

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.940 van 22 januari 2015
in de zaak A. 210.837/IX-8260**

In zake: Ilse COUWENBERG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Verbist
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Graaf Van Hoornestraat 51
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Justitie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Emmanuel Jacubowitz en Anthony Poppe
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

Koenraad MOENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Veerle Tollenaere
kantoor houdend te 9000 Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen
en
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Willy Van Eeckhoutte
kantoor houdend te 9051 Gent
Drie Koningenstraat 3

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 25 november 2013, strekt tot de nietigverklaring van het koninklijk besluit van 21 september 2013 waarbij Koenraad Moens benoemd wordt tot raadsheer in het Hof van Cassatie.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Koenraad Moens heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 6 januari 2014. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Geert De Bleeckere heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 januari 2015.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stijn Verbist, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Anthony Poppe, die tevens *loco* advocaat Emmanuel Jacobowitz verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Veerle Tollenaere, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste 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

3.1. In het Belgisch Staatsblad van 24 januari 2013 wordt bekendgemaakt dat er met ingang van 1 juli 2013 een betrekking van raadsheer in het Hof van Cassatie vacant is.

3.2. Acht magistraten die aan de voorwaarden voldoen om tot raadsheer in het Hof van Cassatie benoemd te worden stellen zich kandidaat voor de vacante betrekking, onder wie verzoekster en de tussenkomende partij.

3.3. Beiden verkrijgen de definitieve beoordeling ‘zeer goed’ in het kader van de evaluatie door hun korpschefs op grond van artikel 259*novies*, § 6, Ger.W.

Dezelfde korpschefs verlenen eveneens een gemotiveerd advies met besluit ‘zeer gunstig’ met betrekking tot de beide kandidaten. Ook de vertegenwoordigers van de balies van het gerechtelijk arrondissement waar verzoekster en de tussenkomende partij werkzaam zijn hebben voor elk van beiden een gemotiveerd advies ‘zeer gunstig’ gegeven.

De algemene vergadering van het Hof van Cassatie verleent over verzoekster een gemotiveerd advies met als eindvermelding ‘uitmuntend’, besluitend:

“Ilse Couwenberg is een uitstekende magistraat. Gelet op haar uitmuntende staat van diensten en rijke juridische expertise is zij uiterst geschikt

voor de te begeven functie. Zij heeft een diepgaande kennis van het privaatrecht met een bijzondere belangstelling voor het (internationaal) procesrecht en het IPR. Haar doorgedreven kennis van het Europees recht zou voor het Hof een waardevolle aanwinst zijn aangezien het steeds meer geconfronteerd wordt met de complexe vragen die de meergelaagdheid van ons rechtssysteem doet rijzen. Zij is bovendien goed vertrouwd met de cassatietechniek zodat deze kandidate onmiddellijk inzetbaar is. Dit alles maakt dat zij uitzonderlijk geschikt is om te voldoen aan de behoeften van het Hof.”

Over de tussenkomende partij verleent de algemene vergadering van het Hof van Cassatie een gemotiveerd advies met als eindvermelding ‘zeer gunstig’ en waarvan het besluit luidt:

“Koenraad Moens heeft een grote ervaring op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht evenals het tuchtrecht. Zijn kennisveld van het privaatrecht is breed en hij getuigt van een grote inzet. Hij is ook vertrouwd met de cassatietechniek zodat deze kandidaat onmiddellijk inzetbaar is.
Dit maakt dat hij voldoet aan de behoeften van het Hof.”

3.4. Op 25 juni 2013 beslist de Nederlandstalige benoemings- en aanwijzingscommissie van de Hoge Raad voor de Justitie (hierna ook: de benoemingscommissie), de kandidaten gehoord, “na afweging van alle elementen betreffende de bekwaamheid en de geschiktheid van de kandidaten [...] met de vereiste meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen om Koenraad Moens voor te dragen aan de Minister van Justitie”.

3.5. Met het thans bestreden koninklijk besluit van 21 september 2013 wordt de tussenkomende partij dan tot raadsheer in het Hof van Cassatie benoemd. Het benoemingsbesluit is, met weglating van de overwegingen over de andere kandidaten, als volgt gemotiveerd:

“Gelet op het Gerechtelijk Wetboek, de artikelen 186*bis*, 254 en 259*ter*;
Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, artikel 43*quater*;
Overwegende dat het ambt van raadsheer in het Hof van Cassatie, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 24 januari 2012, vacant is sedert 1 juli 2013;
Overwegende dat dient te worden voorzien door de benoeming van een Nederlandstalige kandidaat;

Overwegende dat de heer Moens Koenraad, raadsheer in het hof van beroep te Brussel, houder is van het diploma licentiaat in de rechten in de Nederlandse taal;

Overwegende dat de door de wet voorziene adviezen werden gevraagd op 5 maart 2013 en 30 april 2013;

Overwegende dat deze adviezen werden uitgebracht binnen de wettelijke termijn;

