

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 215.326 van 26 september 2011
in de zaak I. A. 196.399/IX-6791
II. A. 196.959/IX-6861**

In zake : Bart SEYS
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Bart Staelens
 kantoor houdend te 8000 Brugge
 Stockhouderskasteel
 Gerard Davidstraat 46 bus 1
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Landsverdediging

I. Voorwerp van de beroepen

1.1. Het beroep in de zaak A. 196.399/IX-6791, ingesteld op 5 mei 2010, strekt tot de nietigverklaring van:

- het koninklijk besluit van 21 december 2009 waarbij A. Duytschaever, S. Ranwez, R. Buekenhout, J.-M. Verdebout en M. Decolle met ingang van 26 december 2005 worden benoemd in de graad van majoor en L. Lams in de graad van korvetkapitein in het kader van de beroepsofficieren, evenals van
- de impliciete weigering om Bart Seys met ingang van 26 december 2005 tot majoor te benoemen.

1.2. Het beroep in de zaak A. 196.959/IX-6861, ingesteld op 30 juni 2010, strekt tot nietigverklaring van het koninklijk besluit van 24 februari 2010 waarbij R. Buekenhout met ingang van 26 september 2010 wordt benoemd in de graad van luitenant-kolonel militair administrateur in het korps van de logistiek van de landmacht.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 208.570 van 28 oktober 2010 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden besluiten ingewilligd.

De verwerende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft in beide zaken een memorie van antwoord ingediend en de verzoeker heeft in beide zaken een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Geert De Bleeckere heeft een verslag opgesteld.

De partijen hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 juni 2011.

Kamervoorzitter André Vandendriessche heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verzoeker, en kolonel militair administrateur Rob Gerits, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Geert De Bleeckere 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. De feitelijke gegevens van de zaak zijn uiteengezet in de arresten nr. 162.708 van 25 september 2006, nr. 179.861 van 19 februari 2008 en nr. 196.613 van 1 oktober 2009 waarin op vraag van de verzoeker, de schorsing is bevolen van drie opeenvolgende koninklijke besluiten waarbij zes concurrenten tot majoor of korvetkapitein benoemd werden en in het arrest nr. 208.570 van 28 oktober 2010 waarbij de schorsing van de thans bestreden beslissingen bevolen is.

IV. Samenvoeging

4. Het besluit dat met het beroep A. 196.959/IX-6861 wordt bestreden vindt zijn noodzakelijke grondslag in het besluit waarbij R. Buekenhout tot majoor wordt benoemd en dat met het beroep A. 196.399/IX-6791 wordt bestreden. Het enig middel dat tegen de bevordering van R. Buekenhout wordt aangevoerd is dat de benoeming tot majoor een noodzakelijke voorwaarde is om tot luitenant-kolonel bevorderd te kunnen worden en dat, in geval van nietigverklaring van de benoeming tot majoor, de bevordering geen deugdelijke grondslag heeft.

Rekening houdend met het aangevoerd middel is het lot van het beroep tegen de bevorderingsbeslissing van 24 februari 2010 gekoppeld aan het resultaat van het beroep tegen de bevordering van R. Buekenhout tot majoor en is er reden om voor de hier besproken annulatieprocedure de beide zaken samen te voegen.

V. Rechtspleging

5. In zijn memorie van wederantwoord wijst de verzoeker erop dat de verwerende partij na de ontvangst van het schorsingsarrest slechts één verzoek tot voortzetting van de procedure heeft ingediend terwijl de dossiers van de twee beroepen nog niet samengevoegd waren en in één verzoekschrift -dat overigens niet gedagtekend is en geen adres vermeldt- de voortzetting van twee zaken niet gevraagd kan worden. Hij vraagt derhalve toepassing te maken van artikel 17, § 4bis, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, minstens ten aanzien van het eerste beroep.

In zijn laatste memorie doet de verzoeker afstand van die procedurele exceptie. Hij stelt dat hij meer gebaat is met een met redenen omkleed arrest dan met een vernietiging wegens procedurele redenen.

6. De Raad van State onderzoekt ambtshalve de regelmatigheid van de procedure en verbindt daar de noodzakelijke gevolgen aan. Dat een partij afstand doet van een bemerking op dat vlak, mag hem niet beletten dat onderzoek te voeren en op grond daarvan beslissingen te nemen, ook buiten de wens van een partij om.

Noch de omstandigheid dat de verwerende partij één verzoekschrift ingediend heeft om de voortzetting van het geding te vragen in twee dossiers die uitgelopen zijn op één schorsingsarrest, noch het feit dat de vraag tot voortzetting niet gedagtekend is of geen adres of woonplaatskeuze vermeldt, maakt bij ontstentenis van een reglementaire bepaling in die zin, de vraag tot voortzetting onregelmatig. De verwerende partij, die terdege geïdentificeerd was bij de afhandeling van de vorderingen tot schorsing, heeft duidelijk en binnen de voorgeschreven termijn de wens geformuleerd om de beide zaken verder volgens de gewone procedure behandeld te zien. De vraag tot voortzetting is voor de beide zaken regelmatig ingediend.

VI. Onderzoek van het beroep tegen het koninklijk besluit van 21 december 2009

Het eerste middel

Uiteenzetting van de partijen

7. De verzoeker voert de schending aan van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, van de materiële motiveringsplicht, van het gezag van gewijsde van de drie arresten waarbij de eerdere benoemingen werden geschorst en van het redelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel. Hij zet uiteen dat aan de benoeming in de graad van majoor een degelijke vergelijking van de kandidaturen moet voorafgaan, maar dat dit te dezen niet gebeurd is met het gevolg dat hij niet nuttig gerangschikt werd, terwijl dit zijn laatste kans betreft om tot majoor benoemd te kunnen worden. Hij stelt vast dat het bestuur, na de schorsing van het eerste benoemingsbesluit, hem geen rechtsherstel verleend heeft volgens de overwegingen van het desbetreffend arrest maar dat het in eerste instantie slechts tot “een soort reparatiebesluit” gekomen is waarbij de bevorderingscomités niet eens geraadpleegd werden om vervolgens, na een nieuw schorsingsarrest, een derde besluit te nemen waaromtrent de Raad van State gesteld heeft dat de verzoeker zich vragen mocht stellen bij de integriteit van het beoordelingsproces omdat de gevolgde procedure de indruk kon wekken dat een bepaald resultaat bereikt moest worden. En toch wordt nu, bij deze vierde herneming van de benoemingsprocedure, opnieuw “een volstrekt andere methode” toegepast.

Behoorde het de verwerende partij om na het eerste arrest de bevorderingscomités de vergelijking van de kandidaten te laten overdoen met inachtneming van de motieven van het schorsingsarrest, dan is zulks niet gebeurd maar is integendeel -zonder dat daarvoor een verklaring bestaat- een nieuwe methode van vergelijking ontwikkeld die eigenlijk niet te vergelijken is met de eerst gehanteerde. Door het aannemen van dergelijke nieuwe vergelijkingsmethode, ter reparatie van wat de Raad van State onregelmatig had bevonden en met het oog op het bereiken van een bepaald resultaat, is het

benoemingsbesluit door een onregelmatigheid aangetast, heeft de verwerende partij de schorsingarresten, die voor haar gezag van gewijsde hebben omdat zij zich bij die uitspraken neergelegd heeft, miskend en heeft zij onredelijk en onzorgvuldig gehandeld en het gelijkheidsbeginsel geschonden.

8. In het arrest nr. 208.570 van 28 oktober 2010 is het middel ernstig bevonden op grond van volgende overwegingen:

“11. De eerste beoordeling van de kandidaten door de bevorderingscomités op 20 oktober 2005 was uitgelopen op een louter cijfermatige beoordeling van de kandidaten op drie “domeinen”, onderverdeeld in tien nader bepaalde “criteria”. De kandidaten kregen voor elk criterium een score op 100 en hun totaal bepaalde hun plaats in de rangschikking. In het arrest nr. 162.708 van 25 september 2006 heeft de Raad van State geoordeeld dat de cijfergegevens die toen in aanmerking waren genomen, op zich de rangschikking niet konden verantwoorden omdat zij het resultaat zijn van een discretionaire beoordeling van een aantal gegevens die het domein van de loutere kennis overstijgen en het derhalve, zonder nadere verantwoording van de punten, voor de kandidaten niet mogelijk is hun score te begrijpen. Die onduidelijkheid leidde de Raad van State ook tot de vaststelling dat niet kon worden uitgemaakt of de verwerende partij de elementen op basis waarvan de verzoeker een voorsprong op zijn concurrenten meende te kunnen halen wel in zijn puntenscore verwerkt had en of de verzoeker, wat zijn talenkennis betreft, wel gelijk behandeld werd in vergelijking met twee van zijn concurrenten. In het arrest werd ten slotte ook opgemerkt dat de verwerende partij geen rekening gehouden heeft met het feit dat de verzoeker geslaagd was voor het examen over de grondige kennis van de tweede landstaal wat hem kon achteruit gesteld hebben tegenover concurrenten bij wie dat gegeven wel in aanmerking genomen werd. Voor de Raad van State leek aldus een schending van de formele motiveringsverplichting, de ontstentenis van deugdelijke grondslag en de miskenning van het gelijkheidsbeginsel bewezen.

12. In de reparatiebeweging die de verwerende partij na dat arrest van 25 september 2006 heeft doorgevoerd en waarbij nog slechts de zes eerder benoemden en de verzoeker werden betrokken, zijn de bevorderingscomités er niet toe gekomen dat schorsingsarrest correct uit te voeren door met name de punten die zij op 20 oktober 2005 aan de kandidaten hadden toegekend, nader te verantwoorden -minstens door de objectieve criteria aan te wijzen die zij voor de beoordeling van elk criterium gebruikt hadden, wat de betrokkenen en de Raad van State had kunnen toelaten de individuele puntentoekenning te duiden. Naar aanleiding van het koninklijk besluit van 8 december 2006 is wel een lijst opgesteld waarin de verschillende beoordelingscriteria verder gedifferentieerd worden en waarin voor elke kandidaat afzonderlijk “elementen uit het persoonlijk dossier en uit het cv” worden vermeld, maar die lijst bevat zelf geen concrete puntenwaardering voor de verschillende vermeldingen en zij laat ook

niet toe de puntenlijst van 20 oktober 2005 te begrijpen, laat staan de individuele scores van de kandidaten te vergelijken en op hun merites te toetsen.

Ook in de verdere afwikkeling van de benoemingsprocedure na het tweede schorsingsarrest is het bestuur er niet in geslaagd -het heeft daartoe zelfs geen poging ondernomen- de puntentabel op grond waarvan de rangschikking van 20 oktober 2005 was gebeurd, te rechtvaardigen. Integendeel, in het bevorderingscomité van 14 april 2008 wordt de puntentoekenning van 20 oktober 2005 volledig en zonder nadere verantwoording verlaten. De merites van de kandidaten -die onveranderd aangehouden worden- worden nu niet meer in een puntenscore vertaald, maar per criterium wordt globaal een waardering 'zeer goed', 'goed' of 'voldoende' gegeven die dan omgezet wordt in een score van 16, 14 of 12 en de optelling van die scores loopt uit op een cijfer dat de rangschikking bepaalt.

Die nieuwe berekeningsmethode is in het schorsingsarrest van 1 oktober 2009 afgewezen. Bij het onderzoek van het derde middel in die zaak is gesteld dat de verwerende partij gewis over een ruime discretionaire beoordelingsbevoegdheid beschikt, maar dat zij toch 'een methode moet volgen die het de kandidaten mogelijk maakt na te gaan in hoeverre eerder vastgestelde gebreken in de besluitvorming zijn rechtgezet', terwijl zij hier door het volgen van een geheel andere en wezenlijk verschillende beoordelingsmethode, zonder dat daarvoor een uitleg wordt gegeven, dat nazicht onmogelijk maakt zodat 'de verzoeker zich terecht vragen stelt bij de integriteit van het beoordelingsproces'. In die zin is dan geoordeeld dat de gehanteerde werkwijze -met name de nieuwe beoordelingsmethode- geen deugdelijke grondslag kon vormen voor de bestreden benoemingen.

13. Bij de totstandkoming van het thans bestreden besluit hebben de bevorderingscomités van 2 december 2009 dan toch weer dezelfde beoordelingsmethode gevolgd, waardoor de verzoeker met een score van 150 op de vijfde, respectievelijk derde plaats gerangschikt werd zodat hij ook nu niet nuttig gerangschikt wordt. Het korpsencomité Logistiek verantwoordt nu zijn keuze voor de aangehouden beoordelingsmethode wel als volgt:

'De keuze van de beoordelingsmethode moet leiden tot een objectieve en transparante vergelijking m.b.t. de capaciteiten en verdiensten van de kandidaten. Gezien het beperkt aantal kandidaten (VIJF) werd afgestapt van het klassieke mathematische model dat o.m. rekening houdt met statistische parameters, om te komen tot een meer pragmatische en kwalitatieve multicriteria-analyse kenschetsend voor geringe populaties. Teneinde de equivalentie der kandidaten integraal te respecteren, worden hierbij de evaluatie-domeinen (DRIE) en de analyse-criteria (TIEN) identiek gehouden. Deze kwalitatieve methode geeft bovendien aanleiding tot een goed begrip van de hoedanigheden en verdiensten van elke kandidaat alsmede van de mate waarmee met alle aspecten rekening werd gehouden. Bij de keuze voor het nieuwe procedé werd eveneens rekening gehouden met de arresten RvS Nr 162.708, 25 Sep 2006 en RvS Nr 197.179, 22 Okt 2009.'

Niet alleen verantwoordten de bevorderingscomités nu hun optie voor een nieuwe beoordelingsmethode, zij verfijnen enerzijds ook de toetsing van de merites van de kandidaten aan de tien beoordelingscriteria door de vermelding van ‘aanvullende gegevens’ die zij uit de evaluatienota’s putten en geven er anderzijds ook blijk van dat zij voor het formuleren van hun globale beoordeling ‘zeer goed’, ‘goed’ en ‘voldoende’ voor de tien beoordelingscriteria, een gedetailleerd puntensysteem in aanmerking genomen hebben.

14. Lijkt die verfijning en toelichting, op zich bekeken, een afdoende verantwoording te bevatten voor de rangschikking van de kandidaten, dan mag ook thans, in het licht van het in het arrest van 1 oktober 2009 uiteengezette wettigheidsbezwaar dat zonder verantwoording een ‘wezenlijk verschillende beoordelingsmethode’ was gehanteerd zodat de verzoeker zich vragen kon stellen bij de integriteit van het beoordelingsproces, de voorafgaande vraag niet uit de weg gegaan worden of de bevorderingscomités een deugdelijke reden hadden om die gewijzigde beoordelingsmethode aan te houden.

De vraag naar het gerechtvaardigd zijn van de aangehouden koerswijziging is in dit geval zelfs behoorlijk acuut, nu een eenvoudige berekening leert dat een rangschikking van de kandidaten volgens de punten die zij in het kader van deze nieuwe beoordelingsmethode op de verschillende beoordelingscriteria behalen -dit zijn de punten die resulteren in de globale beoordeling per criterium- het verbazingwekkend resultaat oplevert dat, wanneer de beoordeling gebeurt op basis van 100 punten per beoordelingscriterium, zoals oorspronkelijk gehanteerd- de verzoeker in het comité van de logistiek op een totaal van 1000 punten 663,15 punten behaalt, hetgeen hem een rangschikking op de vierde plaats oplevert, ten nadele van A. Duytschaever, die in die berekening een totaal realiseert van 662,71 punten. Meer specifiek rijst dus de vraag of de verwerende partij redenen had om binnen de nieuwe beoordelingsmethode de tussenstap van de globale waardering in te voeren.

15. De bevorderingscomités wijzen ter rechtvaardiging van het nieuw beoordelingssysteem naar de gewijzigde situatie, doordat nu minder kandidaten -vijf in het korpscomité en drie in het intermachtencomité- vergeleken moesten worden, zodat het ‘klassiek mathematisch model’ kon worden verlaten en de vergelijking derhalve kon gebeuren op basis van ‘een meer pragmatische en kwalitatieve multicriteria-analyse’.

Die uiteenzetting voldoet niet: zij rechtvaardigt geen wijziging van het puntensysteem dat oorspronkelijk in de comités van 20 oktober 2005 werd gehanteerd en op grond waarvan de talrijke kandidaten toen gerangschikt zijn; zij rechtvaardigt zeker niet waarom in het nieuwe beoordelingssysteem nu de omweg van de globale waardering per beoordelingscriterium wordt ingevoerd.

Met andere woorden, was het de verwerende partij niet verboden om, ter naleving van het schorsingsarrest van 25 september 2006, vast te stellen dat haar oorspronkelijke beoordeling van 20 oktober 2005 faalde en dat objectieve redenen het uitwerken van een nieuw beoordelingssysteem rechtvaardigden, dan bewijst de verwerende partij die objectieve redenen niet, hoewel zij op de noodzaak daarvan werd gewezen in het arrest van 1 oktober 2009. In die zin blijkt er eens te meer voor de nieuwe vergelijking van de kandidaten die tot de ongunstige rangschikking van de verzoeker geleid heeft, geen deugdelijke grondslag te bestaan.

Het rechtsherstel waartoe het schorsingsarrest nr. 162.708 van 25 september 2006 de verwerende partij noopte wanneer zij voor zichzelf had beslist dat de benoemingsprocedure kon hernomen worden vanaf de rangschikking van de kandidaten, bestond erin dat de toegekende punten voor de verschillende beoordelingscriteria nader zouden geduid worden, zodat de verzoeker in de mogelijkheid was zicht te krijgen op de waardering van de verschillende kandidaten. Het rechtsherstel noodzaakte geen wijziging van het beoordelingssysteem. In het arrest nr. 196.613 van 1 oktober 2009 is zij daarop aangerekend. Bij het hernemen van de procedure slaagt zij er niet in om valabele objectieve redenen op te geven die een gewijzigde opstelling verantwoorden. In die zin miskent het bestreden besluit het gezag van gewijsde van voornoemde twee schorsingsarresten.”

9. In haar memorie van antwoord herneemt de verwerende partij haar verweer uit de nota met opmerkingen niet meer. Zij richt zich nu tegen de overwegingen van het schorsingsarrest.

Zij schetst welke verplichtingen de verschillende schorsingsarresten haar oplegden en hoe zij die uitgevoerd heeft en benadrukt dat de Raad van State niet eerder dan met het schorsingsarrest in deze zaak -nr. 208.570 waarbij de vierde benoemingsbeslissing werd geschorst- formeel gesteld heeft dat er geen nieuwe beoordelingsmethode mocht aangewend worden en dat de verzoeker het recht heeft om beoordeeld te worden volgens de methode van 2005. Zij betwist dat het rechtsherstel, waartoe het eerste schorsingsarrest noopte, erin moest bestaan dat de punten voor de verschillende beoordelingscriteria nader zouden verklaard worden, zonder een nieuw beoordelingssysteem toe te laten. Zij stelt in dat verband dat het voor haar onmogelijk was om het beoordelingssysteem uit 2005 te handhaven, aangezien de eerste beoordeling steunde op de persoonlijke appreciatie van de

kolonel-inspecteur van de Algemene Directie Human Ressources belast met het onderzoek van de kandidaturen, die op 7 mei 2008 overleden is zonder notities na te laten zodat zij voor een situatie van overmacht kwam te staan. Zij wijst in dat verband ook met nadruk op de discretionaire bevoegdheid waarover zij beschikt en die ook in het derde schorsingsarrest nr. 196.613 nog was aanvaard, en stelt dat de bevorderingscomités in de zaak die hier aan de orde is nu wel duidelijk gemaakt hebben waarom zij wensten af te stappen van een puur mathematisch model en om ook een kwalitatieve analyse te maken, wat nu mogelijk was gelet op het gering aantal kandidaten. Het verrast niet dat de verzoeker in die kwalitatieve analyse moet onderdoen voor kandidaat Duytschaever, die overigens ten onrechte door het schorsingsarrest -de gemaakte berekening is niet correct- lager dan de verzoeker wordt gerangschikt. Dat het eindresultaat van de vergelijking niet verrast en dat het niet kennelijk onredelijk is de verzoeker achter de benoemden te klasseren blijkt ook nog uit wat volgt: uit de samenvatting van de evaluatienota's blijkt dat de verzoeker het tweede slechtste resultaat behaalde; de vergelijking van de drie slechtste resultaten, die dicht bijeen liggen -de verzoeker, Ranwez en Duytschaever- noodzaakt een "kwalitatieve verfijning met bijzondere aandacht voor het vormingsaspect" en die verfijning toont aan dat de verzoeker terecht als laatste geklasseerd werd temeer nu hem aangerekend werd dat hij een tweede poging nodig had om te slagen voor het majoorsexamen; de andere kandidaten scoren voor het aspect "evaluatiebeoordelingen 1995-2005" en voor het aspect "vorming majoor" beter dan de verzoeker. Zij besluit dat, om tegemoet te komen aan de schorsingsarresten, de bevorderingscomités in 2009 uitgelegd hebben wat de impact was van de bijkomend in het dossier gebrachte beoordelingen van de chefs van de verzoeker, dat zij ook aangegeven hebben in welke mate de kennis van de tweede landstaal verrekend werd en dat zij ook verduidelijkt hebben waarom een andere vergelijkingsmethode werd gebruikt dan in 2005. In ondergeschikte orde nog betoogt zij dat, in het kader van de vergelijkingsmethode van 2005, de verzoeker bij het in aanmerking nemen van drie bijkomende punten voor de beoordeling van zijn vorming, toch nog niet in aanmerking genomen zou zijn.

10. In zijn memorie van wederantwoord repliceert de verzoeker als volgt: terecht heeft de Raad van State in het schorsingsarrest gesteld dat het bestuur zelfs niet gepoogd heeft om de puntentabel uit 2005 te verduidelijken, maar een nieuwe beoordelingsmethode heeft uitgewerkt die volgens het arrest nr. 196.613 bij hem vragen kon oproepen; het schorsingsarrest heeft ook gesteld dat de vraag naar het gerechtvaardigd karakter van de koerswijziging acuut was en dat de tussenstap met de globale waardering niet verantwoord werd; de omstandigheid dat er minder kandidaten vergeleken moesten worden is geen argument om plots een geheel andere beoordelingsmethode -de globale waardering per beoordelingscriterium- in te voeren; de verwerende partij verantwoordt de wijziging van de beoordelingsmethode door een verwijzing naar het overlijden van de kolonel die in de zaak gewerkt heeft en de ontstentenis van nagelaten stukken, maar dat bewijst alleen maar dat er geen stukken bestonden die de eerste waardering kunnen verantwoorden; volgens hem kan slechts vastgesteld worden dat de verwerende partij niet weet waarom de verzoeker in 2005 moest buigen voor andere kandidaten die het diploma van de tweede landstaal niet hadden behaald.

11. In haar laatste memorie herhaalt de verwerende partij dat het schorsingsarrest ten onrechte verwijst naar het feit dat de bevorderingscomités na de eerste schorsing de onregelmatigheid niet rechtgezet hebben, aangezien zij bij de tweede benoemingsbeslissing niet tussengekomen zijn en dat het derde schorsingsarrest -mede acht geslagen op het advies van de auditeur in die zaak- het bestuur niet verbiedt om een andere beoordelingsmethode te hanteren, maar enkel stelt dat het die methode moet verantwoorden. Zij voegt daaraan toe dat uit de verwijzing naar de ontstentenis van stukken wegens het overlijden van een betrokken ambtenaar niet mag afgeleid worden dat de benoemingsbeslissingen deugdelijke grondslag missen, aangezien er nadien een nieuwe beoordeling gebeurd is op grond van nieuwe criteria. In ieder geval is de verzoeker zeker niet onterecht als zwakste kandidaat beoordeeld.

12. In zijn laatste memorie treedt de verzoeker de zienswijze uiteengezet in het schorsingsarrest bij. Hij herhaalt dat het bestuur, in plaats van te

verduidelijken op welke gronden het de rangschikking in 2005 heeft opgemaakt, een nieuwe beoordelingsmethode heeft uitgewerkt die geen grotere transparantie teweegbrengt, maar het eigenlijk onmogelijk maakt om nog te vergelijken. Zij herhaalt ook dat de uitleg aangaande het overlijden van kolonel Opsommer erop neerkomt dat er geen geformaliseerde motieven van de eerste rangschikking bestaan.

Beoordeling

13. De Raad van State bevestigt integraal de overwegingen van het arrest nr. 208.570 van 28 oktober 2010 die hierboven geciteerd zijn. Bijkomend wordt hierna geantwoord op de punctuele argumentatie van de verwerende partij na de kennisname van het schorsingsarrest.

14. Dat de bevorderingscomités inderdaad geen rol gespeeld hebben bij de totstandkoming van de benoemingsbeslissingen van 8 december 2006, doet niets af aan de globale vaststelling in het schorsingsarrest dat in de reparatiebeweging na de eerste schorsing van de benoemingen, geen verantwoording gegeven is voor de punten op grond waarvan de kandidaten in de eerste benoemingsprocedure gerangschikt zijn.

15. In het derde schorsingsarrest -nr 196.613- heeft de Raad van State gesteld dat de ruime discretionaire bevoegdheid van de benoemende overheid bij de vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten niet verhindert dat zij, bij het heroverwegen van een onregelmatig bevonden benoemingsbeslissing, een methode moet volgen die de kandidaten in staat stelt na te gaan in hoeverre de eerder vastgestelde gebreken in de besluitvorming zijn rechtgezet, wat in dat geval niet gebeurd was omdat er toen geopteerd werd voor een geheel andere beoordelingsmethode die wezenlijk verschilde van de vorige en die de indruk kon doen ontstaan dat een bepaald resultaat bereikt moest worden, hetgeen een miskennen inhoudt van de materiële motiveringsplicht. Daarmee heeft de Raad van State de verwerende partij niet absoluut verboden een ander

beoordelingssysteem te hanteren: er is enkel gesteld dat het omgooien, zonder nadere verklaring, van het beoordelingssysteem de verzoeker niet toeliet te begrijpen waarom zo nodig een nieuw beoordelingssysteem, dat hem opnieuw achter de anderen rangschikte, gehanteerd moest worden en dat het nieuw systeem daarom geen grondslag kon vormen voor de nieuwe rangschikking.

In het schorsingsarrest in deze zaak -nr. 208.570- is evenmin gesteld dat de verwerende partij in geen geval een nieuwe beoordelingsmethode mocht hanteren. Het tegendeel is waar: er is gesteld dat de verfijning en de toelichting die de verwerende partij uitgewerkt heeft, op zich bekeken, een afdoende verantwoording leek te bevatten voor de rangschikking van de kandidaten. Daar is dan wel aan toegevoegd dat nog altijd geen deugdelijke reden werd gegeven voor het omgooien van het beoordelingssysteem, terwijl die verantwoording nochtans prangend was in zoverre het opviel dat bij de waardering van de aanspraken van de kandidaten en hun rangschikking de tussenstap van de “globale waardering per beoordelingscriterium” werd ingevoerd.

Met andere woorden, de Raad van State heeft nooit gesteld dat de verwerende partij de rechtsplicht had om de kandidaten te blijven beoordelen volgens de methode die in 2005 gehanteerd was; haar is steeds verweten dat zij de onregelmatigheid die initieel op vraag van de verzoeker was vastgesteld, op een ondoorzichtige wijze en steeds in het nadeel van de verzoeker geremedieerd heeft.

16. De verwerende partij verwijst nu naar de onmogelijkheid om het gebrek dat de Raad van State in het eerste schorsingsarrest heeft vastgesteld, te herstellen omdat zij wegens het overlijden van een sleutelfiguur in het toenmalig besluitvormingsproces, niet meer over de nodige gegevens beschikt.

Gewis kan dit gegeven een element zijn om een geheel nieuwe beoordelingswijze uit te werken, maar daarmee kan de verwerende partij zich niet ontdoen van de verplichting om, in het licht van het aan de verzoeker verschuldigd rechtsherstel, specifiek te verduidelijken waarom zij, het algemeen belang voor

ogen, het noodzakelijk achtte in het beoordelingssysteem de tussenstap van “de globale waardering per beoordelingscriterium” op te nemen en de rangschikking niet meer op te stellen op grond van het totaal van de punten behaald op de verschillende beoordelingscriteria, maar door per criterium de behaalde punten om te zetten in een “voldoende”, een “goed” of “zeer goed” en die waardering opnieuw om te zetten in punten die de rangschikking definitief bepaalde. Die berekeningswijze heeft immers -zeker op het niveau van het bevorderingscomité van de logistiek- in het nadeel van de verzoeker gespeeld.

17. De verwerende partij verwijst in haar memorie van antwoord naar het feit dat er minder kandidaten vergeleken moesten worden en dat er in het verleden “niet voldoende rekening gehouden was met kwalitatieve beoordelingselementen”. Zij verwijst daarmee inzonderheid naar de waardering voor het beoordelingscriterium “vorming”, waarin de verzoeker de mindere was van de andere kandidaten.

Ook dat verklaart evenwel niet waarom de originele waardering van de kandidaten, waarin het criterium “vorming” reeds was opgenomen en met een bepaald gewicht in de beoordeling betrokken -10% van het totaal-, dan toch nog bijkomend moet aangevuld worden met een “globale waardering per beoordelingscriterium”. Een groter belang toekennen aan de beoordeling van het element “vorming”, waarin de verzoeker inderdaad beduidend minder scoorde dan de andere kandidaten waarmee hij nu vergeleken wordt, ware immers op een doorzichtiger manier bereikt door aan het element “vorming” meer gewicht te hechten, maar dat heeft de verwerende partij blijkbaar niet gewild. En in ieder geval blijkt uit het dossier niet waarom de verscherpte aandacht voor het criterium van de “vorming” slechts kan bereikt worden door het nieuwe element van de “globale waardering” op alle beoordelingscriteria toe te passen. Voorts wordt ook niet ingezien waarom de “kwalitatieve beoordeling”, wanneer zij toch in een puntentabel wordt gevat, een grotere rol zou moeten spelen wanneer slechts enkele kandidaten beoordeeld worden.

18. De invoeging van het criterium van de globale waardering heeft in het nadeel van de verzoeker gespeeld. De waardering van de verdiensten van de kandidaten met of zonder de “globale waardering” geeft binnen het bevorderingscomité van de logistiek immers een verschillende uitslag. De verwerende partij bekritiseert de berekening die in het schorsingsarrest gemaakt is, maar dienaangaande stelt de Raad van State bij herberekening vast dat, ongeacht of de beoordeling voor de criteria 3 tot 10 nu op 9 dan wel op 10 gewaardeerd wordt zoals de verwerende partij betoogt, de cijfermatige waardering zonder de tussenstap van de globale waardering een andere rangschikking oplevert dan die met de globale waardering: de verzoeker komt dan op de vierde plaats, Verdebout op de eerste.

19. De vaststelling blijft dat de verwerende partij mede in het licht van het rechtsherstel waartoe het eerste schorsingsarrest haar verplichtte, geen deugdelijke verantwoording kan geven voor de nieuwe beoordelingsmethode die zij gehanteerd heeft, inzonderheid waar zij de bestreden benoemingsbeslissing mede steunt op het nieuwe criterium van de globale waardering van alle beoordelingscriteria, terwijl dit criterium -naar blijkt uit de herberekening van de cijfers die aan het bevorderingcomité van de logistiek voorlagen- precies in het nadeel van de verzoeker heeft gespeeld.

De gebrekkige vergelijking van de verdiensten van de kandidaten vitieert de rangschikking die het bevorderingscomité van de logistiek en na hem het intermachtencomité heeft gemaakt. Zij werkt door naar het bestreden besluit.

Het middel is gegrond.

VII. Onderzoek van het beroep tegen de impliciete weigering om de verzoeker te benoemen.

20. De verzoeker zet uiteen waarom hij de nietigverklaring nastreeft van de impliciete weigering om hem tot majoor te benoemen. In het arrest van 1 oktober 2009 is nog aangenomen dat vooralsnog niet aannemelijk werd gemaakt dat bijzondere omstandigheden tot de schorsing en de vernietiging van de impliciete weigering konden leiden, maar er zijn grenzen aan alles en met het bestreden besluit wordt hij voor de vierde keer geweerd. De verwerende partij slaagt er ook nu niet in een deugdelijk motief naar voor te brengen voor de benoeming van zijn concurrenten en bijgevolg is er reden om de weigering om hem te benoemen te vernietigen. Hij alludeert op de leer van de arresten Van Poucke, nr. 72.652 van 24 maart 1998 en Audenaarde, nr. 98.070 van 27 juli 2001, waarin uit het blijvend falen van de overheid opgemaakt werd dat zij geen reden had om de verzoeker niet te benoemen.

21. In het arrest nr. 208.570 van 28 oktober 2010 is de vordering van de verzoeker ingewilligd op volgende gronden:

“20. De verzoeker heeft gekandideerd voor de benoeming tot majoor. Het was zijn vijfde en laatste mogelijke deelname en hij was, op basis van zijn anciënniteit, op de eerste plaats gerangschikt.

Na de bespreking van de kandidaturen door het bevorderingscomité op 20 oktober 2005 werd de verzoeker, rekening houdend met de punten die aan de kandidaten werden toegekend, niet in nuttige orde gerangschikt en heeft de Koning de kandidaten met de hoogste puntenscore benoemd. Dat benoemingsbesluit is met het arrest nr. 162.708 van 25 september 2006 geschorst omdat geen verantwoording voor de punten bestond en omdat geen rekening gehouden werd met het behalen door de verzoeker van het getuigschrift van de grondige kennis van de tweede landstaal, een gegeven dat onmiskenbaar in het voordeel van de verzoeker had moeten spelen.

Bij het hernemen van de benoemingsprocedure hebben de bevorderingscomités op 14 april 2008 de kandidaturen van de rechtstreeks betrokkenen opnieuw onderzocht. Zij hebben nu voor elke kandidaat concrete gegevens met betrekking tot hun loopbaan vermeld en elementen aangehaald uit hun evaluaties over de laatste tien jaar. Evenwel, in plaats van die gegevens terug te koppelen aan de cijfertabel opgemaakt op 20 oktober 2005 -waardoor

de verzoeker zicht zou gekregen hebben op de grondslagen van de rangschikking die voor hem nadelig was uitgevallen- hebben de bevorderingscomités dan, zonder de noodzaak daarvan te bewijzen, een geheel andere beoordelingsmethode gebruikt die de verzoeker opnieuw buitenspel zette. Die beoordelingsmethode doorstaat vervolgens de toetsing door de Raad van State niet: een eerste keer niet in het arrest van 1 oktober 2009 wegens een totaal gebrek aan verantwoording; nu ook niet omdat de opgegeven verantwoording niet voldoet. Het is dan ook zeer de vraag of de verwerende partij wel een deugdelijke verantwoording heeft. In de huidige stand van de rechtspleging wordt aangenomen dat zij die deugdelijke verantwoording niet heeft.

21. De achtereenvolgende pogingen van het bestuur om de onregelmatig bevonden initiële rangschikking van de kandidaten te handhaven, zijn zoveel aanwijzingen dat de verwerende partij niet geneigd is om zich bij de vergelijking van de kandidaten en de plaats van de verzoeker daarin transparant op te stellen. Het lijkt er veeleer op dat zij alle mogelijkheden te baat neemt om een nuttige rangschikking van de verzoeker te vermijden, wat het vermoeden wekt dat zij de echte motieven van de achteruitstelling van de verzoeker verborgen wenst te houden.

Aangezien de verwerende partij na drie schorsingsarresten waarin zij werd aangemaand om meer duidelijkheid te verschaffen over de situatie van de verzoeker en om in alle transparantie de kandidaturen te vergelijken, haar opstelling niet corrigeert, kan de Raad van State niet anders dan besluiten dat de verwerende partij haar discretionaire bevoegdheid oneigenlijk gebruikt. Dergelijke negatieve houding, die volledig in het nadeel van de verzoeker uitvalt, kan enkel doorbroken worden door de schorsing te bevelen van de impliciete weigering om de verzoeker te benoemen.”

22. In haar memorie van antwoord stelt de verwerende partij dat de Raad van State haar een gebrek aan transparantie en het mogelijk achterhouden van motieven verwijt en aldus een miskenning van het arrest nr. 196.613. Dat arrest verwijt het bestuur evenwel enkel dat het, zonder daarvoor een verklaring te geven, in 2009 een andere beoordelingswijze gehanteerd heeft dan in 2005 maar het arrest verwerpt het principe van de nieuwe beoordelingswijze niet; het is slechts in het schorsingsarrest dat voor het eerst duidelijk wordt gesteld dat de verzoeker recht zou hebben op een beoordeling volgens de methode 2005. Nochtans heeft de verwerende partij met het bestreden besluit niets anders gedaan dan wat het arrest nr. 196.613 haar bevolen heeft, met name motiveren waarom een nieuwe beoordelingsmethode nodig was.

23. In zijn memorie van wederantwoord repliceert de verzoeker dat de Raad van State met zijn arrest nr. 196.613 de verwerende partij terecht gewezen heeft op en uiteengezet heeft dat de verzoeker zich vragen kon stellen bij de integriteit van de besluitvorming. Hij voegt daaraan toe dat de verwerende partij alsnog blijft weigeren de verzoeker te benoemen.

In zijn laatste memorie herinnert de verzoeker eraan dat de verwerende partij wegens haar niet-transparante opstelling verhindert dat de Raad van State zijn controlebevoegdheid uitoefent en dat het bestuur na een vernietigingsarrest de aangelegenheid correct moet heroverwegen op gevaar af vastgesteld te zien dat het de echte motieven van zijn besluit achterhoudt. Het oneigenlijk gebruik van een discretionaire bevoegdheid moet in extreme omstandigheden als deze welke hier aan de orde zijn, leiden tot de vaststelling dat er geen discretionaire beoordelingsruimte meer bestaat. Om zijn standpunt kracht bij te zetten verwijst hij naar het feit dat de militairen, wier benoeming geschorst werd, toch worden betrokken bij verdere bevorderingsbeslissingen en met name met het oog op hun doorbevordering tot luitenant-kolonel.

24. In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij dat het arrest nr. 196.613 niet per definitie een nieuw beoordelingssysteem afgewezen heeft maar dat de Raad van State op dat ogenblik enkel vragen had bij de verantwoording van de “wezenlijk verschillende beoordelingsmethode”. Zij besluit daaruit dat in het schorsingsarrest ten onrechte gesteld wordt dat het rechtsherstel aan de verzoeker “geen wijziging van het beoordelingssysteem noodzaakte en de verwerende partij daar in dat arrest op aangerekend werd”. Zij stelt dat zij met het bestreden besluit gewoon het arrest nr. 196.613 nagekomen is en daarmee zeker niet getuigt van kwade wil; uit de wijze waarop zij de verschillende schorsingsarresten geïmplementeerd heeft blijkt dat zij steeds te goeder trouw gehandeld heeft en dat in die omstandigheden de vernietiging van de impliciete weigering om te benoemen niet verantwoord is.

Zij stelt vervolgens ook dat de vaststelling dat zij geen discretionaire beoordelingsbevoegdheid meer heeft, niet betekent dat de verzoeker een recht krijgt om tot majoor bevorderd te worden, maar enkel een recht om volgens de beoordelingsmethode van 2005 beoordeeld te worden, zulks op een transparante wijze en met respect van alle schorsingsarresten. Het recht op benoeming van de verzoeker botst met het recht van de andere kandidaten om, na vergelijking met de verzoeker, in aanmerking te komen voor een bevordering, aangezien het recht van de verzoeker slechts moet resulteren in het voorbijgaan aan één van de kandidaten. Het recht op benoeming resulteert enkel in de rechtsplicht voor het bestuur om zich opnieuw uit te spreken en de auditeur-verslaggever heeft in zijn verslag in de schorsingszaak terecht gesteld dat uit de motieven van de voorgaande arresten niet kon worden opgemaakt dat het bestuur geen redenen kon hebben om de verzoeker niet te benoemen of hem niet de voorkeur te geven op de andere kandidaten.

Beoordeling

25. Het belang van een verzoeker bij de vernietiging van de impliciete weigering om hem te benoemen bestaat erin dat hem, bijkomend bij het voordeel dat het verdwijnen van het benoemingsbesluit op grond van de motieven van het annulatiearrest hem oplevert, een wapen wordt ter hand gesteld om zelf in de geambieerde betrekking benoemd te worden.

26. De Raad van State bevestigt met het oog op het gegrond bevinden van het annulatieberoep, integraal de overwegingen van het schorsingsarrest.

Bij de bespreking van het middel is gesteld dat noch in het arrest nr. 196.613, noch in het schorsingsarrest nr. 208.570 gesteld is dat de verzoeker er recht op heeft dat de rangschikking opgemaakt wordt volgens de methode die in 2005 gehanteerd werd. In die arresten is enkel gesteld dat de verwerende partij er niet in slaagt een deugdelijke verantwoording te geven voor de

beoordelingscriteria die zij gehanteerd heeft voor de rangschikking van de kandidaten die voor de verzoeker nadelig uitvalt.

De verwerende partij kan gevolgd worden in haar uiteenzetting dat zij, binnen de grenzen van haar discretionaire bevoegdheid, strikt de overwegingen van de schorsingsarresten nagekomen is: na het eerste schorsingsarrest heeft zij een verantwoording gegeven voor de punten, na het tweede schorsingsarrest heeft zij een andere beoordelingsmethode gehanteerd en na het derde schorsingsarrest heeft zij die methode verantwoord. Uit de opeenvolgende beslissingen die zij genomen heeft kan de Raad van State evenwel opmaken dat zij, zonder daarvoor een deugdelijke reden te kunnen aanbrengen, haar discretionaire bevoegdheid stuurt in een richting die precies voor de verzoeker nadelig blijft uitvallen. Die vaststelling doet besluiten dat hic et nunc geen deugdelijke reden bedacht kan worden om de verzoeker van een nuttige rangschikking af te houden en hem niet te benoemen, hetgeen de vernietiging rechtvaardigt van de impliciete weigering om de verzoeker te benoemen.

VIII. Onderzoek van het beroep tegen het koninklijk besluit van 24 februari 2010

27. In het schorsingsarrest nr. 208.570 is de vordering tot schorsing van dit besluit toegekend op grond van de volgende overweging:

“22. De verzoeker voert aan dat R. Buekenhout enkel tot luitenant-kolonel bevorderd kan worden als hij titularis is van de graad van majoor, zodat de vernietiging van zijn benoeming in die graad tot rechtstreeks gevolg heeft dat zijn verdere bevordering geen deugdelijke grondslag heeft.

De verwerende partij betwist niet dat geen benoeming tot luitenant-kolonel mogelijk is wanneer de betrokkene niet bekleed is met de graad van majoor. De vaststelling dat de benoeming van R. Buekenhout tot majoor onregelmatig is leidt onontkoombaar tot de onregelmatigheid van zijn benoeming tot luitenant-kolonel.”

28. De verwerende partij heeft niet gereageerd op de voormelde overwegingen van het schorsingsarrest. Zij worden thans met het oog op het gegrond bevinden van het middel bevestigd.

BESLISSING

1. De zaken A. 196.399/IX-6791 en A. 196.959/IX-6861 worden samengevoegd.

2. De Raad van State vernietigt:

- het koninklijk besluit van 21 december 2009 waarbij A. Duytschaever, S. Ranwez, R. Buekenhout, J.-M. Verdebout en M. Decolle met ingang van 26 december 2005 worden benoemd in de graad van majoor en waarbij L. Lams met ingang van dezelfde dag wordt benoemd tot korvetkapitein;**
- de impliciete weigering om de verzoeker met ingang van 26 december 2005 tot majoor te benoemen;**
- het koninklijk besluit van 24 februari 2010 waarbij R. Buekenhout met ingang van 26 september 2010 wordt benoemd in de graad van luitenant-kolonel.**

3. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als de vernietigde besluiten.

4. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vorderingen tot schorsing en de beroepen tot nietigverklaring, begroot op 700 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 september 2011, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Daniël Moons,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Wim Geurts,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Wim Geurts

André Vandendriessche