

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 216.740 van 8 december 2011
in de zaak A. 197.228/XII-6289**

In zake: Guy VANSIMPSEN
wonende te 3401 Landen
Wezerenstraat 333

tegen:

de STAD ZOUTLEEUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Danny Socquet
kantoor houdend te 3080 Tervuren-Duisburg
Merenstraat 28
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

Sandra BLOCKX
wonende te 3473 Waanrode
Klein Kempenseweg 10 a

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 juli 2010, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 25 mei 2010 van de gemeenteraad van de stad Zoutleeuw waarbij Sandra Blockx wordt benoemd tot voltijds stadssecretaris in statutair verband.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Sandra Blockx heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 24 september 2010. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

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

De verzoeker, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 oktober 2011.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Verzoeker, die verschijnt, advocaat Danny Socquet, die verschijnt voor de verwerende partij, en de tussenkomende partij, die verschijnt, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Rudi Van Der Gucht heeft een 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 30 oktober 2003 besluit de gemeenteraad van Zoutleeuw om tussenkomende partij met ingang van 1 maart 2004 aan te werven als voltijds stadssecretaris in statutair verband. Overwogen wordt onder meer dat uit de vergelijking van de beide in het examen geslaagde kandidaten -zijnde tussenkomende partij en verzoeker- “kan afgeleid worden dat Sandra Blockx niet alleen de best gerangschikte kandidaat is op basis van de examenuitslag maar ook bij de andere criteria, en inzonderheid wat betreft de beroepsrelevante ervaring en

bijkomende functierelevante bijscholing, vorming en ervaring, kan beschouwd worden als best gerangschikte kandidaat”.

Bij arrest nr. 190.373 van 12 februari 2009 vernietigt de Raad van State op verzoek van Pieter Vanhoutte de benoeming van tussenkomende partij, omdat verwerende partij zonder deugdelijke reden had geweigerd om jegens hem, secretaris van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van Zoutleeuw, toepassing te maken van het koninklijk besluit nr. 519 van 31 maart 1987 tot regeling van de vrijwillige mobiliteit tussen de statutaire personeelsleden van de gemeenten en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn die eenzelfde werkgebied hebben. De gemeenteraad neemt hiervan kennis ter zitting van 26 februari 2009. Tussenkomende partij gaat vanaf maart 2009 aan de slag als stafmedewerker in de gemeente Geetbets.

Op 29 december 2009 deelt Pieter Vanhoutte aan verwerende partij mee dat hij zich niet beroept op de voorrangsregeling in voornoemd koninklijk besluit nr. 519.

Met een brief van 16 april 2010 laat verzoeker aan verwerende partij weten zijn kandidatuur te handhaven en zendt hij een geactualiseerd *curriculum vitae* toe “[t]en einde de gemeenteraad toe te laten bij de beoordeling van de kandidaturen rekening te houden met actuele gegevens”.

Op 6 mei 2010 beslist het college van burgemeester “[d]e geslaagde kandidaten opnieuw voor te leggen aan de gemeenteraad met het verzoek om, na het vergelijken van de titels en verdiensten, over te gaan tot de benoeming van een nieuwe stadssecretaris”.

De gemeenteraad beslist op 25 mei 2010 tussenkomende partij met ingang van 1 oktober 2010 bij wijze van aanwerving te benoemen tot voltijds stadssecretaris in statutair verband. Overwogen wordt inzonderheid “dat beide geslaagde kandidaten, op basis van de beschikbare gegevens, nog steeds voldoen aan alle aanwervingsvoorwaarden” en “dat er opnieuw kennis genomen wordt van de vergelijking van verdiensten en titels zoals destijds opgegeven”.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. Tussenkomen de partij ontving op 14 oktober 2010 de beschikking waarbij haar werd toegelaten om binnen zestig dagen een memorie in te dienen. De memorie die zij pas de 61^{ste} dag indiende, is te laat en wordt dienvolgens uit de debatten geweerd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Verwerende partij betwist in de memorie van antwoord dat verzoeker over het rechtens vereiste actueel belang beschikt. Zij wijst er op dat verzoeker het niet opportuun vond om destijds het eerste benoemingsbesluit aan te vechten en dat hij daardoor expliciet te kennen heeft gegeven de functie van stadssecretaris niet langer te ambiëren. Hij heeft aldus in 2003 laten verstaan niet langer geïnteresseerd te zijn in de functie van stadssecretaris. Na het vernietigingsarrest diende alleen het benoemingsbesluit zelf te worden hernomen en “niet alle voorgaande rechtshandelingen zoals het resultaat van het niet-vergelijkend examen, de beoordeling van de beroepsloopbaan, de specifieke, beroepsrelevante ervaring, de functierelevante diploma's, getuigschriften en brevetten en de bijkomende functierelevante bijscholing of vorming en ervaringen”. Verzoeker stelt, volgens verwerende partij, niet dat de resultaten van het examen opnieuw beoordeeld zouden moeten worden. Voorts rept hij in zijn verzoekschrift met geen woord over zijn actueel belang en legt hij niet uit wat het verhoopte gevolg is van een eventuele vernietiging.

Beoordeling

6. Op verzoeker rust geen stelplicht waardoor hij zijn belang zou moeten uiteenzetten en toelichten in zijn verzoekschrift. Overigens is er geen enkele reden om te betwijfelen dat, zoals duidelijk voor de hand ligt, verzoeker met zijn beroep de weg wil vrijmaken om zelf tot gemeentesecretaris benoemd te kunnen worden.

7. Om welke reden verzoeker niet zelf is opgekomen tegen de benoeming van 30 oktober 2003 van tussenkomen de partij, doet voor de

beoordeling van zijn belang bij het voorliggende beroep tegen de benoeming van 25 mei 2010 niet ter zake.

De benoeming van 30 oktober 2003 moet, gelet op de terugwerkende kracht van de vernietiging ervan door het arrest nr. 190.373 van de Raad van State, nu eenmaal geacht worden nooit te hebben bestaan. Dit geldt voor iedereen (*erga omnes*) en dus ook voor verzoeker.

8. De exceptie valt ten andere niet te rijmen met de houding die verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing zelf aannam. Verre van aan verzoeker voorbij te gaan omdat hij zagezegd “in 2003 al te kennen [heeft] gegeven niet langer geïnteresseerd te zijn”, heeft het college van burgemeester en schepenen integendeel met een brief van 6 mei 2010 meegedeeld goed nota ervan genomen te hebben dat hij zijn kandidatuur bevestigt, en heeft het verklaard daar rekening mee te zullen houden. Met een brief van 27 mei 2010, dan weer, zegde het college dat het verzoekers kandidatuur op 25 mei 2010 aan de gemeenteraad heeft voorgelegd, maar dat “[n]a vergelijking van titels en verdiensten destijds in bezit” de voorkeur uiteindelijk naar de tussenkomende partij is gegaan.

Wat, ten slotte, het gevolg van de vernietiging is moet mee in het licht van het vernietigingsmotief worden beschouwd. In zoverre betreft de exceptie de grond van de zaak.

9. De exceptie wordt verworpen.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

10. Verzoeker voert in een eerste middel de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Inzonderheid argumenteert verzoeker dat een bestuur dat een beslissing treft op grond van gegevens die zeven jaar geleden werden verzameld

en dat de ogen sluit voor nieuwe informatie, manifest niet met de rechte vereiste zorgvuldigheid te werk gaat. Verzoeker bezorgde aan verwerende partij, samen met de bevestiging van zijn kandidatuur voor het ambt van stadssecretaris, een geactualiseerd *curriculum vitae*, met functierelevante bijscholingen en vormingen die hij sinds het initiële benoemingsbesluit heeft gevolgd. De gemeenteraad heeft dit geactualiseerde *curriculum vitae* niet betrokken bij zijn nieuwe beoordeling van de kandidaturen. De gemeenteraad overweegt immers “dat er opnieuw kennis genomen wordt van de vergelijking van verdiensten en titels zoals destijds opgegeven”.

11. Verwerende partij merkt in de memorie van antwoord in de eerste plaats op dat verzoeker de rechtshandelingen die aan het bestreden besluit voorafgaan niet in vraag stelt. Zo betwist hij niet de uitslag van het examen waarin hij 62,25% heeft behaald, hetzij 13,75% minder dan tussenkomende partij. Volgens verwerende partij heeft verzoeker dan ook geen belang bij het middel. Een kandidaat die een klaarblijkelijk betere uitslag behaalt dan andere kandidaten verwerft een gunstiger uitgangspositie. Dit voordeel kan wel worden weggewerkt, doch enkel met een bijzondere motivering. Verzoeker brengt geen elementen aan die dit voordeel ongedaan kunnen maken. Ook als de gemeenteraad rekening had gehouden met de geactualiseerde kandidaturen, dan nog zou gelet op het beduidend puntenverschil tussen verzoeker en tussenkomende partij de rangschikking gelijk zijn gebleven. Overigens heeft de gemeenteraad evenmin rekening gehouden met de sinds 2003 door de tussenkomende partij opgedane ervaring.

De gemeenteraad deed wat hij mocht en moest doen: het vernietigde besluit hernemen waar het fout gelopen is, met behoud van alle voorgaande elementen van het benoemingsdossier. Hierbij diende hij weliswaar rekening te houden met het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest, maar dit had geen betrekking op eventuele aanspraken van verzoeker. Aldus heeft de gemeenteraad “zich [...] op het ogenblik geplaatst van de vernietigde beslissing, te weten 30 oktober 2003 om dienvolgens een nieuwe benoemingsbeslissing uit te spreken op basis van de alsdan voorliggende dossierstukken”.

12. In de laatste memorie merkt tussenkomende partij vooreerst op dat verzoekende partij de voorgaande rechtshandelingen, zoals de examenuitslag, niet betwist heeft, noch in 2003, noch in huidig beroep. Uit de vergelijking van de examenuitslagen blijkt een significant puntenverschil van 13,75 % ten voordele van tussenkomende partij. Aangezien de vernietiging van haar eerste benoeming enkel werd uitgesproken ten gevolge van de miskenning van de toepasselijke regeling betreffende de vrijwillige mobiliteit, vermocht de gemeenteraad opnieuw over te gaan tot de benoeming van een stadssecretaris met behoud van al de elementen van het voorgaande benoemingsdossier. Verwerende partij heeft wel degelijk zorgvuldig gehandeld “door zich te plaatsen *anno* 2003, zowel wat het examenresultaat betreft als de titels en verdiensten van partijen”.

Voorts merkt zij op dat verzoeker geen middel richt tegen de examenuitslag, die een “beduidend puntenverschil van 13,75%” in haar voordeel liet zien. Aan dit “onomstotelijk voordeel” voorbijgaan, zou een bijzondere motivering vereisen. Welnu er zijn geen duidelijke elementen voorhanden die het puntenverschil “kunnen ‘ongedaan maken’”. Hetzelfde geldt voor de voorsprong van tussenkomende partij inzake de functierelevante diploma’s, getuigschriften of brevetten en de bijkomende functierelevante bijscholing, vorming of ervaringen.

Beoordeling

13. Het is niet betwist dat de gemeenteraad bij het nemen van de bestreden beslissing niet is overgegaan tot een nieuwe vergelijking van de titels en verdiensten van de tussenkomende partij en verzoeker, waarbij zij bijvoorbeeld rekening had kunnen houden met de “actuele gegevens” die verzoeker had opgenomen in het “geactualiseerd *curriculum vitae*” dat bij zijn brief van 16 april 2010 aan verwerende partij was gevoegd. Verwerende partij zegt zelf met zoveel woorden dat mocht worden geoordeeld “op basis van de stukken zoals deze hebben geleid tot de vernietigde beslissing” en dat “zij niet verplicht [was] tot een actualisatie van de vergelijking van titels en verdiensten van de kandidaten en aldus een eventuele herbeoordeling van de voorliggende examenresultaten”.

Ten andere doet de bestreden beslissing duidelijk genoeg uitkomen dat wat de vergelijking van verdiensten en titels betreft, de gemeenteraad alleen maar “kennis genomen” heeft van de vergelijking die “destijds” is “opgegeven”.

14. Zowel verwerende als tussenkomende partij menen dat de vernietiging in 2009 van het benoemingsbesluit van 30 oktober 2003 tot gevolg heeft dat zij teruggeplaatst werden in 2003. Dit is een misvatting.

Na het vernietigingsarrest bevonden zij zich in 2009. Het beroep tegen het benoemingsbesluit vermocht niet het verloop van de tijd tegen te houden, noch heeft het vernietigingsarrest de tijd teruggedraaid. Heeft weliswaar het arrest de benoeming van 30 oktober 2003 retroactief ongedaan gemaakt, zodat in het rechtsverkeer gehandeld moet worden alsof de benoeming er nooit is geweest, en mocht na de vernietiging, gelet op het vernietigingsmotief, de verwerende partij niet opnieuw de tussenkomende partij benoemen zonder eerst de voorrangsregeling ten voordele van Pieter Vanhoutte te hebben toegepast, geen enkele verplichting was er voor de verwerende partij om zich bovendien te gedragen alsof de tijd sinds 30 oktober 2003 was blijven stilstaan. De gemeenteraad heeft zich daar overigens in zoverre rekenschap van gegeven dat hij uitdrukkelijk overwoog “dat beide geslaagde kandidaten [...] *nog steeds* voldoen aan alle aanwervingsvoorwaarden” (cursivering door de Raad van State).

15. Wél verplicht, in principe, is de overheid om bij het nemen van een beslissing rekening te houden met de stand op dat moment van de regelgeving en de feitelijke omstandigheden.

Toegepast op de houding die een overheid in de regel moet aannemen wanneer zij na de vernietiging van een beslissing in een nieuwe beslissing wil voorzien, houdt dit in dat zij mogelijk niet zonder meer de procedure zal kunnen en mogen hernemen vanaf het punt waarop ze volgens het annulatiearrest ontspoord is. Immers kan er vanwege het tijdsverloop sinds het nemen van de vernietigde beslissing reden zijn haar verplicht te achten om hoe dan ook eerst de feitelijke gegevens van de zaak te herzien en aan te vullen alvorens, mede op grond ervan, een nieuwe beslissing te nemen.

16. Te dezen verliepen tussen het nemen van de vernietigde benoemingsbeslissing van 30 oktober 2003 en de thans bestreden benoeming van 25 mei 2010 meer dan 6,5 jaar. Deze termijn noodzaakt normaal een actualisering van de feitelijke gegevens van het dossier, voor zoveel er althans geen plausible redenen bestaan die kunnen verantwoorden dat daar in de concrete omstandigheden van de zaak wordt van afgezien. Deze redenen om er van af te zien behoren dan wel in de nieuwe beslissing uitdrukkelijk onder woorden te worden gebracht.

In voorliggend geval was er voor de verwerende partij ten andere des te meer reden om, indien zij meende dat die actualisering uitzonderlijk niet nodig was, deze motieven te expliciteren. Immers had verzoeker met een brief van 16 april 2010 een geactualiseerd *curriculum vitae* toegestuurd, juist “[t]en einde de gemeenteraad toe te laten bij de beoordeling van de kandidaturen rekening te houden met actuele gegevens”.

17. Uit de bestreden beslissing blijken geen redenen om aan de door verzoeker meegedeelde “actuele gegevens” voorbij te gaan en bij wijze van actualisering enkel na te gaan of de beide kandidaten nog steeds aan de benoemingsvoorwaarden voldoen.

Het bestaan van dergelijke redenen is overigens ook niet in de loop van de procedure bij de Raad van State gebleken. Zo is hiervoor *sub* nr. 14 al vastgesteld dat het argument als had het vernietigingsarrest tot gevolg “dat de overheid opnieuw wordt geplaatst op het tijdstip waarop het bestreden besluit werd genomen” en het argument “dat verwerende partij wel degelijk zorgvuldig heeft gehandeld door zich te plaatsen *anno* 2003”, niet kunnen worden bijgevalen. Ook niet bijgevalen wordt het betoog dat door de gemeenteraad “evenmin rekening werd gehouden met de ondertussen legitiem opgedane ervaring van tussenkommende partij sedert oktober 2003”. Het verzuim om de gegevens voor verzoeker te actualiseren wordt niet goedge maakt doordat dit ook niet voor tussenkommende partij werd gedaan.

In de gegeven omstandigheden wordt aangenomen dat de gemeenteraad geen redenen bezat om de gegevens van het dossier niet te

actualiseren alvorens hij op 25 mei 2010 opnieuw over de benoeming van een stadssecretaris besliste.