Overwegende dat de Nederlandstalige Benoemings- en Aanwijzingscommissie van de Hoge Raad voor de Justitie op 11 juni 2013 werd verzocht een voordracht te verrichten;

Overwegende dat deze kandidaat, met de vereiste meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen door deze commissie werd voorgedragen voor de vacante plaats van raadsheer in het Hof van Cassatie, op grond van volgende motivering:

‘Blijkens de uitgebrachte adviezen heeft het Hof thans behoefte aan een magistraat die een grondige kennis heeft van – en ervaring heeft met – het algemeen burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht. Gespecialiseerde ervaring in een aantal bijzondere takken van dit recht, en interesse in het Europees recht en handelsrecht strekken tot aanbeveling. Door het toenemend aantal zaken en hun vaak toegenomen complexiteit heeft het Hof behoefte aan een magistraat die in staat is om binnen korte termijn kwaliteitsarresten op te stellen. Aangezien de arresten van het Hof altijd het product zijn van overleg wordt van de voor te dragen kandidaat verwacht dat hij/zij afwijkende meningen kan aanvaarden, hetgeen een zekere assertiviteit, luisterbereidheid, openheid van geest, bescheidenheid, collegialiteit en loyauteit veronderstelt. De aard van de toetsing van de rechterlijke beslissingen houdt in dat de kandidaat zich aanpast aan de bijzondere cassatietechniek. Hij/zij moet zin hebben voor details en bereid zijn een zaak uit te diepen en verregaande opzoekingen te doen. Hij/zij dient in staat te zijn de problemen scherp te analyseren, te synthetiseren en methodisch te werken, dit binnen een redelijke termijn. Van de voor te dragen kandidaat wordt voorts verwacht dat hij zijn mening in een duidelijke en verzorgde taal kan uitspreken en neerschrijven. Voor de interne en externe communicatie heeft het Hof ook behoefte aan een kandidaat die naast een perfecte kennis van het Nederlands ook een goede passieve kennis heeft van het Frans. Kennis van de Engelse taal wordt als een troef beschouwd.

Koenraad Moens behaalde in 1978, met onderscheiding, het diploma van licentiaat in de rechten. Van oktober 1978 tot november 1994 was hij advocaat aan de balie te Leuven.

Bij Koninklijk besluit van 14 april 1994 werd hij benoemd tot plaatsvervangend rechter in het vredegerecht van het tweede kanton Leuven.

Bij Koninklijk besluit van 16 november 1994 werd hij benoemd tot rechter in de rechtbank van koophandel te Leuven. Hij was er

onder meer voorzitter van de tweede kamer, voorzitter van de derde kamer voor handelsonderzoek en dienstdoend voorzitter.

Bij Koninklijk besluit van 29 april 1999 werd hij benoemd tot raadsheer in het hof van beroep te Brussel. Hij was er lid en voorzitter van diverse kamers. Sedert juni 2000 werd hem machtiging verleend om te zetelen als alleenzetelend raadsheer.

Hij was magistraat met opdracht bij het Hof van Cassatie van 1999 tot 2005.

De kandidaat kan voorts onder meer bogen op een ervaring als docent aan de Koninklijke Militaire School (van 2005 tot 2008), als voorzitter van de tuchtcommissie in hoger beroep van het instituut voor accountants en belastingconsulenten (van 2004 tot 2010) en als onderzoeksmagistraat voor de nationale tuchtraad (sedert 2010).

De kandidaat blijkt zeer regelmatig – zowel actief als passief – deel te nemen aan studienamiddagen. Hij is en was tevens redacteur van meerdere juridische tijdschriften en wetboeken.

De kandidaat is houder van een getuigschrift van kennis van de Franse taal in de zin van artikel 43*quinquies* van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

De algemene vergadering van het Hof van Cassatie verleent een zeer gunstig advies aan de kandidaatstelling van Koenraad Moens voor de vacante plaats van raadsheer in het Hof van Cassatie. In dit advies wordt onder meer gesteld dat de kandidaat gedurende zijn loopbaan als advocaat, plaatsvervangend vrederechter, rechter in de rechtbank van koophandel en raadsheer in het hof van beroep een rijke juridische ervaring heeft opgebouwd, ervaring die zich hoofdzakelijk situeert binnen het burgerlijk recht, het handelsrecht en het tuchtrecht. De kandidaat is ingevolge zijn aanstelling als magistraat met opdracht bij het Hof tevens vertrouwd met de cassatietechniek. Heden is hij in het hof van beroep te Brussel als adjunct van de eerste voorzitter betrokken bij de organisatie van het hof en zetelt hij regelmatig alleenzetelend in burgerlijke zaken. De kandidaat getuigt van een grote inzet en plichtsbewustheid bij de uitoefening van zijn taken, alsmede van een grote bezorgdheid voor een goede rechtsbedeling. Hij beschikt over een goede assertiviteit, is luisterbereid, weet te overleggen en getuigt van een sterke openheid van geest en een groot aanpassingsvermogen, gekoppeld aan efficiëntie. Binnen zijn korps staat de kandidaat bekend als een collegiaal, loyaal en hoffelijk persoon. Als magistraat met opdracht gaf de kandidaat steeds blijk van zorg en bekwaamheid. Zijn arresten getuigen van een grondige analyse van de gestelde problemen, alsmede van een grote vakkennis. De kandidaat beschikt tevens over een zeer grote werkkraft, een uitstekende kennis van de Franse taal en een goede actieve kennis van het Engels en een goede passieve kennis van het Duits. De algemene vergadering besluit dat de kandidaat gezien zijn grote ervaring op het gebied van het burgerlijk recht, het handelsrecht en het tuchtrecht,

zijn grote inzet en zijn vertrouwddheid met de cassatietechniek voldoet aan de behoeften van het hof en dat hij onmiddellijk inzetbaar is binnen het Hof.

De eerste voorzitter van het hof van beroep te Brussel verleent eveneens een zeer gunstig advies aan de kandidaat. Volgens de eerste voorzitter beschikt Koenraad Moens over een zeer grondige kennis van de burgerlijke procesregels en van het burgerlijk- en het handelsrecht en over een zeer flexibel aanpassingsvermogen voor nieuwe materies. Nog volgens zijn korpschef weet Koenraad Moens zich zowel mondeling als schriftelijk in een klare en correcte taal uit te drukken, dit eveneens in het Frans. De kandidaat heeft geen problemen met het nemen van beslissingen in dossiers die hem worden toevertrouwd. Beslissingen worden zonder vertraging uitgewerkt, steunend op een solide basis van grondige voorbereiding, doorzicht en grote kennis en ervaring, dit zowel op juridisch als op menselijk en organisatorisch vlak. De kandidaat wordt door zijn collega's geloofd omwille van zijn intellectuele en dynamische kwaliteiten, zijn output en zijn engagement voor de verbetering en ondersteuning van het Brusselse hof van beroep. Hij staat tevens bekend omwille van zijn groot respect voor de medemens, zijn groot rechtvaardigheidsgevoel, zijn werkkraft, vriendelijkheid, dienstvaardigheid, zelfbeheersing, en discretie. Zijn tussenkomsten in beheerszaken worden door iedereen aanvaard omwille van zijn geduldige aanpak, zijn luisterbereidheid, zijn bijna permanente beschikbaarheid, en de rustige, diplomatische en vastberaden wijze waarop hij de oplossingen voor vooraf grondig doordachte problemen weet over te brengen. De kandidaat wordt voorts omschreven als een studax die veel belangstelling heeft voor de zaken die hem worden toevertrouwd, zelfs in moeilijke materies die nieuw voor hem zijn. Voorts wordt onder meer het aanpassingsvermogen van de kandidaat, zijn openheid van geest, zijn zin voor studie en opzoeking en zijn gedisciplineerde en efficiënte werkwijze benadrukt. De voorzitter van het hof van beroep besluit zijn advies door Koenraad Moens te omschrijven als een uitmuntend jurist, een uiterst bekwaam magistraat, een zonder voorbehoud betrouwbare medewerker, een zeer beheerste, toegankelijke, humane, begripvolle en aangename collega en een zeer harde werker.

De vertegenwoordigers van de Brusselse balie verlenen eveneens een zeer gunstig advies aan Koenraad Moens. Bij de balie staat de kandidaat bekend als een besluitvaardig magistraat die de hem toevertrouwde dossiers zonder vertraging uitwerkt, steunend op een solide basis van grondige voorbereiding. De kandidaat wordt door de balie ten zeerste gewaardeerd voor zijn kennis en voor de kwaliteit van zijn werkzaamheden. Hij houdt zowel in het Nederlands als in het Frans zitting, geeft blijk van werkkraft en bereidheid om de zaken vlot te behandelen en is een uiterst correct persoon met een grote luisterbereidheid, gekoppeld aan voldoende

kordaatheid wanneer en waar nodig. De vertegenwoordigers van de Brusselse balie achten de kandidaat bijzonder bekwaam en geschikt voor de vacante plaats van raadsheer en adviseren zijn kandidaatstelling zeer gunstig zonder enig voorbehoud.

Gedurende de hoorzitting maakt Koenraad Moens een zeer degelijke, correcte en gemotiveerde indruk. Hij toont zich zeer weloverwogen, helder en correct in het beantwoorden van de vragen die hem worden gesteld en geeft doorheen zijn antwoorden blijk van een doorleefde visie op de werkwijze, de taken en de verantwoordelijkheden van een raadsheer in het Hof van Cassatie. Gedurende het gesprek legt de kandidaat de nadruk op zijn engagement voor het rechtspreken. Hij wijst onder meer op zijn ervaring, als advocaat, als magistraat en als medewerker aan juridische publicaties, inzake het burgerlijk- en het handelsrecht.

De commissie is van oordeel dat Koenraad Moens ten volle beantwoordt aan het gevraagde profiel en dat hij over alle kwaliteiten beschikt om een zeer degelijk, geëngageerd en efficiënt raadsheer te worden in het Hof van Cassatie. Zijn uitgebreide kennis van het burgerlijk recht in de ruime zin en van het handelsrecht, kennis die hij onder meer opdeed als advocaat, plaatsvervangend vrederechter, rechter in de rechtbank van koophandel en raadsheer, zijn ervaring als magistraat met opdracht bij het Hof van Cassatie, zijn sterke motivatie en groot engagement, zijn plichtsbewuste ingesteldheid, zijn inzet, werkkraft en efficiëntie, zijn analytische en op overleg gerichte ingesteldheid, zijn zin voor opzoekingen en bijscholing, zijn dynamisme, zijn zeer geschikte sociale en communicatieve vaardigheden en zijn uitstekende kennis van het Frans staan ervoor garant dat hij tot eenieders tevredenheid het genoemde ambt zal weten uit te oefenen.

[...]

Ilse Couwenberg behaalde in juli 1990, met grote onderscheiding, het diploma van licentiaat in de rechten. Zij behaalde in 1991, eveneens met grote onderscheiding, het 'diplôme de hautes études juridiques Européennes'. Van oktober 1991 tot augustus 1997 was zij assistente internationaal privaatrecht aan de Katholieke Universiteit Leuven. Van oktober 1993 tot september 1997 was zij tevens advocaat aan de balie te Brussel. Zij was als medewerkster van een advocaat bij het Hof van Cassatie belast met het opstellen van adviezen, memories van antwoord en voorzieningen in cassatie, dit zowel in burgerlijke- als in handelszaken. Van september 1997 tot augustus 1998 was zij wetenschappelijk onderzoeker/houder van een bijzondere onderzoeksbeurs van het FWO. Van oktober 1998 tot februari 2002 was zij gerechtelijk stagiair bij de rechtbank van eerste aanleg te Dendermonde en wetenschappelijk medewerkster bij de afdeling internationaal en buitenlands recht van de Katholieke universiteit Leuven. Bij koninklijk besluit van 21 januari 2002 werd zij benoemd tot rechter in de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen. Zij behandelde er onder meer strafrechtelijke

dossiers, beroepen tegen vonnissen vredegerechten en dossiers inzake financiële contracten. Bij koninklijk besluit van 10 februari 2008 werd zij vervolgens benoemd tot raadsheer in het hof van beroep te Antwerpen. Zij behandelde er onder meer dossiers inzake het algemeen verbintenissenrecht, bouwzaken, verzekeringen, aansprakelijkheid en schadeafwikkeling. Uit het dossier blijkt dat de kandidate een grote aandacht vertoont voor opleiding en permanente vorming. Zij is tevens auteur van een groot aantal juridische publicaties en geeft regelmatig voordrachten met betrekking tot juridische thema's. Van de algemene vergadering van het Hof van Cassatie verkrijgt de kandidate een uitmuntend advies. Daar een dergelijke eindbeoordeling niet is voorzien wordt dit advies geacht een zeer gunstig advies te zijn. De algemene vergadering besluit in dit advies dat de kandidate een uitstekende magistraat is met een uitmuntende staat van dienst en een rijke juridische expertise, hetgeen haar uiterst geschikt maakt voor de te begeven functie. Men wijst voorts onder meer op haar vertrouwde met de cassatietechniek, haar diepgaande kennis van het privaatrecht, haar belangstelling voor het internationaal privaatrecht en haar doorgedreven kennis van het Europees recht, hetgeen een waardevolle aanwinst zou kunnen zijn voor het Hof. Zowel van de eerste voorzitter van het hof van beroep te Antwerpen als van de stafhouder van de Antwerpse balie verkrijgt de kandidate een zeer gunstig advies.

Gedurende de hoorzitting maakt Ilse Couwenberg een goede, gemotiveerde en degelijke indruk. Zij weet de vragen van de commissie op een correcte wijze te beantwoorden en geeft blijk van een realistische visie op de taken, de werkwijze en de verantwoordelijkheden van een raadsheer in het Hof. Zij wijst gedurende haar onderhoud met de commissie onder meer op haar collegiale ingesteldheid, haar ervaring inzake het internationaal privaatrecht en haar sterke motivatie naar het vacante ambt toe. Hoewel de commissie oog heeft voor de rijke en gediversifieerde professionele ervaring van de kandidate, is zij van oordeel dat Koenraad Moens zich voor deze vacante plaats van haar onderscheidt door zijn beëindigend langere professionele ervaring in het algemeen (34,5 jaar ten opzichte van 21,5 jaar) en door zijn meer uitgebreide ervaring als effectief zetelend magistraat (18,5 jaar ten opzichte van 11,5 jaar).

[...]

Overwegende dat deze motivering een misslag bevat, in die zin dat [kandidaat 8] bij koninklijk besluit van 10 augustus 1998 benoemd werd tot toegevoegd rechter voor het rechtsgebied van het hof van beroep te Brussel, en niet bij koninklijk besluit van 15 september 1998, zoals verkeerdelijk vermeld werd;

Overwegende dat deze misslag nochtans niet van aard is om de voordracht van de commissie op enige wijze te hebben beïnvloed;

Overwegende dat uit wat voorafgaat tevens blijkt, dat betrokkene aan alle wettelijke benoemings- en taalvoorwaarden voldoet;
Overwegende dat de Nederlandstalige Benoemings- en Aanwijzingscommissie van de Hoge Raad voor de Justitie de lijst met de voorgedragen kandidaat en de niet-voorgedragen kandidaten en het proces-verbaal van de voordracht aan de Minister van Justitie heeft meegedeeld, tegen gedagtekend ontvangstbewijs, op 22 augustus 2013;
Overwegende dat de voordracht van deze commissie uitdrukkelijk en afdoende gemotiveerd is;
Overwegende dat op grond van bovenstaande motivering, tot benoeming van de voorgedragen kandidaat dient te worden overgegaan.”

IV. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

4.1. Een eerste middel is genomen uit “de schending van de artikelen 10 en 11 Grondwet, van artikel 33 Grondwet, van artikel 151, § 3 Grondwet, van artikel 151, § 4 Grondwet, van artikel 259ter, § 1 Ger. W, van artikel 259ter, § 2 Ger.W., van artikel 259ter, § 3 Ger.W., van de formele motiveringsplicht (zoals onder meer vervat in de artikelen 2 en 3 Wet Formele Motivering Bestuurs-handelingen), van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur inzonderheid de materiële motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, en het beginsel van gelijke toegang tot het openbaar ambt, en van de verplichting om de titels en verdiensten van de kandidaten voor een openbaar ambt onderling te vergelijken”.

4.2. Verzoekster merkt op dat de commissie het advies ‘uitmuntend’ van de algemene vergadering van het Hof van Cassatie onterecht degradeert naar een ‘zeer gunstig’ advies met als enkele, niet afdoende, motivering dat de eindbeoordeling ‘uitmuntend’ “niet is voorzien”. Zij betoogt dat artikel 259ter Ger.W. geen rechtsgrond biedt om de algemene vergadering van het Hof van Cassatie in het kader van haar adviesverlening te verplichten om het door de verenigde benoemingscommissie voorgestelde standaardformulier en *a fortiori* de hierin opgenomen – beperkte – eindbeoordelingen te gebruiken.

Ondergeschikt merkt zij op dat enige verplichting ten hoogste de vorm, maar niet de inhoud van het advies kan betreffen. Noch artikel 259^{ter}, § 1, noch artikel 259^{ter}, § 3, Ger.W, bevat immers enige rechtsgrond op grond waarvan de minister van Justitie, al dan niet op voorstel van de Hoge Raad voor de Justitie, dan wel de Hoge Raad voor de Justitie zelf, op limitatieve en dwingende wijze de adviescategorieën zou kunnen vastleggen waaruit de eindbeoordeling van de algemene vergadering van het Hof van Cassatie kan bestaan.

Voor verzoekster staat dan ook vast dat de algemene vergadering van het Hof van Cassatie het recht heeft om een kandidaat-raadsheer in een gemotiveerd en schriftelijk advies de eindbeoordeling ‘uitmuntend’ te verlenen en om aldus een onmiskenbaar onderscheid te maken met andere kandidaat-raadsheren aan wie ‘slechts’ (in vergelijking met de beoordeling ‘uitmuntend’) een ‘zeer gunstig’ of ‘gunstig’ advies wordt verleend.

4.3. Door een advies ‘uitmuntend’ gelijk te stellen met een advies ‘zeer gunstig’ neemt de verwerende partij een beslissing op grond van een vervormde werkelijkheid.

4.4. Die handelwijze schendt, aldus verzoekster, tegelijk de formelemotiveringsplicht, de materiëlemotiveringsplicht en het redelijkheidsbeginsel.

4.5. Verzoekster wijst erop dat de benoemingscommissie een bijzondere aandacht dient te hechten aan het advies van de algemene vergadering van het Hof van Cassatie. Dit adviserend orgaan behoort immers tot het rechtscollege waarvoor de kandidaat werd gezocht en het heeft ook, anders dan *in casu* de korpschef van een kandidaat of de vertegenwoordiger van de balie, zelf de bekwaamheid en de geschiktheid van alle kandidaten-raadsheren kunnen vergelijken en toetsen aan het gewenste profiel, om op grond van deze vergelijking tot een welbepaalde eindbeoordeling te komen.

Verzoekster haalt de adviezen aan die de algemene vergadering heeft geformuleerd over haarzelf en over de tussenkomende partij. Gelet op de gebruikte bewoordingen kan volgens verzoekster niet op een ernstige wijze worden betwist dat het advies over haarzelf onmiskenbaar veel gunstiger is dan het advies over de tussenkomende partij. Toch is de benoemingscommissie hieraan voorbijgegaan door zonder verder enige verwijzing te maken naar het – inhoudelijk gunstiger – advies over verzoekster, haar vergelijking van de stukken in de benoemingsdossiers van verzoekster en de tussenkomende partij te beperken tot de vaststelling dat laatstgenoemde zich voor de vacante plaats van verzoekster onderscheidt door haar beduidend langere professionele ervaring in het algemeen en door haar meer uitgebreide ervaring als effectief zetelend magistraat.

4.6. Verzoekster erkent dat de algemene vergadering van het Hof van Cassatie slechts een niet-bindend advies geeft, maar indien de overheid afwijkt van dit advies impliceert dit dat hiervoor de redenen die deze afwijking in rechte en in feite verantwoorden opgegeven moeten worden. Dit is hier niet het geval, terwijl net een strengere motiveringsplicht geldt omdat afgeweken wordt van het advies.

5.1. In de memorie van antwoord citeert de verwerende partij uit de parlementaire totstandkoming van de bepaling in het Gerechtelijk Wetboek die met betrekking tot de adviezen van de korpschefs en de balie een standaardformulier heeft ingevoerd. Hieruit blijkt de doelstelling om de conformiteit van alle adviezen te bewaren. Het feit dat de minister van Justitie voor de algemene vergadering van het Hof van Cassatie niet op dwingende wijze standaardformulieren heeft opgelegd, belet de Hoge Raad voor de Justitie niet om, ter wille van het door de wetgever gewilde behoud van de conformiteit van de adviezen, de eindvermelding te verbeteren. Overigens heeft de algemene vergadering zich achter deze wens van conformiteit geschaard aangezien zij gebruik heeft gemaakt van het door de minister van Justitie opgestelde standaardformulier. Daarom kon de eindvermelding volgens de verwerende partij wel degelijk gewijzigd worden naar ‘zeer gunstig’.

5.2. De verwerende partij gaat vervolgens over tot een punctuele vergelijking van de adviezen die de algemene vergadering van het Hof van Cassatie over verzoekster en de tussenkomende partij heeft geformuleerd en komt daarbij tot de conclusie dat beiden inzake kennis en ervaring, persoonlijkheid, communicatieve vaardigheden, studie en onderzoek, werkkraft, talenkennis, geografische vertegenwoordiging en wetenschappelijke activiteiten, gelijkwaardig zijn, minstens dat verzoekster niet zichtbaar beter scoort dan de tussenkomende partij. De inhoud van het advies kan dan ook niet worden beschouwd als afwijkend van de voordracht door de benoemingscommissie. Daarom moest zelfs niet worden weergegeven waarom er afgeweken werd van dit advies en kon de eindvermelding worden gewijzigd door de benoemingscommissie.

5.3. De verwerende partij meent verder dat verzoekster geen belang heeft bij haar opmerkingen betreffende de onwettigheid van de wijziging van de eindvermelding door de benoemingscommissie. Het betreft immers een louter formele wijziging die geen invloed gehad heeft op de besluitvorming. De tussenkomende partij werd immers verkozen omwille van haar ervaring die ongeveer de helft groter is dan die van verzoekster. Zelfs wanneer zij een gunstiger advies van het Hof van Cassatie zou gekregen hebben – *quod non* – dan nog wordt in de bestreden beslissing aangegeven waarom de voorkeur aan de tussenkomende partij wordt gegeven.

De verwerende partij herinnert aan het belang van de benoemingscommissie, zoals ook onderkend in de rechtspraak van de Raad van State, als door de grondwetgever meest geschikt geacht orgaan om de kandidaturen te vergelijken.

5.4. De verwerende partij stelt nog dat het argument, dat artikel 259ter, § 3 Ger.W. de minister van Justitie niet de bevoegdheid geeft om criteria vast te leggen, niet pertinent is. De algemene vergadering van het Hof van Cassatie heeft immers advies verleend op grond van de criteria die zijn opgenomen in het standaardformulier, vastgelegd door de minister van Justitie in om-

zendbrief nr. 65. Verzoekster betwist de pertinentie van die criteria niet, zodat zij dan ook geen voordeel kan halen uit deze kritiek.

Dat de bestreden beslissing gesteund is op gegevens die zich niet in het dossier bevinden, kan evenmin worden gevolgd. Enkel de eindvermelding werd gewijzigd omdat deze niet voorkwam op de formulieren die door het Hof van Cassatie gebruikt worden. Hadden de benoemingscommissie of de minister deze eindvermelding niet gewijzigd dan ware dit volgens de verwerende partij een inbreuk op de door de wetgever gewilde conformiteit geweest.

5.5. Dat de benoemingscommissie zonder inhoudelijke vergelijking voorbijgegaan is aan het advies van de algemene vergadering van het Hof van Cassatie kan evenmin worden aangenomen. De verwerende partij verwijst naar het vooropgestelde profiel met de criteria waaraan de kandidaat moest voldoen en zij toetst dit aan hetgeen hierover in de voordracht van de benoemingscommissie en de bestreden beslissing wordt gesteld: daaruit blijkt dat de tussenkomende partij en verzoekster beantwoorden aan het door het Hof van Cassatie vooropgestelde profiel. Dat de voorkeur werd gegeven aan de tussenkomende partij wordt verantwoord door haar langere beroepservaring. De opmerking dat de benoemingscommissie niet motiveert waarom zij afwijkt van het advies van de algemene vergadering van het Hof van Cassatie is dan ook niet correct, omdat het motief hiervoor juist gelegen is in die langere beroepservaring. De Raad van State heeft reeds meermaals geoordeeld dat anciënniteit een deugdelijk en pertinent criterium is.

6. In haar toelichtende memorie sluit de tussenkomende partij zich in essentie aan bij het antwoord van de verwerende partij. Ook zij wijst op het doel van het invoeren van de standaardformulieren en merkt op dat voor de adviezen van de algemene vergadering van het Hof van Cassatie het standaardformulier ingevoerd door omzendbrief nr. 65 werd gebruikt. Dat de minister van Justitie het gebruik van de standaardformulieren aan het Hof niet dwingend heeft opgelegd, belet ook volgens haar de benoemingscommissie niet om de eindver-

melding te verbeteren om de door de wetgever gewenste conformiteit te behouden.

Verzoekster heeft ook geen belang bij het middel omdat het louter formeel wijzigen van de eindvermelding geen enkele invloed heeft op de inhoud van het advies, noch op de voordracht en de besluitvorming.

Verzoekster gaat ervan uit dat de vermelding ‘uitmuntend’ iets anders is dan ‘zeer goed’, terwijl dit volgens het Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal de enige definitie is. Verzoekster gaat er vanuit dat zij onmiskenbaar een veel gunstiger advies heeft gekregen, maar dit blijkt ook niet als de adviezen inhoudelijk vergeleken worden, minstens blijkt niet dat verzoekster zichtbaar grotere aanspraken kon maken. En zelfs indien het advies ten aanzien van verzoekster gunstiger was – *quod non* – dan nog wordt in de voordracht en de besluitvorming aangegeven waarom de voorkeur wordt gegeven aan de tussenkommende partij wegens haar langere ervaring. Er wordt dan ook niet afgeweken van het advies van de algemene vergadering van het Hof van Cassatie, zodat er ook geen strengere motiveringsplicht gold. Dat de ervaring een louter kwantitatief criterium zou zijn kan evenmin worden aangenomen. Ervaring is een kwalitatief criterium aangezien het betrekking heeft op hetgeen iemand door ondervinding geleerd heeft. De tussenkommende partij heeft een duidelijk grotere ervaring.

7. De verwerende partij herneemt in haar laatste memorie haar stelling dat in de adviezen van het Hof van Cassatie niet te bespeuren valt waarom verzoekster een vermelding ‘uitmuntend’ kreeg terwijl voor de tussenkommende partij ‘zeer gunstig’ werd weergegeven. De kandidaten werden door het Hof als gelijkwaardig beschouwd, op bepaalde punten scoorde de tussenkommende partij zelfs beter.

In de bestreden beslissing werd rekening gehouden met de motieven aangehaald door de algemene vergadering van het Hof van Cassatie.

Is voorts in de bestreden beslissing geen gewag gemaakt van het in het profiel ter sprake gekomen genderonevenwicht in het Hof van Cassatie en de leeftijdsstructuur, dan kunnen en mogen dit geen doorslaggevende criteria zijn, aldus de verwerende partij. Zowel de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie’ als de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen’ aanvaarden het maken van een onderscheid volgens leeftijd of geslacht enkel op grond van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste, waarvan hier geen sprake kan zijn. Ook de algemene vergadering van het Hof van Cassatie heeft erkend dat er slechts rekening mee kan worden gehouden bij gelijkwaardigheid van de kandidaten. Welnu, de voorkeur is gegeven aan de tussenkomende partij omwille van haar grotere anciënniteit zodat er van gelijkwaardigheid geen sprake was.

8. In haar laatste memorie betwist de tussenkomende partij dat het enkele gebruik van de eindwaarderingen ‘uitmuntend’ en ‘zeer gunstig’ tot de conclusie leidt dat het Hof van Cassatie geen gelijkwaardige adviezen heeft gegeven over de beide kandidaten. Er kan niet worden voorbijgegaan aan de inhoud van de adviezen, die geenszins gunstiger is voor verzoekster.

Uit de inhoud van de adviezen blijkt “dat er (minstens) een gelijkwaardige kandidaat voorligt”.

De tussenkomende partij herhaalt dat ‘uitmuntend’ en ‘zeer gunstig’ ook taalkundig synoniemen zijn.

Zij wijst erop dat de benoemingscommissie in de voordracht rekening houdt met de inhoud van het advies.

De argumenten ‘leeftijd’ en ‘gender’ ten slotte mogen geen rol spelen. Dit kan indien tot een uiteindelijk volledige gelijkwaardigheid van de kandidaturen zou worden besloten, maar dat is niet het geval gezien de beduidend langere anciënniteit van de tussenkomende partij.

Beoordeling

9. Hoewel langere ervaring of anciënniteit een deugdelijk en pertinent criterium kan zijn om de voorkeur voor een kandidaat te verantwoorden, zij in de huidige zaak vastgesteld dat de benoemingscommissie en vervolgens de benoemende overheid slechts bij dit criterium zijn uitgekomen om aan de tussenkomen- de partij de voorkeur te geven, nadat volgens de commissie uit de adviezen van de algemene vergadering van het Hof van Cassatie zou zijn gebleken dat de beide kandidaten overigens gelijkwaardig zijn.

10. De verwerende en de tussenkomen- de partij argumenteren uitvoerig om aan te tonen, eensdeels, dat de inhoudelijke vergelijking die de algemene vergadering van het Hof van Cassatie heeft gemaakt moet aantonen dat de twee kandidaten gelijkwaardig zijn en, anderdeels, dat ze gelet op het verschil in anciënniteit nu net niét gelijkwaardig zijn.

Deze partijen veronachtzamen daarbij het belangrijkste; te weten dat de benoemingscommissie de adviezen van het Hof van Cassatie parafraseert en daarbij – bijgevallen door de benoemende overheid – met geen woord die op de kandidaten toegeschreven vergelijking en afweging heeft gemaakt, maar in de lectuur van de beschrijving van beider titels en verdiensten door het Hof van Cassatie de kandidaten aan elkaar gewaagd acht, louter omdat de kwalificatie ‘uitmuntend’ niet is toegestaan en ze als ‘zeer gunstig’ opgevat moet worden. Uit niets blijkt dat de commissie het nodig vond om, zoals in de procedure voor de Raad van State in het verweer wél uitvoerig gebeurt, dit ook zelf door een inhoudelijke vergelijking van de dossiers concreet aan te tonen.

In redelijkheid kan de Raad er nochtans niet aan voorbij dat het Hof van Cassatie zeer bewust een aparte kwalificatie ‘uitmuntend’ heeft gebezigd om aan te geven dat in zijn opinie verzoekster – terecht of niet, dat is de grond van de zaak – over betere papieren beschikt dan de als ‘zeer goed’ beschouwde kandidaten. Een zelfs cursorische lezing van de adviezen die over de beide kan-

didaten zijn gegeven volstaat reeds om het belang te zien dat Cassatie heeft gehecht aan de “doorgedreven kennis” van verzoekster op het vlak van IPR, Europees recht en internationaal procesrecht. Verzoekster is volgens de woorden van het Hof “uitzonderlijk geschikt” om te voldoen aan de behoeften van het Hof, de tussenkomende partij “voldoet aan de behoeften van het Hof”.

11. Was de benoemingscommissie niet door dit advies gebonden en zijn de criteria ‘gender’ en ‘leeftijd’ – voor zover ze hebben meegespeeld – slechts uitzonderlijk in rechte relevant, dan lag het wel op de weg van die commissie om weer te geven waarom zij het oneens was met het advies, of ervan wou afwijken. De loutere vaststelling dat het vrijwillig door het Hof overgenomen standaardformulier de beschrijving ‘uitmuntend’ niet kent zodat het als ‘zeer gunstig’ moet worden begrepen, houdt geen steek en volstaat niet. Dit bij omzendbrief gesuggereerde standaardformulier is niet verplicht voor het advies van het Hof en is hoe dan ook slechts een vormelijk richtsnoer, dat het Hof van Cassatie niet kan verhinderen om bij de uitoefening van zijn wettelijke adviesbevoegdheid zijn waardering over de kandidaten uit te schrijven op de wijze die hem het beste past.

12. De *post factum* door de verwerende partij daaromtrent gegeven redenen mogen door de Raad van State niet in aanmerking worden genomen, aangezien ze niet onbetwistbaar aan de benoemingscommissie zijn toe te schrijven en ze er bijgevolg op neerkomen de Raad uit te nodigen de beoordeling van de kandidaten over te doen. Zoals de verwerende partij en de tussenkomende partij terecht opmerken, past het evenwel niet dat de Raad een eigen oordeel over de kandidaten stelt in de plaats van dat van het bestuur.

13. Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het koninklijk besluit van 21 september 2013 waarbij Koenraad Moens benoemd wordt tot raadsheer in het Hof van Cassatie.

2. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het vernietigde besluit.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 januari 2015, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bert Thys,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren