie van 9 november 2007 de aanstelling van Adelbrecht Haenebalcke tot diensthoofd van dienst 12 wettig te maken, en de vernietiging van de aanstelling tot diensthoofd (dit laatste bij niet-vernietiging van de impliciete weigering om verzoeker tot directeur te benoemen);
 - de vernietiging van het besluit van de deputatie van 20 maart 2008 houdende de benoeming van Adelbrecht Haenebalcke tot directeur van de 1^e directie en van de impliciete weigering om verzoeker te benoemen;
 - het bestendigen van de voorlopige maatregel houdende het verbod om Adelbrecht Haenebalcke de functies en taken van directeur van de 1^e directie verder te laten uitoefenen (bij niet-vernietiging van de impliciete weigering om verzoeker tot directeur van de 1^e directie te benoemen);
 - het bestendigen van de voorlopige maatregel om de bevorderingsprocedure verder te zetten, en de rechtsaanspraken van verzoeker daarin te erkennen (bij niet-vernietiging van de impliciete weigering om verzoeker tot directeur te benoemen)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 186.383 van 19 september 2008 wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bevolen van:

- de beslissing van 9 november 2007 van de examencommissie van de provincie Oost-Vlaanderen tot vaststelling van de motivering van het niet-geslaagd zijn van José Foncke voor het eerste gedeelte van het vergelijkend bevorderingsexamen voor diensthoofd van dienst 12;
- de beslissing van 14 november 2007 van de deputatie tot goedkeuring van de voormelde motiveringsbeslissing van de examencommissie;
- de beslissing van 20 maart 2008 van de deputatie tot bevordering van Adelbrecht Haenebalcke tot directeur van de eerste directie;
- de uit die bevordering van 20 maart 2008 blijkende weigering om José Foncke tot directeur van de eerste directie te benoemen.

De verwerende partij en de tussenkommende partij hebben een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkommende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 25 november 2008. De tussenkommende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Rudi Van Der Gucht heeft een verslag opgesteld.

Verzoeker en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 september 2009.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Verzoeker, die verschijnt, en diensthoofd Inge Dellaert en bestuurssecretaris Nico De Smet, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Rudi Van Der Gucht heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. Op 14 oktober 1999 verklaart de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen de betrekking van diensthoofd van dienst 12 bij de eerste directie open. De examencommissie beslist op 9 mei 2000 verzoeker als enige van de vier kandidaten niet geslaagd te verklaren voor het eerste gedeelte van het betrokken vergelijkend bevorderingsexamen. De deputatie benoemt op 12 oktober 2000 A. Haenebalcke, eerste laureaat van het examen, tot diensthoofd.

Op 11 mei 2005 bevordert de provincieraad A. Haenebalcke tot de graad van directeur van de eerste directie, Personeel. Hij krijgt de voorkeur boven verzoeker, intussen diensthoofd van dienst 72 bij de zevende directie, vanwege de ervaring en competenties die hij als diensthoofd van dienst 12 heeft verworven.

Verzoeker vordert in de zaak A. 94.032/XII-2709, de nietigverklaring van zijn niet-geslaagd zijn van 9 mei 2000, van de benoeming van 12 oktober 2000 van A. Haenebalcke tot diensthoofd en van diens bevordering van 11 mei 2005 tot directeur.

In het arrest nr. 175.183 van 28 september 2007 willigt de Raad van State de vordering in wat het eerste en het derde voorwerp betreft. Geoordeeld wordt dat de beslissing van 9 mei 2000 om verzoeker niet geslaagd te verklaren tekort komt aan zowel de formele- als de materiële-motiveringsplicht en dat dit de benoeming van 12 oktober 2000 en de bevordering van 11 mei 2005 onwettig maakt. De Raad verwerpt het beroep wat de benoeming van A. Haenebalcke tot

diensthooft betreft. Ofschoon het arrest die benoeming weliswaar onwettig bevindt, wordt aangenomen dat verzoekers belang geen vernietiging ervan vereist, inzonderheid “gelet op het feit dat, zoals verwerende partij op overtuigende wijze betoogt en toelicht, A. Haenebalcke door de vernietiging én van zijn bevordering tot directeur én van die tot dienshooft, in een ongemeen deplorabele toestand dreigt terecht te komen”.

4. Na de betekening van het arrest beslist de deputatie op 18 oktober 2007 -“[t]eneinde rechtsherstel te verlenen”- de selectiecommissie van de examenprocedure voor dienshooft dienst 12 opnieuw bijeen te roepen.

Op 9 november 2007 stelt de examencommissie, aan wie onder meer “een quoteringslijst met de eerder toegekende punten” is bezorgd, voor alle kandidaten van destijds een motivering op van de beoordeling van hun examenwerken. Zij voegt de motivering toe “als vierde bijlage bij het oorspronkelijk proces-verbaal, opgemaakt op 9 mei 2000, waardoor de lijst van bijlagen als volgt gewijzigd wordt: 1. 3 quoteringslijsten; 2. lijst syndicale vertegenwoordiging; 3. lijst politieke waarnemers; 4. motivering van de beoordeling”.

De deputatie keurt de motivering op 14 november 2007 goed en voegt ze toe aan het oorspronkelijk proces-verbaal van het in 2000 afgenomen examen.

Met een brief van 23 maart 2007 wordt aan verzoeker meegedeeld:

“Als bijlage bezorg ik je een voor eensluidend verklaard exemplaar van de materiële en feitelijke motivering (het antwoordschema en jouw persoonlijke motiveringsfiche). Dit is een bijkomende verwoording die het mogelijk maakt een inzicht te krijgen in de motieven die leidden tot de in cijfer uitgedrukte waardering”.

Ter zitting van 20 maart 2008 gaat de deputatie over tot een nieuwe benoeming van een directeur eerste directie op basis van de oorspronkelijke kandidaturen. Zij bevordert A. Haenebalcke met ingang van 1 april 2008. In de beslissing wordt onder meer overwogen dat ter zitting van 14 november 2007 de gemotiveerde beslissing van 9 november 2007 van de examencommissie werd goedgekeurd, dat de beslissing van de examenjury de onwettigheid van de benoeming van A. Haenebalcke ongedaan gemaakt heeft “met als gevolg dat diens

benoeming tot diensthoofd onverminderd rechtsgeldig blijft *ab initio*”, dat er “geen juridisch bezwaar bestaat diens verdiensten in die functie in aanmerking te nemen”, en dat “er in de vergelijking van de titels en verdiensten de voorbije drie jaar geen nieuwe elementen aangebracht kunnen worden voor één of meerdere kandidaten”, zodat “de vergelijking van de titels en verdiensten dezelfde is als drie jaar geleden”.

IV. Precisering van het voorwerp - Ontvankelijkheid

5. Verzoeker vraagt vijf beslissingen te vernietigen en twee voorlopige maatregelen te bestendigen.

6. Als *eerste bestreden besluit* wijst verzoeker “de beslissing van de examencommissie van 9 november 2007 houdende het niet-geslaagd verklaren van verzoeker voor het 1^e gedeelte van het bevorderingsexamen voor diensthoofd van dienst 12” aan.

Zoals hierna nader wordt uiteengezet, is het juister het besluit te omschrijven als de beslissing van 9 november 2007 van de examencommissie van de provincie Oost-Vlaanderen tot vaststelling -alleen maar- van de motivering van zijn niet-geslaagd zijn voor het eerste gedeelte van het vergelijkend bevorderingsexamen voor diensthoofd van dienst 12.

7. Als *tweede bestreden besluit* wordt “de beslissing van de deputatie van 14 november 2007 om door goedkeuring van de beslissing van de examencommissie van 9 november 2007 van Adelbrecht Haenebalcke tot diensthoofd van dienst 12 wettig te maken” aangewezen.

De omstandigheid dat naar het oordeel van de deputatie uit haar beslissing van 14 november 2007 volgt dat de onwettigheid van de bevordering van 12 oktober 2000 van A. Haenebalcke tot diensthoofd is hersteld, is één zaak. Een andere is dat, zuiver beschouwd, de bestreden beslissing van 14 november 2007 ertoe beperkt is om de *sub* 6 vermelde motiveringsbeslissing van 9 november 2007 goed te keuren.

8. Volgens tussenkomenende partij is verzoeker zonder belang bij het beroep tegen de eerste twee aangevochten besluiten omdat hij niet meer een

benoeming tot diensthoofd zou ambiëren, maar nog alleen een benoeming in het ambt van directeur.

De Raad valt de exceptie niet bij. De betrokken besluiten blijken immers van wezenlijke invloed te zijn geweest met betrekking tot de benoeming tot directeur, die het vierde voorwerp van het beroep uitmaakt.

Meer bepaald strekken ze ertoe de onwettigheid waarmee de benoeming van 12 oktober 2000 van A. Haenebalcke volgens het arrest nr. 175.183 behept is, met terugwerkende kracht te verhelpen. Het gevolg daarvan is, aldus de beslissing van 20 maart 2008 van de deputatie tot bevordering van A. Haenebalcke tot directeur van de eerste directie, dat “diens benoeming tot diensthoofd onverminderd rechtsgeldig blijft *ab initio*” en dat er geen juridisch bezwaar bestaat om zijn verdiensten in die functie in aanmerking te nemen met het oog op de benoeming van een directeur van de eerste directie. Vooral vanwege die verdiensten geniet hij voor deze benoeming uiteindelijk de voorkeur.

9. Een *derde bestreden besluit* is de “aanstelling tot diensthoofd” van A. Haenebalcke.

In het arrest over de vordering tot schorsing is aangenomen dat een dergelijke, uit het tweede bestreden besluit afgeleide, beslissing niet bestaat. Na de verwerping van de vordering wat die beslissing betreft, heeft verzoeker terzake niet binnen een termijn van dertig dagen die ingaat met de kennisgeving van het arrest, om de voortzetting van de procedure gevraagd.

Overeenkomstig artikel 17, § 4^{ter}, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State geldt te dien aanzien dan ook een vermoeden van afstand van geding.

10. De beslissing van 20 maart 2008 van de deputatie om A. Haenebalcke tot directeur van de eerste directie te benoemen is het *vierde bestreden besluit*. Volgens de tussenkomende partij is het beroep op dat punt niet ontvankelijk omdat er “eigenlijk geen middelen tegen worden aangevoerd”.

De exceptie mist grond. Aangezien de bevordering van 20 maart 2008 tot directeur wezenlijk beïnvloed wordt door de eerste twee bestreden

besluiten, wordt met de onwettigheden die verzoeker tegen die twee besluiten aanvoert *ipso facto* ook de wettigheid van de bevordering betwist.

11. Uit het vierde bestreden besluit leidt verzoeker ten slotte het bestaan van de *vijfde aangevochten beslissing* af, namelijk de weigering om hem tot directeur van de eerste directie te benoemen.

Naar verwerende partij laat uitschijnen is een schorsing of vernietiging van die impliciete weigering niet mogelijk omdat daarmee gesuggereerd zou worden “dat op het bestuur de rechtsplicht zou rusten om [verzoeker] tot directeur te bevorderen”, wijl zij van oordeel is dat zij “in deze principieel haar discretionaire bevoegdheid [blijft] behouden”.

Weigeringsbeslissingen -of het nu gaat om de weigering een wapen- of bouwvergunning uit te reiken dan wel om de weigering een identiteitskaart voor het uitoefenen van bewakingsactiviteiten of de weigering om een benoeming te verlenen- zijn normaal voor vernietiging vatbaar. Het is daarvoor de weigering om zonder belang of ze expliciet of alleen impliciet zijn. Wat telt is dat ze bestaan.

Wanneer het bestaan van een impliciete beslissing slechts kan worden afgeleid uit dat van een expliciete beslissing, dan zal de vernietiging van de expliciete beslissing automatisch tot gevolg hebben dat ook de impliciete beslissing uit het rechtsverkeer verdwenen is. Of een verzoeker in die omstandigheden nog wel belang heeft bij de vernietiging van de impliciete weigering is een vraag die beantwoord moet worden rekening houdend met het bijzondere karakter en effect van een vernietiging door de Raad van State. Deze vernietiging is bekleed met gezag van gewijsde - een gezag van gewijsde dat de overheid tot een bijkomend rechtsherstel kan verplichten.

In de eerste plaats zal de overheid, precies vanwege het gezag van gewijsde van de vernietiging dat ze niet mag miskennen, ertoe gehouden zijn om in geval van de vernietiging van de impliciete weigering om verzoeker te benoemen, zich opnieuw over de eventuele benoeming van verzoeker uit te spreken. Zoals de Raad van State reeds in onder meer zijn arresten inzake Haenen, nr. 154.151 van 26 januari 2006, en Vanspeybroeck, nr. 169.266 van 22 maart 2007, aannam, zal zij er niet mee mogen volstaan om, onder het mom dat de rechtsorde door de

vernietiging hersteld is, niets te doen - en om aldus feitelijk in de vernietigde weigering te volharden.

Wat de overheid bij het nemen van die nieuwe beslissing al dan niet móet doen, of integendeel niet meer mág doen, hangt af van het vernietigingsmotief. Meer bepaald zou zij zonder het gezag van gewijsde te miskennen niet opnieuw tot een weigering mogen beslissen én daarbij de onwettigheid herhalen die door het vernietigingsarrest in aanmerking werd genomen. Hoe groot de beoordelingsvrijheid is die de overheid na de vernietiging nog overhoudt -en of zij überhaupt nog wel over enige discretionaire bevoegdheid beschikt dan wel tegen een rechtsplicht tot het verlenen van het geweigerde aankijkt- moet geval per geval in het licht van de precieze draagwijdte van het gegrond bevonden annulatiemiddel worden nagegaan.

Het is bijgevolg voor de ontvankelijkheid van het annulatieberoep tegen de impliciete weigering van 20 maart 2008 om verzoeker tot directeur van de eerste directie te benoemen niet van belang of hij al dan niet een rechtsplicht tot benoeming doet gelden. Omgekeerd houdt het enkele feit dat de Raad van State de impliciete weigering om hem die benoeming te geven zou vernietigen, niet in dat het bestuur er *ipso facto*, van de weeromstuit, toe gehouden is hem die benoeming dan maar te verlenen.

12. Rest de vordering tot het bestendigen van *twee voorlopige maatregelen*.

Nog daargelaten de bevoegdheid terzake van de Raad van State, moet de vordering tenminste worden verworpen bij gebrek aan voorwerp. Immers heeft het arrest nr. 186.383 verzoekers vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen verworpen en is er dus niets te bestendigen.

Overigens zou reeds uit de enkele vernietiging van het vierde bestreden besluit “het verbod om Adelbrecht Haenebalcke de functie en taken van directeur van de 1^e directie verder te laten uitoefenen” (eerste maatregel) voortvloeien.

De verplichting “om de bevorderingsprocedure verder te zetten, en de rechtsaanspraken van verzoeker daarin te erkennen” (tweede maatregel) zou

dan weer uit de vernietiging volgen van de impliciete weigering om verzoeker tot directeur van de eerste directie te benoemen. Welke de precieze rechtsaanspraken zijn die de overheid bepaaldelijk niet zou mogen miskennen, moet in de annulatiegrond gezocht worden. Wordt, zoals hierna het geval is, de impliciete weigering van 20 maart 2008 vernietigd omdat bij het geven van de voorkeur aan A. Haenebalcke boven verzoeker wederrechtelijk rekening is gehouden met de ervaring en competenties die eerstgenoemde als diensthoofd van dienst 12 heeft verworven, dan verzet het gezag van gewijsde van de vernietiging van de weigeringsbeslissing zich ertegen dat bij het nemen van een nieuw besluit over de benoeming van een directeur verzoeker opnieuw wordt gepasseerd op grond van die ervaring en competenties.

V. Grond van de zaak

Standpunten inzake het middel

13. In het auditorsverslag wordt voorgesteld de eerste, tweede, vierde en vijfde bestreden beslissing te vernietigen onder meer wegens de schending van het gezag van gewijsde van het arrest nr. 175.183 van 28 september 2007.

Die schending wordt ten eerste hierin gezien dat de verwerende partij, na de vernietiging door het bedoelde arrest van haar beslissing om verzoeker niet geslaagd te verklaren, de betrokken score toch nog herneemt om ze met nieuwe motieven te onderbouwen.

Niettegenstaande de Raad van State in zijn arrest de benoeming van 12 oktober 2000 van A. Haenebalcke tot diensthoofd onwettig verklaarde en die onwettigheid niet is weggewerkt, verklaart het provinciebestuur de benoemingsbeslissing “rechtsgeldig” en steunt het er de nieuwe beslissing op om A. Haenebalcke andermaal tot directeur te benoemen. Dit maakt een tweede schending van het gezag van gewijsde uit.

14. Verwerende en tussenkomende partij betwisten dat het gezag van gewijsde van het arrest nr. 175.183 is geschonden.

Betoogd wordt dat verwerende partij is tegemoet gekomen aan “hetgeen in de kern aan de grondslag lag van het vernietigingsarrest”:

“De enige en uitsluitende kritiek van uw Raad was toen dat niet duidelijk was waarom de verzoeker niet geslaagd was. Uw Raad heeft niets gezegd, noch over de deskundigheid van de jury, noch over de toegekende punten op zich. Alleen: de punten op zich volstonden niet. De jury had de punten moeten opsplitsen per vraag en per onderdeel en haar beoordeling inhoudelijk inzichtelijk moeten maken.

De vraag die uw Raad beantwoord wilde zien was of de verzoeker terecht niet geslaagd was verklaard. De hernieuwde beoordeling, materieel en formeel gemotiveerd, heeft daar een antwoord op gegeven [...], een correct antwoord. Dit was wat het bestuur juridisch kon en moest doen. Wat het bestuur gedaan heeft past bovendien perfect in de logica van het vernietigingsarrest.

Het schorsingsarrest daarentegen lijkt te suggereren dat in het kader van het te verlenen rechtsherstel de bevorderingsprocedure tot diensthoofd van in den beginne had moeten worden overgedaan.

Dit is evenwel een keuze die volgens het bestuur het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest zou geschonden hebben en dus meteen moest worden uitgesloten, vermits het resultaat van de bevorderingsprocedure, met name de bevordering van de tussenkomen partij tot diensthoofd, niet was vernietigd. De enige optie was dan ook de procedure te hernemen vanaf het ogenblik dat deze fout is gelopen”.

Wat specifiek het nieuwe nazicht van de examenwerken betreft, is het de stelling van de verwerende en de tussenkomen partij dat de examencommissie tot een volledige herbeoordeling van de originele en anonieme examenwerken is overgegaan. “Het feit dat de kandidaten uiteindelijk dezelfde punten hebben bekomen [als eerst] heeft blijkbaar tevens de indruk gewekt dat de juryleden er zich toe beperkt hebben een motivering aan reeds bestaande punten toe te kennen. Maar zo is het niet gegaan, want dit was niet de opdracht die de Deputatie aan de examenjury heeft gegeven”.

Beoordeling

15. In het arrest nr. 175.183 heeft de Raad van State aangenomen dat de beslissing van 9 mei 2000 om verzoeker niet geslaagd te verklaren voor het eerste gedeelte van het vergelijkend bevorderingsexamen voor diensthoofd van dienst 12, tekort komt aan zowel de formele- als de materiële-motiveringsverplichting. Deze onwettigheid, aldus het arrest, kleurt noodzakelijk af op de benoeming van 12 oktober 2000 van A. Haenebalcke tot diensthoofd van dienst 12, waarvan de onwettigheid op haar beurt de bevordering van dezelfde A. Haenebalcke tot directeur van de eerste directie aantast “die slechts tot stand kon komen en is gekomen doordat betrokkene tot diensthoofd van dienst 12 benoemd werd en als zodanig aanzienlijke ervaring en competenties kon verwerven”.

Normalerwijs diende dan ook de vernietiging te volgen van én de beslissing van 9 mei 2000 om verzoeker niet geslaagd te verklaren én de benoeming van 12 oktober 2000 van A. Haenebalcke tot diensthoofd én diens bevordering van 11 mei 2005 tot directeur. Als de Raad niettemin alleen de vernietiging uitsprak van de eerste en de derde beslissing, dan was dat omdat de vernietiging van ook de benoeming van A. Haenebalcke tot diensthoofd verder reikte dan het rechtsherstel dat verzoeker nastreefde, terwijl dan weer A. Haenebalcke door die vernietiging -“zoals verwerende partij op overtuigende wijze betoogt en toelicht”- in een “ongemeen deplorabele toestand” terecht zou komen.

Aangezien verzoeker intussen hoe dan ook reeds zelf diensthoofd was geworden, strekte zijn beroep er nog slechts toe, in de bewoordingen van het arrest, “om het ambt van directeur te doen vrijmaken en om, met het oog op de bevordering tot directeur, het concurrentievoordeel te doen verdwijnen dat de uitoefening van het ambt van diensthoofd van dienst 12 aan A. Haenebalcke verschaft”. Het kan daartoe volstaan, zo overweegt het arrest, “dat alleen de bevordering van A. Haenebalcke tot directeur van de eerste directie wordt vernietigd, op grond van het motief dat geen rekening mag worden gehouden met zijn onwettige benoeming tot diensthoofd en, bijgevolg, met zijn in die betrekking opgedane ervaring”. Die vernietiging zou in voorkomend geval meebrengen dat verzoeker een nieuwe kans heeft om tot directeur benoemd te worden “zonder dat hij daarbij nog heeft af te rekenen met de concurrentie van A. Haenebalcke, tegen wie hij eerder, op 11 mei 2005, het onderspit moest delven”.

16. Met andere woorden werd de benoeming van A. Haenebalcke tot diensthoofd niet vernietigd, om de reden dat het kon volstaan tussen partijen de onwettigheid van de benoeming vast te stellen opdat, jegens verzoeker, A. Haenebalcke in rechte niet meer zou vermogen voor een benoeming tot directeur enig concurrentievoordeel te halen uit zijn ervaring in de functie van diensthoofd, die hem op 12 oktober 2000 onwettig werd toevertrouwd.

In die “logica van het vernietigingsarrest” diende de verwerende partij zich in beginsel ervan te onthouden om bij het nemen van een nieuwe beslissing over de bevordering tot directeur, weer aan verzoeker voorbij te gaan op basis van de ervaring die A. Haenebalcke op grond van zijn onwettig bevonden benoeming tot diensthoofd had opgedaan.

17. Teneinde die logica te ontlopen zegt verwerende partij te hebben gekozen voor de enige mogelijke optie: het herstel van de onwettigheid van de benoeming van A. Haenebalcke tot diensthoofd, door de procedure te hernemen vanaf het ogenblik dat deze is fout gelopen.

Wat verwerende partij evenwel gedaan heeft laat zich allesbehalve begrijpen als een consequent overdoen van de benoemingsprocedure vanaf het punt waarop ze volgens het vernietigingsarrest verkeerd is gelopen. Een dergelijk overdoen zou hebben vereist dat eerst de initiële onwettigheid in verband met de beslissing van 9 mei 2000 van de examencommissie om verzoeker niet geslaagd te verklaren wordt verholpen, om dan daarna, dit keer op een wettige grondslag, opnieuw het eindresultaat van het vergelijkend examen vast te stellen en tot een nieuwe benoeming tot diensthoofd van dienst 12 over te gaan.

In voorkomend geval zou een nieuwe benoeming van A. Haenebalcke in principe slechts voor de toekomst mogen gelden. De Raad van State ziet niet in waarom daarover anders geoordeeld moet worden dan de verwerende partij zélf deed toen zij, na de vernietiging van de bevordering van 11 mei 2005 van A. Haenebalcke tot directeur, op 20 maart 2008 besliste hem opnieuw tot directeur te bevorderen. Geoordeeld werd toen, getuige stuk 20 van het administratief dossier (p. 3 van de nota van 29 november 2007), dat de deputatie het beginsel van de niet-terugwerkende kracht van de administratieve rechtshandeling moest eerbiedigen.

Verre van de draad van de benoemingsprocedure op te pakken vanaf de vernietigde beslissing van 9 mei 2000 van de examencommissie en de procedure van daar af aan getrouw -als ware het voor het eerst- af te wikkelen, heeft verwerende partij er zich echter toe beperkt om louter en alleen te sleutelen aan de beoordeling van verzoekers examen voor het eerste gedeelte van het vergelijkend bevorderingsexamen voor diensthoofd van dienst 12.

18. Voor zoveel dat bijstelwerk -middels de eerste twee bestreden besluiten van 9, respectievelijk 14 november 2007- op zich al deugdelijk zou zijn, wat zoals hierna zal blijken niet het geval is, kan het hoe dan ook niet verantwoord worden dat zo doende de benoeming van 12 oktober 2000 retroactief van de in het vernietigingsarrest nr. 175.183 vastgestelde onwettigheid zou zijn ontheven.

Bijgevolg schenden in elk geval de vierde en de vijfde bestreden beslissing het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest nr. 175.183 waar verwerende partij daarin voor de bevordering tot directeur de voorkeur geeft aan A. Haenebalcke boven verzoeker op grond van “dezelfde” vergelijking van de titels en verdiensten als drie jaar geleden, en namelijk op basis van de ervaring en competenties die de betrokkene heeft verworven op grond van zijn benoeming van 12 oktober 2000 als diensthoofd van dienst 12 die “onverminderd rechtsgeldig” wordt verklaard “*ab initio*”. De Raad van State heeft met betrekking tot die benoeming als diensthoofd in zijn vernietigingsarrest tussen verzoeker en de verwerende partij immers vastgesteld dat ze onwettig is. In zoverre die onwettigheid door de eerste twee bestreden beslissingen ondertussen al geremedieerd zou zijn, is alleszins vast te stellen dat zulks pas vanaf november 2007 het geval is, zodat er minstens niets verandert aan de onwettigheid van de uitoefening van de benoeming in de periode vóór het zogenaamde herstel.

19. Overigens zijn de eerste twee bestreden beslissingen geenszins te beschouwen als een correct rechtsherstel ten gevolge van het vernietigingsarrest nr. 175.183 en zijn ze niet van aard de onwettigheid weg te werken -al is het maar voor de toekomst- die volgens dat arrest aan de benoeming van 12 oktober 2000 van A. Haenebalcke tot diensthoofd kleeft.

Die onwettigheid heeft betrekking op de beslissing van 9 mei 2000 van de examencommissie om verzoeker niet geslaagd te verklaren voor het eerste gedeelte van het vergelijkend bevorderingsexamen. Zoals reeds gezegd, vernietigt het arrest nr. 175.183 de beslissing van 9 mei 2000 omdat ze tekort komt “aan zowel de formele- als de materiële motiveringsplicht”.

20. Naar verwerende en tussenkomende partijen verklaren, is na de vernietiging de examencommissie weer aan het werk gezet. Deze heeft beweerdelijk de anonieme examenwerken van alle vier de kandidaten opnieuw beoordeeld en er opnieuw punten aan toegekend, materieel en formeel gemotiveerd.

De concrete gegevens van de zaak spreken die zienswijze tegen.

Stuk 6 van het administratief dossier wijst uit dat de leden van de examencommissie met een brief of nota van 19 oktober 2007 zijn uitgenodigd “voor de opmaak van de motivering van de beoordeling van de examenwerken”.

Bijgevoegd was een kopie van de examenopdracht en van de vier examenwerken, evenals “een quoteringslijst met de eerder toegekende punten”.

Blijkens stuk 9 van het administratief dossier heeft de examencommissie op 30 oktober 2007 een eerste bijeenkomst gehouden “over de opmaak van de motivering van de beoordeling van de examenwerken”.

Stuk 10 van het administratief dossier is het verslag van de vergadering van 9 november 2007 van de examencommissie. Volgens het verslag wordt tijdens de bijeenkomst “de eindredactie gedaan van de opmaak van de motivering van de beoordeling van de examenwerken”. De volledige motivering wordt “als vierde bijlage” toegevoegd aan het oorspronkelijke proces-verbaal van 9 mei 2000.

Stuk 11 van het administratief dossier betreft een nota van 12 november 2007 aan de deputatie betreffende “Arrest Raad van State [-] rechtsherstel: voorleggen van de motivering van de beoordeling bevorderingsprocedure diensthoofd dienst 12”. Aan de deputatie wordt gevraagd:

“Kan u de motivering van de beoordeling goedkeuren en ermee akkoord gaan deze integraal toe te voegen als bijlage aan het oorsp[r]onkelijk proces-verbaal? Kan u akkoord gaan met de kennisgeving van de motivering aan de kandidaten?”

Blijkens het stempel op de nota, is het antwoord twee keer bevestigend.

Stukken 12 van het administratief dossier zijn de brieven van 23 november 2007 van verwerende partij aan de vier kandidaten van destijds. In de brieven luidt het dat de examencommissie “de opdracht [kreeg] een motivering op te stellen van haar beoordeling en dit voor alle kandidaten” en dat in bijlage een exemplaar van de materiële en formele motivering wordt bezorgd: “Dit is een bijkomende verwoording die het mogelijk maakt een inzicht te krijgen in de motieven die leidden tot de in cijfer uitgedrukte waardering”.

Wat, samengevat, verwerende partij van de juryleden heeft gevraagd en wat die juryleden feitelijk hebben gedaan, is niets anders dan de oorspronkelijke “in cijfer uitgedrukte waardering” alsnog inzichtelijk maken middels een “bijkomende verwoording”.

Vanzelfsprekend is het in dit licht niet verwonderlijk dat de geëxamineerden exact dezelfde punten als in 2000 kregen, namelijk 44,5 - 30 - 40,5 - 37,5. Anders echter dan verwerende partij beweert, wijst dit geenszins “op de ernst en de objectiviteit waarmee de eerste verbetering heeft plaats gehad”. De uitleg voor de merkwaardige coïncidentie is naar het oordeel van de Raad van State veel prozaïscher: de jury is gewoon uitgegaan van het cijfer dat de betrokkenen werd toegekend in het initiële proces-verbaal van mei 2000 - proces-verbaal dat onverkort gehandhaafd wordt en waaraan de opgestelde motivering of “bijkomende verwoording” werd toegevoegd als vierde bijlage.

21. Anders dan verwerende partij beweert, is dus niet tot een integrale nieuwe beoordeling van de door de kandidaten afgelegde schriftelijke proef overgegaan. De jury heeft alleen voorzien in een *a posteriori* verantwoording van het cijfer dat zij in 2000 aan de kandidaten gaf.

Door zo te handelen schendt de examencommissie het gezag van gewijsde van het arrest nr. 175.183. Genoemd arrest heeft de beslissing van 9 mei 2000 om verzoeker niet-geslaagd te verklaren niet slechts gedeeltelijk -wat de motivering aangaat- vernietigd, maar geheel en al, inbegrepen wat het hem toegekende cijfer van 30 op 60 punten betreft. Verwerende partij mocht dan ook niet handelen alsof dat cijfer overeind is gebleven.

Op haar beurt schendt ook de deputatie het gezag van gewijsde door de beslissing van de examencommissie op 14 november 2007 goed te keuren.

22. Het rechtsherstel waartoe verwerende partij naar aanleiding van het vernietigingsarrest nr. 175.183 van 28 september 2007 met de eerste twee bestreden beslissingen beweert te zijn overgegaan, is die naam niet waard. De eerste twee bestreden beslissingen zijn geenszins van aard de benoeming van 12 oktober 2000 van A. Haenebalcke tot diensthoofd van dienst 12 te zuiveren van haar onwettigheid, niet voor de toekomst en nog minder voor het verleden.

Het in het auditorsverslag besproken en zo nodig ambtshalve op te werpen middel van de schending van het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest nr. 175.183 is gegrond. Het verantwoordt de vernietiging van het eerste, tweede, vierde en vijfde bestreden besluit.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt :

- de beslissing van 9 november 2007 van de examencommissie van de provincie Oost-Vlaanderen tot vaststelling van de motivering van het niet-geslaagd zijn van José Foncke voor het eerste gedeelte van het vergelijkend bevorderingsexamen voor diensthoofd van dienst 12,
- de beslissing van 14 november 2007 van de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen tot goedkeuring van de voormelde motiveringsbeslissing van de examencommissie,
- de beslissing van 20 maart 2008 van dezelfde deputatie tot bevordering van Adelbrecht Haenebalcke tot directeur van de eerste directie,
- de uit die bevordering van 20 maart 2008 blijkende weigering om José Foncke tot directeur van de eerste directie te benoemen.

2. De afstand van het geding wordt vastgesteld wat het beroep betreft tegen een uit de beslissing van 14 november 2007 van de deputatie afgeleide “aanstelling tot diensthoofd” van Adelbrecht Haenebalcke.

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

4. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van
4 februari 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest