RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE IXe KAMER

A R R E S T

nr. 207.911 van 5 oktober 2010
in de zaak A. 196.667/IX-6828

In zake : Catharina GEERNAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kaat Leus en Wendy Depester
kantoor houdend te Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de Minister van Landsverdediging

Tussenkomende partij :

Ludwig VAN DER VEKEN
wonende te Aalst
Hof Leeuwergem 13

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 juni 2010, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van het koninklijk besluit nr. 8044 van 22 april 2010 houdende de bevordering van Ludwig Van der Veken, met ingang van 5 september 2005, door verhoging in graad, tot de graad van secretaris-generaal van het Ministerie van Landsverdediging (rang 17).

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend.

Adjunct-auditeur Melissa Celis heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 september 2010.

Staatsraad Daniël Moons heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kaat Leus, die verschijnt voor de verzoekster, en kolonel- militair administrateur Rob Gerits, die verschijnt voor de verwerende partij, en de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Melissa Celis, gemachtigd om ter terechtzitting advies te verlenen, 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

3.1. In het Belgisch Staatsblad van 3 november 2004 wordt de vacante betrekking van secretaris-generaal bij het Ministerie van Landsverdediging (rang 17) bekendgemaakt.

De oproep tot de kandidaten vermeldt de volgende gewenste kwaliteiten:
- uitstekende kwaliteiten op het vlak van management, motivatie en organisatie;
- een grote beschikbaarheid en een groot aanpassingsvermogen;
- een goed inzicht hebben in de organisatie en in de werking van Landsverdediging.

3.2. De verzoekster en Ludwig Van der Veken (de tussenkomende partij) stellen als enigen hun kandidatuur.

3.3. Na een vergelijking van de titels en verdiensten van beide kandidaten stelt de toenmalige Minister van Landsverdediging in een nota aan de Ministerraad voor om de verzoekster te benoemen tot secretaris-generaal van het Ministerie van Landsverdediging.

3.4. Op 20 juli 2005 verklaart de Ministerraad zich akkoord met dit voorstel.

3.5. Bij koninklijk besluit nummer 5609 van 10 augustus 2005 wordt de verzoekster benoemd tot secretaris-generaal van het Ministerie van Landsverdediging.

3.6. De tussenkomende partij vordert met zijn verzoekschrift van 28 september 2005 de schorsing van de tenuitvoerlegging van voornoemd koninklijk besluit van 10 augustus 2005. Met een tweede verzoekschrift van dezelfde datum vordert hij de nietigverklaring van dit koninklijk besluit.

Met het arrest nummer 154.046 van 23 januari 2006 wordt zijn vordering tot schorsing verworpen wegens gebrek aan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel.

Met het arrest nummer 197.845 van 16 november 2009 vernietigt de Raad van State dit koninklijk besluit van 10 augustus 2005 houdende benoeming van de verzoekster tot secretaris-generaal van het Ministerie van Landsverdediging. In dit arrest wordt meer bepaald vastgesteld dat het motief dat de verzoeker (in voorliggende procedure: de tussenkomende partij) enkel functies heeft uitgeoefend die voornamelijk van juridische aard waren, feitelijke grondslag mist.

3.7. Op 2 december 2009 deelt de chef Defensie, Vleugeladjudant van de Koning, aan de verzoekster mee dat zij ten gevolge van het arrest van 16 november 2009 vanaf 26 november 2009 ontheven wordt van haar functie van secretaris-generaal van het Ministerie van Landsverdediging.

3.8. Met een nota van 7 december 2009 brengt de chef Defensie de problematiek van de vervanging van de secretaris-generaal aan bij de Minister van Landsverdediging en vraagt hem te antwoorden op de fundamentele vraag of de bevorderingsprocedure van een nieuwe secretaris-generaal moet worden voortgezet.

3.9. Op 22 december 2009 deelt de verzoekster middels een schrijven van haar raadsvrouw aan de Minister van Landsverdediging mee dat zij haar kandidaatstelling voor de bevordering tot secretaris-generaal nooit heeft teruggetrokken en bevestigt zij ondubbelzinnig haar kandidaatstelling.

Met een brief van 22 januari 2010 antwoordt de Minister van Landsverdediging de bevestiging van de kandidatuur van de verzoekster te hebben genoteerd en haar raadsvrouw verder op de hoogte te zullen houden van het gevolg dat zal worden verleend aan het arrest.

3.10. Op 8 maart 2010 antwoordt de Minister van Landsverdediging op de vraag die hem was gesteld in de nota van 7 december 2009. Hij beslist de bevorderingsprocedure voort te zetten. Daartoe verzoekt hij de directeur-generaal van de Algemene Directie Juridische Steun en Bemiddeling (DG JM) om een vergelijking van de titels en verdiensten van de twee kandidaten op te stellen, rekening houdend met het arrest van de Raad van State. Tevens vraagt hij om advies omtrent de datum van de nieuwe benoeming.

3.11. De adviseur-generaal van de Algemene Directie Juridische Steun en Bemiddeling, gaat vervolgens over tot een uitgebreide vergelijking van de titels en verdiensten van de twee kandidaten voor de vacante betrekking van secretaris-generaal.

Op 26 maart 2010 stelt de adviseur-generaal voor om Ludwig Van der Veken te benoemen tot secretaris-generaal. Na een objectieve vergelijking van de titels en verdiensten van de twee kandidaten op basis van de criteria die destijds gepubliceerd werden in het Belgisch Staatsblad, blijkt immers dat de voorkeur in alle redelijkheid aan deze kandidaat moet worden gegeven, daar hij beter scoort voor twee van de drie criteria. De vergelijking gebeurt op basis van het dossier zoals dat in 2004 voorlag. Er werd geen rekening gehouden met nieuw opgedane ervaringen.

Voorts stelt de adviseur-generaal voor om aan de benoeming terugwerkende kracht te verlenen, omdat de burgerlijke aansprakelijkheid van de Staat anders in het gedrang kan komen.

Op 6 april 2010 stelt de chef Defensie dat dit dossier dient overgemaakt te worden aan de minister zonder zijn advies, daar hij niet bevoegd is voor deze materie. Op 7 april 2010 wordt het dossier dan effectief overgemaakt.

3.12. Met het koninklijk besluit nummer 8044 van 22 april 2010 wordt Ludwig Van der Veken op 5 september 2005 door verhoging in graad, bevorderd tot

de graad van secretaris-generaal (rang 17). Het betreft het thans bestreden besluit waarvan de motivering luidt als volgt:

"Gelet op artikel 107, tweede lid van de Grondwet;

Gelet op het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van de Rijksambtenaren;

Gelet op het koninklijk besluit van 7 augustus 1939 dat de evaluatie en de loopbaan van de Rijksambtenaren organiseert;

Gelet op het arrest nr. 197.845 van 16 november 2009 van de Raad van State waarbij het koninklijk besluit van 10 augustus 2005 houdende benoeming van Catharina GEERNAERT tot de post van secretaris-generaal van het ministerie van Landsverdediging werd vernietigd op grond van een schending van de materiële motiveringsverplichting, doordat in het benoemingsbesluit onterecht was gesteld dat de door Ludwig VAN DER VEKEN -de enige tegenkandidaat- uitgeoefende functies voornamelijk van juridische aard zijn (overweging 4.3.3.);

Overwegende dat de opengestelde betrekking opnieuw vacant is na het vernietigingsarrest van de Raad van State;

Overwegende dat in het Belgisch Staatsblad van 3 november 2004 met betrekking tot de oproep tot de kandidaten voor de vacante betrekking van secretaris-generaal bij het ministerie van Landsverdediging werd gesteld dat de kandidaten dienen te beschikken over de volgende kwaliteiten:
'- uitstekende kwaliteiten op het vlak van management, motivatie en organisatie;
- een grote beschikbaarheid en een groot aanpassingsvermogen;
- een goed inzicht in de organisatie en in de werking van Landsverdediging'.

Overwegende dat twee kandidaturen werden ingediend, namelijk die van Catharina GEERNAERT op 16 november 2004 en die van Ludwig VAN DER VEKEN op 17 november 2004;

Overwegende dat, op grond van het destijds voorliggende dossier, opnieuw een vergelijking moet worden gemaakt van de titels en de verdiensten van de twee kandidaten in het licht van de in de voornoemde bekendmaking vooropgestelde kwaliteiten, dus zonder dat rekening mag gehouden worden met de achteraf opgedane ervaringen;

Overwegende dat bij ontstentenis van de vermelding van enig gewicht bij de bekendmaking op 3 november 2004 van de beoordelingscriteria, er kan van uitgegaan worden dat de drie criteria hetzelfde gewicht hebben, t.t.z. 1/3 van het totaal;

Overwegende dat de volgende techniek zal gehanteerd worden bij de vergelijking: de kandidaat die voor een criterium beter beoordeeld wordt dan de andere kandidaat, krijgt de maximumscore (1/3) toebedeeld; de kandidaat die minder beoordeeld wordt voor een criterium krijgt een nulscore; bij een gelijkwaardigheid van de kandidaten, bekomen de kandidaten beide de maximumscore (1/3) voor het criterium;

Overwegende dat in het vernietigde benoemingsbesluit al was vastgesteld dat het om twee kandidaturen van hoge kwaliteit gaat en dat het onbetwistbaar is dat beide kandidaten geschikt zouden zijn om de vacante functie uit te oefenen; dat er geen enkele reden voorhanden is om tot een ander oordeel te komen;

Overwegende dat wat het eerste criterium ('uitstekende kwaliteiten op het vlak van management, motivatie en organisatie') betreft, in het vernietigde benoemingsbesluit gesteld was dat beide kandidaten zich kunnen beroepen op uitstekende kwaliteiten, maar dat op grond van de manier van de kandidatuurstelling, een lichte voorsprong moet toegekend worden aan Catharina GEERNAERT op het vlak van de 'motivatie'; dat immers gesteld was dat deze kandidate 'zich beijverd heeft om de redenen waarom zij meent te beantwoorden aan het profiel van de functie op uitvoerige wijze te doen uitkomen'; dat de destijds verstrekte uitleg echter niet concreet en toetsbaar was en bijgevolg overkomt als een loutere stijlformule;

Overwegende dat wat het eerste criterium betreft, Catharina GEERNAERT er in haar kandidatuurstelling -met bijkomende uitleg- op wijst dat zij tijdens haar loopbaan 'driemaal geconfronteerd [werd] met een situatie waarin een nieuwe overheidsdienst moest opgestart worden en waarbij niet alleen een extra inspanning werd verwacht van de verantwoordelijken om deze start succesvol te realiseren, maar ook om het verdere beheer en de werking van de dienst te verzekeren'; dat Ludwig VAN DER VEKEN, net zoals Catharina GEERNAERT, geconfronteerd is geweest met een herstructureringsproces; gedurende bijna twee jaar was hij immers belast met een taak van syntheseofficier wat het grootschalige herstructureringsproces van de Krijgsmacht betreft (zie ook overweging 4.1. van het arrest van de Raad van State); dat Ludwig VAN DER VEKEN, net zoals Catharina GEERNAERT, bovendien instond voor het succesvol opstarten en het verdere beheer en de werking van een nieuwe dienst, namelijk de Algemene Directie Juridische Steun en Bemiddeling vanaf 1 januari 2002 (zie ook overweging 4.1. van het arrest van de Raad van State); dat rekening houdend met deze gegevens, de beide kandidaten redelijkerwijze als gelijkwaardig kunnen bestempeld worden; dat Ludwig VAN DER VEKEN in zijn kandidatuurstelling evenwel het volgende stelt: 'In de uitoefening van mijn functies staat motivatie voorop, tevens als het managen en organiseren van mijn diensten. In bijlagen vindt u twee jaarverslagen (2002 en 2003) van DGJM waarmee ik wil aantonen dat ik duidelijke doelen voorop stel voor de Algemene Directie waarover ik de leiding heb, dat ik deze op een duidelijke manier overbreng naar mijn medewerkers, de Minister van Landsverdediging, de CHOD en derden-belanghebbenden. Bovendien tonen deze jaarverslagen aan dat ik mij niet enkel en alleen inspan om de kwaliteit van het geleverde werk zo hoog mogelijk te houden maar ook inspanningen lever voor een goede organisatie van de dienst en voor de motivatie van het personeel'; dat dit concreet en toetsbaar gegeven hem een voorsprong oplevert op het vlak van het eerste criterium; dat hij voor het eerste criterium bijgevolg 1/3 scoort en Catharina GEERNAERT 0/3;

Overwegende dat wat het tweede criterium ('een grote beschikbaarheid en een groot aanpassingsvermogen') betreft, in het vernietigde benoemingsbesluit gesteld was dat beide kandidaten deze kwaliteiten bezitten, maar dat de 'veelzijdige ervaring in het openbaar ambt in de ruime zin [van Catharina GEERNAERT] getuigt van een aanzienlijk groter aanpassingsvermogen' dan dat van Ludwig VAN DER VEKEN en dat 'Mevrouw GEERNAERT (zich) harerzijds kan voorstaan op een beschikbaarheid en een aanpassingsvermogen waarvan het uitzonderlijk karakter wordt bevestigd door het geheel van haar

carrière; dat zij zich minder heeft opgesloten in het juridische domein en veel meer gevarieerde functies heeft uitgeoefend waarbij zij blijk gegeven heeft van een bijzondere veelzijdigheid';

Overwegende dat uit het loutere feit van de veelzijdige ervaring in het openbaar ambt niet als dusdanig kan worden afgeleid dat Catharina GEERNAERT over een 'aanzienlijk groter aanpassingsvermogen' beschikt dan Ludwig VAN DER VEKEN en over een 'beschikbaarheid en een aanpassingsvermogen [met een] uitzonderlijk karakter'; dat de overwegingen van het vernietigde benoemingsbesluit niet concreet en toetsbaar waren en bijgevolg overkomen als loutere stijlformules; dat de vaststelling van het vernietigde besluit dat Catharina GEERNAERT 'zich minder heeft opgesloten in het juridische domein' trouwens op losse schroeven is komen te staan nu uit het vernietigingsarrest van de Raad van State blijkt dat in het benoemingsbesluit onterecht was gesteld dat de door Ludwig VAN DER VEKEN uitgeoefende functies voornamelijk van juridische aard zijn (overweging 4.3.3.); dat ook deze kandidaat trouwens onmiskenbaar beschikt over een "veelzijdige ervaring' die hij heeft kunnen opdoen in de diverse functies (vermeld in de overwegingen 4.2. en 4.3.2.2. van het arrest van de Raad van State) die hij bekleed heeft binnen het Ministerie van Landsverdediging;

Overwegende dat in het vernietigde benoemingsbesluit ook werd gewezen op de ruimere professionele ervaring van bijna dertig jaren van Catharina GEERNAERT; dat echter niet onmiddellijk valt in te zien wat de relevantie is van dit eerder kwantitatieve feitelijke gegeven bij de beoordeling van de 'beschikbaarheid' of het 'aanpassingsvermogen' van de kandidaten; dat ook Ludwig VAN DER VEKEN overigens beschikt over een ruime beroepservaring van meer dan 19 jaar (1986-2005) (binnen het Ministerie van Landsverdediging); dat het verschil in jaren professionele ervaring niet als dermate groot kan worden bestempeld dat een doorslaggevende voorsprong kan worden toegekend aan Catharina GEERNAERT wat 'beschikbaarheid' of 'aanpassingsvermogen' betreft; in ondergeschikte orde, dat de duurtijd van de professionele ervaring niet als een autonoom criterium is vermeld in de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad van de vacante betrekking;

Overwegende dat Catharina GEERNAERT er in haar kandidatuurstelling op wijst dat zij altijd 'zeer beschikbaar was ten opzichte van wat [haar] taak van '[haar] vereiste' en dat zij met bijna 10 jaar ervaring op een ministerieel kabinet getoond heeft te beschikken over een 'zeer grote disponibiliteit'; dat ook Ludwig VAN DER VEKEN in zijn kandidatuurstelling aangeeft blijk te geven van 'een zeer grote beschikbaarheid (...) in de leiding van DGJM'; dat hij bovendien ook jarenlang (van 23 maart 1992 tot 13 juli 1999) werkzaam geweest is op een ministerieel kabinet (namelijk dat van het Ministerie van Landsverdediging);

Overwegende dat Catharina GEERNAERT er in haar kandidatuurstelling op wijst dat haar aanpassingsvermogen blijkt uit het feit dat zij 'in meerdere grote departementen en kabinetten gewerkt [heeft] in heel verschillende omstandigheden; dat Ludwig VAN DER VEKEN in zijn kandidatuurstelling stelt dat hij blijk geeft van 'een zeer [groot] aanpassingsvermogen (...) in de leiding van DGJM'; dat ook hij, in verschillende omstandigheden talrijke functies heeft uitgeoefend en er trouwens bevorderd is tot directeur-generaal, wat enkel maar kan wijzen op zijn groot aanpassingsvermogen;

Overwegende dat er bijgevolg redelijkerwijze geen onderscheid kan worden gemaakt tussen de kandidaten op het vlak van het tweede criterium; dat de beide kandidaten bijgevolg 1/3 scoren.

Overwegende dat wat het derde criterium ('een goed inzicht in de organisatie en in de werking van Landsverdediging') betreft, in het vernietigde benoemingsbesluit was gesteld: 'Overwegende tenslotte dat beide kandidaten een goede kennis hebben van de organisatie en de werking van Landsverdediging maar dat deze diepgaander is in hoofde van de Heer VAN DER VEKEN die er zijn loopbaan grotendeels heeft doorgebracht; Dat het enige criterium dat het mogelijk zou maken een voordeel toe te kennen aan de Heer VAN DER VEKEN dus betrekking heeft op deze goede kennis; Dat deze echter niet uitzonderlijk is aangezien belanghebbende in de loop van zijn carrière enkel functies heeft uitgeoefend die voornamelijk van juridische aard waren';

Overwegende dat, net zoals in het vernietigde benoemingsbesluit, moet vastgesteld worden dat Ludwig VAN DER VEKEN een diepgaandere kennis heeft van 'de organisatie en de werking van landsverdediging' omdat hij meer jaren dienst heeft binnen het ministerie van Landsverdediging; dat hij er op het ogenblik van de kandidatuurstelling immers 18 jaren dienst had (1 januari 1986 tot 2004), tegen 13 jaren (1 juni 1979 tot 31 maart 1987 en 14 juli 1999 tot 2004) op het ogenblik van haar kandidatuurstelling voor Catharina GEERNAERT; dat de relativerende bemerking van het vernietigde benoemingsbesluit dat de kennis van Ludwig VAN DER VEKEN niet uitzonderlijk is omdat hij er enkel functies heeft uitgeoefend die voornamelijk van juridische aard waren, feitelijke grondwalg mist (overweging 4.3.3. van het arrest van de Raad van State); dat hij binnen het Ministerie van Landsverdediging immers ook de volgende meer managementsgerichte taken heeft uitgevoerd (overwegingen 4.3.2.1. en 4.3.2.2. van het arrest):

- adjunct-kabinetschef bij het kabinet van de minister van Landsverdediging;
- syntheseofficier van het herstructureringsproces van de Krijgsmacht;
- directeur-generaal van de Algemene Directie Juridische Steun en Bemiddeling;
- lid van de Hoge Raad van Defensie;
- lid van het directiecomité dat advies verleent aan de chef defensie.

Overwegende dat Ludwig VAN DER VEKEN naast de hierboven geciteerde functies eerder nog onder meer de volgende belangrijke functies heeft bekleed binnen het ministerie van Landsverdediging (overwegingen 4.2. van het arrest van de Raad van State):

- opvolging en coördinatie van de rechtsgeschillen van Landsverdediging met de advocaten van het departement in het kader van de directie Geschillen;
- vertegenwoordiging van het departement voor de Raad van State met betrekking tot geschillen inzake overheidsopdrachten en klachten inzake personeelszaken;
- vertegenwoordiging van het departement voor het Hoog Comité van Toezicht in de adviesprocedures inzake overheidsopdrachten;
- verlenen, in het kader van de directie Rechtskundige Studies, van juridische adviezen aan de minister en aan de militaire instanties en betreffende ontwerpen van wetteksten;
- vertegenwoordiging van de directie Internationale Zaken op internationale fora om 'memorandums of understanding' te onderhandelen en adviezen te verlenen bij verdragsteksten;
- doceren van de cursussen Administratief Recht en Grondwettelijk Recht als burgerprofessor aan de School der Militaire Administrateurs.

Overwegende dat Ludwig VAN DER VEKEN ook nog voorzitter ad interim is geweest van de Directieraad van het burgerpersoneel van april 2004 tot op de dag van de benoeming van Catharina GEERNAERT op 5 september 2005;

Overwegende dat Catharina GEERNAERT ook kennis heeft kunnen opdoen wat 'de organisatie en de werking van landsverdediging' betreft; dat zij er van 1 juni 1979 tot 1 januari 1985 immers gefunctioneerd heeft als vertaler op de Algemene Aankoopdienst, van 1 januari 1985 tot 31 maart 1987 als bestuurssecretaris op de Algemene Aankoopdienst, van 14 juli 1999 tot 30 oktober 2002 als adjunct-kabinetschef met als hoofdtaak de opvolging van het aankoopbeleid en de grote investeringsprogramma's, van 1 november 2002 tot 11 juli 2003 als kabinetschef en van 12 juli 2003 tot in 2005 als directeur van het secretariaat bij het kabinet van de Minister van Landsverdediging; dat Ludwig VAN DER VEKEN een langere ervaring heeft binnen het ministerie van Landsverdediging (ononderbroken vanaf 1986) en er een veelheid aan functies heeft uitgeoefend; dat Catharina GEERNAERT bovendien in het begin van haar loopbaan bij het Ministerie van Landsverdediging enkel ervaring opgedaan heeft in het niveau 2 (vertaler); dat Ludwig VAN DER VEKEN altijd een functie van niveau 1 heeft uitgeoefend;

Dat bijgevolg Ludwig VAN DER VEKEN in alle redelijkheid beter scoort dan Catharina GEERNAERT voor het derde criterium; dat Ludwig VAN DER VEKEN voor het derde criterium bijgevolg 1/3 scoort en Catharina GEERNAERT 0/3;

Overwegende dat Ludwig VAN DER VEKEN, met een totaalscore van 3/3 aldus naar voor komt als de beste kandidaat; dat Catharina GEERNAERT immers 1/3 scoort;

Overwegende, in ondergeschikte orde, dat indien zou geoordeeld worden dat de beide kandidaten gelijkwaardig zouden zijn wat de drie criteria betreft (quod non est), en dat er bijgevolg geen verschil zou kunnen worden gemaakt tussen de kandidaten op basis van de criteria die vermeld zijn in de bekendgemaakte vacature (quod non est), gelet op het feit dat het gaat om een benoeming binnen het Ministerie van Landsverdediging, in alle redelijkheid de voorkeur kan gegeven worden aan de kandidaat met de langste en meest gediversifieerde beroepservaring binnen dit ministerie in hoge betrekkingen, dus aan Ludwig VAN DER VEKEN, die er immers ervaring heeft kunnen opdoen in de betrekkingen van adviseur juridische zaken en overheidsopdrachten bij het kabinet van de Minister van Landsverdediging (van 23 maart 1992 tot 31 maart 1997), van adjunct-kabinetschef van de Minister van Landsverdediging (tussen 1 april 1997 en 13 juli 1999), van adviseur-generaal en directeur-generaal bij het Burgerlijk Algemeen Bestuur (tussen 13 juli 1999 en 1 januari 2002), van directeur-generaal van de Algemene Directie Juridische Steun en Bemiddeling (tussen 1 januari 2002 tot 5 september 2005) en van voorzitter ad interim van de Directieraad van het burgerpersoneel tussen april 2004 en 5 september 2005; dat Catharina GEERNAERT daarentegen adjunct-kabinetchef, kabinetschef en directeur van het secretariaat van de Minister van Landsverdediging geweest is (tussen 14 juli 1999 en 2005); dat indien er van uit gegaan moet worden dat de hierboven vermelde ervaring van Catharina GEERNAERT gelijkwaardig is aan deze van Ludwig VAN DER VEKEN (quod non est), in alle redelijkheid de voorkeur kan gegeven worden aan de kandidaat met de langste beroepservaring in het niveau 1 binnen het Ministerie van Landsverdediging, dus aan Ludwig VAN DER VEKEN;

Overwegende dat na vergelijking van de titels en verdiensten van de twee kandidaten bijgevolg blijkt dat Ludwig VAN DER VEKEN het meest geschikt is om de betrekking van secretaris-generaal bij het Ministerie van Landsverdediging te bekleden;

Overwegende dat het gepast is om aan de benoeming terugwerkende kracht te geven tot op datum van de inwerkingtreding van het initiële benoemingsbesluit, omdat het vernietigingsarrest van de Raad van State vaststelt dat de overheid een fout heeft gemaakt die haar aansprakelijkheid in het gedrang kan brengen".

3.13. Dit besluit wordt op 4 mei 2010 bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt. Het wordt aan de verzoekster ter kennis gebracht met een aangetekend schrijven van 4 mei 2010. Met een brief van 6 mei 2010 wordt een kopie van deze notificatie overgemaakt aan de raadsvrouw van de verzoekster.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering tot schorsing

Standpunt van de partijen

4. De verzoekster stelt over het rechtens vereiste belang te beschikken. Zij was immers eveneens kandidaat voor de functie van secretaris-generaal bij het Ministerie van Landsverdediging en werd na afloop van de initiële bevorderingsprocedure zelfs bevorderd in deze functie - bevordering die weliswaar door de Raad van State is vernietigd door het arrest nummer 197.845 van 16 november 2009. Ten gevolge van dit arrest diende de benoemende overheid haar beoordeling over te doen met inachtneming van de juiste feitelijke gegevens. Na een vergelijking van de titels en verdiensten diende zij vervolgens te oordelen welke van beide kandidaten het meest geschikt is.

Welnu, het is volgens de verzoekster niet uitgesloten dat na herbeoordeling van beide kandidaten in het licht van de in de oproep gestelde vereisten, de keuze van de overheid opnieuw zou vallen op de verzoekster, die ook na de vernietiging van haar bevordering uitdrukkelijk haar belangstelling voor de betrokken functie heeft doen blijken. Zij heeft de verwerende partij er middels een schrijven van 22 december 2009 namelijk op gewezen dat zij haar kandidaatstelling niet had teruggetrokken en nog steeds kandidaat was voor de betrokken functie.

5. De verwerende partij voert aan dat de verzoekster de in het bestreden besluit vermelde motieven niet aan enige kritiek onderwerpt. In het

verzoekschrift wordt de vergelijking van de titels en de verdiensten van de kandidaten niet bekritiseerd. De verwerende partij leidt hieruit af dat de verzoekster instemt met de motieven van het bestreden besluit en erkent dat de benoeming diende toe te komen aan de tussenkomende partij. Dit betekent dan ook, volgens de verwerende partij, dat de overheid niet een nieuwe vergelijking van de titels en verdiensten van beide kandidaten moet doorvoeren na een eventuele vernietiging op basis van één van de door de verzoekster in haar verzoekschrift aangehaalde argumenten. De kandidaat met duidelijk de meeste aanspraken werd immers benoemd en de vergelijking gebeurde op een zeer minutieuze wijze en mondde uit in een zeer omstandige, adequate en zelfs voor de verzoekster aanvaarbare motivering. De verwerende partij stelt dan ook de vraag naar het belang van de verzoekster bij haar beroep.

6. Met de verwerende partij stelt de tussenkomende partij vast dat de verzoekster geen middel inroept met betrekking tot de beoordeling van de titels en verdiensten van beide kandidaten. Hij leidt hieruit af dat de verzoekster de omschrijving en het gebruik van de feiten door de overheid niet betwist. De verzoekster heeft aldus geen belang, aangezien de overheid genoopt zal zijn om dezelfde omschrijving en hetzelfde gebruik van de feiten aan te houden bij het nemen van een nieuw besluit na een eventuele vernietiging door de Raad van State op grond van een door de verzoekster aangehaald middel.

Beoordeling

7. Er dient slechts uitspraak te worden gedaan over de door verwerende en de tussenkomende partij opgeworpen exceptie wanneer zou blijken dat aan de grondvoorwaarden van de schorsing is voldaan, wat - zoals hierna wordt uiteengezet- niet het geval is.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

Tussenkomst

Met een op 25 juni 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt Ludwig Van Der Veken om in het geding te mogen tussenkomen.

Er is grond om dat verzoek in te willigen, wat betreft het administratief kort geding.

VI. Onderzoek van de vordering

8. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel

Standpunt van de partijen

Wat de tweede schorsingsvoorwaarde betreft doet de verzoekster in essentie gelden wat volgt:

9. Het mislopen van een bevordering in het openbaar ambt wordt niet steeds aanvaard als zijnde een moeilijk te herstellen ernstig nadeel. Het bestaan van een dergelijk moeilijk te herstellen ernstig nadeel wordt echter wel aanvaard in een aantal specifieke gevallen en/of omstandigheden. Zo zal er sprake kunnen zijn van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel rekening houdende met de feitelijke gegevens van de zaak zoals onder meer (1) de leeftijd van de verzoekster, (2) de afwezigheid van andere bevorderingsmogelijkheden in hoofde van de verzoekster, of nog, (3) negatieve beoordelingen aangaande de wijze van functioneren van de verzoekster.

10. In voorliggend geval, bestaan er wel degelijk specifieke omstandigheden die rechtvaardigen waarom de verzoekster een moeilijk te herstellen ernstig nadeel ondervindt door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

11. De verzoekster leidt het bestaan van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel in hoofdorde af uit het volgens haar ernstig te bevinden vierde middel, gesteund op machtsafwending.

Dit middel steunt volgens de verzoekster op de volgende elementen:

- Het bestreden besluit werd abrupt en in extremis genomen, zodat een eventuele opvolger van de huidige (ontslagnemende) Minister van Landsverdediging en een nieuwe samengestelde federale regering voor een voldongen feit worden geplaatst, wat de invulling van de allerlaatste functie van secretaris-generaal bij het Ministerie van Landsverdediging betreft.

- Het bestreden besluit verhindert dat de nieuwe samengestelde regering nog een andere kandidaat dan de tussenkomende partij in de betrokken functie zal kunnen aanstellen.

- De verzoekster omschrijft vervolgens wat het begrip "machtsafwending" inhoudt en past dit toe op de voorliggende zaak.

De verwerende partij antwoordt in essentie wat volgt:

- Het bestreden besluit werd op 21 april 2010, derhalve vóór de politieke problemen van 22 april 2010, door de chef van het Administratief en Technisch Secretariaat van de verwerende partij naar het Militair Huis van de Koning verstuurd.

- Vervolgens geeft de verwerende partij de elementen weer die aantonen dat het bestreden besluit niet in extremis werd genomen.

12. In ondergeschikte orde, mocht de Raad van State het middel gesteund op de machtsafwending niet ernstig bevinden, voert de verzoekster de volgende elementen aan om het moeilijk te herstellen ernstig nadeel aan te tonen:

- De verzoekster is 58 jaar, de annulatieprocedure neemt meerdere jaren in beslag, zodat de kans bestaat dat wanneer het vernietigingsarrest wordt uitgesproken, de verzoekster met pensioen is.

- De Copernicushervorming zal meebrengen dat de functie van secretaris-generaal zal verdwijnen en dat de verwerende partij zal worden omgevormd tot een federale overheidsdienst, zodat geen nieuwe selectieprocedure voor de functie van secretaris-generaal bij het Ministerie van Landsverdediging kan worden opgestart. Bijgevolg verliest de verzoekster, bij verwerping van de vordering tot

schorsing, elke mogelijke kans om ooit nog in een dergelijke functie te worden bevorderd.

De verwerende partij betwist in haar nota de elementen van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel die de verzoekster in ondergeschikte orde ontwikkelt.

13. Het argument dat de verzoekster in hoofdorde ontwikkelt door het bestaan van de machtsafwending te koppelen aan het voorhanden zijn van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel, kan niet worden aangenomen, omdat de verzoekster op het eerste gezicht niet bewijst dat de verwerende partij de bevoegdheid die haar door de wet is verleend met het oog op het bereiken van een bepaald oogmerk van algemeen belang, gebruikt om een ander doel na te streven, waarbij dit ongeoorloofde oogmerk het enige doel is van de betrokken bestuurshandeling. De verzoekster toont op het eerste gezicht niet aan dat het uitsluitend nastreven van het ongeoorloofde oogmerk wordt aangetoond door voldoende ernstige, welbepaalde en overeenstemmende vermoedens.

14. Met de verwerende partij en de tussenkomende partij wordt vastgesteld dat dit benoemingsbesluit werd genomen ten gevolge van de vernietiging door de Raad van State van het eerder benoemingsbesluit van 10 augustus 2005, dat de verzoekster had bevorderd tot secretaris-generaal en op basis van een nieuwe vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten, die op vraag van de Minister van Landsverdediging en ten gevolge van het vernietigingsarrest is doorgevoerd door de Algemene Directie Juridische Steun en Bemiddeling. Bijgevolg lijkt de verwerende partij met het nemen van het thans bestreden besluit de bedoeling te hebben gehad tegemoet te komen aan dit vernietigingsarrest en de daarin vastgestelde onwettigheid weg te werken. Er kan aldus bezwaarlijk, op het eerste gezicht, worden aangevoerd dat het enige doel van het bestreden besluit het nastreven van een ongeoorloofd oogmerk was, dat er volgens de verzoekster in zou bestaan te verhinderen dat de opvolger van de huidige Minister van Landsverdediging en de nieuw samengestelde federale regering nog een andere kandidaat dan de tussenkomende partij zou kunnen benoemen in de functie van secretaris-generaal.

Bijgevolg is het vierde middel in zoverre machtsafwending wordt aangevoerd niet ernstig en kan het in hoofdorde aangevoerde argument om het

bestaan van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel aan te tonen, op het eerste gezicht niet worden aangenomen.

15. Noch de leeftijd van de verzoekster (zij is op dit ogenblik 58 jaar), noch de duur van de annulatieprocedure, noch de aard van de te begeven functie zijn argumenten die de verzoekster in ondergeschikte orde kan aanvoeren om het bestaan van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel aan te tonen, vermits de verzoekster nog perfect kan kandideren voor de functie van secretaris-generaal of voor een managementfunctie van hetzelfde niveau. De verzoekster voert niet aan dat zij weldra met pensioen zal gaan en de normale pensioenleeftijd is 65 jaar, wat haar toelaat haar professionele loopbaan nog verder uit te bouwen. Op dit ogenblik staat niet vast dat de functie van secretaris-generaal bij het Ministerie van Landsverdediging zal worden afgeschaft. Zelfs mocht dit in de toekomst het geval zijn, neemt dit niet weg dat de verzoekster nog kan kandideren voor een gelijkwaardige functie.

16. De verzoekster toont niet aan dat zij door het bestreden besluit een moeilijk te herstellen ernstig nadeel lijdt in de zin van voornoemd artikel 17, § 2.

17. Bijgevolg is niet voldaan aan de tweede voorwaarde van voornoemd artikel 17, §2.

Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van Ludwig Van der Veken tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 oktober 2010, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Daniël Moons,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Wim Geurts,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Wim Geurts	**Daniël Moons**