18. Hieruit volgt dat verzoeker de bestreden beslissing terecht verwijt onvoldoende zorgvuldig tot stand gekomen te zijn.

Tevergeefs trachten verwerende en tussenkomende partij die vaststelling te ontlopen door te doen gelden dat er “hoe dan ook” geen duidelijke elementen aanwezig zijn die kunnen verantwoorden dat wordt voorbijgegaan aan de zogeheten beduidende voorsprong van tussenkomende partij in het niet-vergelijkend examen. Niet aan de Raad van State, maar aan de overheid zelf komt het toe, althans in de eerste plaats, om uit te maken of de geactualiseerde gegevens al dan niet elementen bevatten die de voorsprong die de tussenkomende partij in de examenuitslag onmiskenbaar heeft, ongedaan maken.

Het eerste middel is in de besproken mate gegrond.

VII. Handhaving van de gevolgen

19. Een vernietiging op de voormelde grond zal voor de verwerende partij het verbod inhouden om, zonder eerst tot een nieuwe vergelijking van de titels en verdiensten van tussenkomende en verzoekende partij te zijn overgegaan op basis van geactualiseerde gegevens, opnieuw de tussenkomende partij tot stadssecretaris te benoemen. Als zodanig sluit de uit te spreken vernietiging haar herbenoeming dus geenszins uit.

Dat belet niet dat tussenkomende partij intussen, ten gevolge van de vernietiging het veld zou moeten ruimen en op ander werk zou zijn aangewezen. Ook al na de vernietiging van haar eerdere benoeming van 30 oktober 2003 tot stadssecretaris moest zij ander werk zien te vinden, om de periode naar een eventuele herbenoeming te overbruggen.

In die concrete, zeer specifieke omstandigheden van de zaak komt het de Raad van State voor dat de enkele vernietiging van de bestreden benoeming, zonder meer, de tussenkomende partij nodeloos hard zou treffen. De

Raad van State kan zich dan ook indenken dat hij er in beginsel toe zou kunnen komen de gevolgen van de benoeming van 25 mei 2010 te handhaven tot aan een nieuwe beslissing van de gemeenteraad met betrekking tot de benoeming van de stadssecretaris, met dien verstande dat met het nemen van de nieuwe beslissing niet zou mogen worden getalmd en dat de tussenkomen partij zich jegens verzoeker niet zou mogen laten voorstaan op de feitelijke ervaring die zij in het ambt opdeed.

Evenwel reserveert het artikel 14^{ter} van de gecoördineerde wetten op de Raad van State de mogelijkheid tot handhaving uitsluitend voor de gevolgen van vernietigde verordeningsbepalingen.

Die verschillende behandeling van, eensdeels, degenen wier situatie bepaald wordt door een verordeningsbepaling en, anderdeels, degenen wier situatie geregeld wordt door een rechtsconcretiserende beslissing, werd blijkens de ontstaansgeschiedenis van het artikel 14^{ter} onder meer hierdoor verantwoord dat de Raad van State eerst vertrouwd moest raken met de nieuwe bevoegdheid inzake vernietigde verordeningsbepalingen, waarna het systeem na een evaluatie eventueel kon worden uitgebreid tot vernietigde individuele beslissingen (Commissieverslag, *Parl.St.* Kamer 1995-96, nr. 644/4, 3-4 en 5-7). Intussen is de bedoelde vertrouwdheid met de nieuwe bevoegdheid een feit.

20. Uit wat voorafgaat, besluit de Raad van State dat er aanleiding is om aan het Grondwettelijk Hof de in het dictum omschreven prejudiciële vraag voor te leggen.

BESLISSING

1. De debatten worden heropend.

2. Aan het Grondwettelijk Hof wordt de volgende vraag gesteld:

“Schendt artikel 14^{ter} van de gecoördineerde wetten op de Raad van State de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, doordat het niet ook in de mogelijkheid voorziet om geheel of gedeeltelijk de gevolgen van een vernietigde rechtsconcretiserende beslissing te handhaven en doordat het aldus in een verschillende behandeling voorziet van, eensdeels, degenen wier situatie door een vernietigde verordeningsbepaling wordt geregeld en, anderdeels, degenen wier situatie wordt bepaald door een vernietigde individuele beslissing?”

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 december 2011, 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