

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 231.330 van 26 mei 2015
in de zaak A. 208.634/IX-7987**

In zake: Jozef STEVENS
woonplaats kiezend te 2221 Heist-op-den-Berg
Kleine steenweg 75

tegen:

1. de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van Binnenlandse Zaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de ADJUNCT-AUDITEUR-GENERAAL BIJ DE RAAD
VAN STATE

Tussenkommende partij:

Eric LANCKSWEERDT
woonplaats kiezend te 9500 Geraardsbergen
Broekstraat 25

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 22 april 2013, strekt tot de nietigverklaring van het koninklijk besluit van 11 februari 2013 ‘Raad van State – Benoeming tot eerste auditeur afdelingshoofd’ waarbij Eric Lanckswaerd “wordt aangewezen in de functie van eerste auditeur-afdelingshoofd bij de Raad van State”, “alsmede van de impliciete beslissing [Jozef Stevens] niet te benoemen tot eerste auditeur-afdelingshoofd”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partijen hebben ieder een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft daarop telkens een memorie van wederantwoord ingediend.

Eric Lancksweerdts heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 3 juni 2013.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot schadevergoeding tot herstel ingediend.

Auditeur Barbara Speybrouck heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 mei 2015.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

De verzoekende partij en advocaat Patrick Devers, die verschijnt voor de Belgische Staat, zijn gehoord.

Auditeur Barbara Speybrouck 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. Bij nota van 25 september 2012 maakt de adjunct-auditeur-generaal bij de Raad van State de vacature bekend van een betrekking van eerste auditeur-afdelingshoofd, meer bepaald bij de afdeling die belast is met de verslaggeving over statuut- en politiezaken bestuursrechtspraak. Bij de nota gaat een functiebeschrijving en een profiel betreffende het ambt.

3.2. Er melden zich drie kandidaten, onder wie verzoeker en de tussenkomende partij.

3.3. Op 21 november 2012 adviseert de adjunct-auditeur-generaal aan de minister van Binnenlandse Zaken om de tussenkomende partij bij de Koning voor te dragen voor de aanstelling in het bedoelde adjunct-mandaat.

3.4. Bij koninklijk besluit van 11 februari 2013 wordt de tussenkomende partij aangewezen in de functie van eerste auditeur-afdelingshoofd.

3.5. Bij koninklijk besluit van 4 augustus 2014 wordt aan de tussenkomende partij eervol ontslag verleend uit haar ambt van eerste auditeur-afdelingshoofd en wordt zij ertoe gemachtigd de eretitel van haar ambt te voeren.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De adjunct-auditeur-generaal wijst erop niet de auteur te zijn van de bestreden beslissing en verzoekt om buiten de zaak te worden gesteld.

Verzoeker en na hem de auditeur, belast met het onderzoek van de zaak, delen deze vaststelling en de eruit volgende conclusie.

Ook de Raad van State kan zich erbij aansluiten.

Met ‘de verwerende partij’ wordt hierna dan ook enkel de eerste verwerende partij bedoeld.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

Excepties

5.1. In de memorie van antwoord werpt de verwerende partij op dat het beroep niet ontvankelijk is, wat de bestreden weigeringsbeslissing betreft. Zij stelt dat de eventuele nietigverklaring van het benoemingsbesluit, ongeacht de grond daartoe, niet *ipso facto* betekent dat verzoeker diende te worden aangewezen, gelet op het aantal ontvankelijke kandidaatstellingen en de door verzoeker aangediende rechtsmiddelen.

5.2. In haar laatste memorie werpt de verwerende partij daarenboven op dat het beroep ook wat het benoemingsbesluit betreft ondertussen onontvankelijk is.

Ten eerste is dit volgens haar om de in het auditoraatsverslag gegeven redenen, namelijk ingevolge de ongegrondheid van het tweede onderdeel van het eerste middel en van het tweede middel in samenhang met het ontslag van de tussenkomende partij.

Bijkomend is dit volgens haar het geval omdat verzoeker heeft nagelaten het koninklijk besluit van 4 augustus 2014 te bestrijden in de mate waarin dit de tussenkomende partij ertoe machtigt de eretitel van het ambt te voeren en ook nog omdat verzoeker zich ondertussen bij een nieuwe vacature kandidaat heeft gesteld, onvoorwaardelijk en zonder verwijzing naar de huidige procedure.

6. In de memorie van wederantwoord citeert verzoeker, wat de ontvankelijkheid betreft van zijn beroep tegen de impliciete weigering om hem te

benoemen, de arresten nr. 222.357 en nr. 222.358 van 1 februari 2013 van de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Hij betoogt:

“Deze rechtspraak geldt ook in deze: het beroep tegen de voormelde impliciete beslissing is niet *a priori* onontvankelijk en de exceptie betreft de grond van de zaak, meer bepaald dienen de aangevoerde middelen te worden onderzocht.

En indien het tweede onderdeel van het eerste middel en/of het tweede middel gegrond zou/zouden bevonden worden, leidt dit tot de vaststelling dat de overheid geen andere keuze had dan verzoeker te benoemen.”

7. In zijn laatste memorie gaat verzoeker in op het ontslag dat aan de tussenkomende partij ondertussen is verleend en de mogelijke weerslag hiervan op de ontvankelijkheid van het beroep:

“1.1. Het auditorsverslag bespreekt onder 5.A. het tweede voorwerp van het beroep, zijnde de impliciete beslissing verzoeker niet te benoemen, en onderzoekt daar het tweede onderdeel van het eerste middel en het tweede middel.

Het auditorsverslag bespreekt onder 5.B. het eerste voorwerp van het beroep, zijnde het besluit tot benoeming van tussenkomende partij: ambtshalve wordt daar vastgesteld dat het beroep tegen het benoemingsbesluit onontvankelijk is doordat het materieel belang van verzoeker in de loop van het geding is teloorgegaan wegens het ontslag van tussenkomende partij met ingang van 1.09.2014.

Het eerste onderdeel van het eerste middel is dus helemaal niet onderzocht en het tweede onderdeel van het eerste middel en het tweede middel zijn blijkbaar enkel onderzocht in de mate dat zij aangevoerd zijn tegen het tweede voorwerp, zijnde de impliciete weigeringsbeslissing.

1.2.1. Het is juist dat door het ontslag van tussenkomende partij de door verzoeker geambieerde betrekking opnieuw vacant is geworden, vanaf 1.09.2014.

Er is na 1.09.2014 opnieuw een oproep tot kandidatuurstelling gedaan voor de nieuw ontstane vacature en verzoeker heeft zich inderdaad opnieuw kandidaat gesteld in die nieuwe – tweede – benoemingsprocedure.

Er is echter een groot verschil tussen de gevolgen van enerzijds een eventuele vernietiging van het besluit tot benoeming van tussenkomende partij ten gevolge van het beroep van verzoeker en van anderzijds het ontslag van tussenkomende partij.

1.2.2. Door een vernietiging van het benoemingsbesluit verdwijnt die benoeming uit het rechtsverkeer, met terugwerkende kracht, in casu 11 februari 2013, d.i. een verschil in tijd van ca. 19 maanden: zij wordt geacht nooit te hebben bestaan. Verwerende partij zal dan een nieuwe beslissing moeten nemen rekening houdend met het vernietigingsmotief of –mo-

tieven, evenwel enkel op basis van de tijdens die eerste benoemingsprocedure ingediende kandidaturen én zoals ze ingediend zijn.

1.2.3. Tijdens de nieuwe benoemingsprocedure moet de verzoeker om zijn kansen te behouden een nieuwe kandidatuur indienen, kunnen gegadigden die geen kandidatuur hebben ingediend tijdens de eerste procedure wel een kandidatuur indienen, kunnen er in de tijdsperiode tussen de gestarte eerste procedure en de gestarte tweede procedure gegadigden zijn die alsdan wel in de voorwaarden verkeren om een kandidatuur in te dienen (auditeurs die in die periode eerste auditeur zijn benoemd), kunnen de kandidaten die gekandideerd hebben in de eerste procedure in de tweede procedure hun nieuwe kandidatuur bijstellen, herwerken, zij kunnen in die tussenperiode misschien meer titels en verdiensten vergaard hebben die zij dan in de tweede procedure bijkomend in de verf kunnen zetten terwijl verzoeker daarentegen in die tussenperiode misschien niet meer titels en verdiensten vergaard heeft, m.a.w. tijdens die tweede procedure kan verzoeker in competitie komen met meer kandidaten dan in de eerste procedure en kan hij zwakker staan in die tweede procedure in competitie met dezelfde kandidaten als in de eerste procedure doordat hun titels en verdiensten misschien vergroot zijn en die van hem niet.

Het is juist dat door de vernietiging van enkel het besluit tot benoeming van tussenkomende partij verwerende partij niet verplicht is verzoeker met terugwerkende kracht vanaf 11 februari 2013 te benoemen maar door die vernietiging zullen de kansen van verzoeker om in de eerste procedure benoemd te worden groter zijn dan zijn kansen om in de tweede procedure – na de vanaf 1 september 2014 ontstane vacature ten gevolge van het ontslag van tussenkomende partij – benoemd te worden.

1.2.4. Een vernietiging van het besluit tot benoeming van tussenkomende partij zou, in tegenstelling met wat in het auditorsverslag wordt gesteld, verzoeker wel een voordeel opleveren, zoals supra omschreven een grotere kans om zelf, in de plaats van tussenkomende partij, in de betrekking te worden aangewezen en ze daadwerkelijk waar te nemen.

Het materieel belang van verzoeker is derhalve niet teloorgegaan in de loop van het geding.

1.3. De benoeming van tussenkomende partij heeft bij verzoeker een gevoel van onheus en onrechtvaardig behandeld zijn, een gevoel van teleurstelling te weeg gebracht.

Zoals in arrest nr. 167.193 van 29 januari 2007 gesteld, werden in het verleden de kandidaten in volgorde van hun anciënniteit tot het hogere ambt benoemd. Op het ogenblik dat verzoeker over de grootste anciënniteit beschikt, wordt daar met de bestreden benoeming voor het eerst van afgeweken hoewel met betrekking tot verzoeker geen ernstige en vaststaande feiten werden kenbaar gemaakt die ervan hebben doen blijken dat verzoeker kennelijk en op ernstige wijze is tekortgeschoten in zijn ambtelijke verplichtingen, hoewel niet vaststaat dat verzoeker op persoonlijke en beroepsmatige gronden niet geschikt blijkt te zijn voor de bevordering en hoewel niet gebleken is dat tussenkomende partij duidelijk grotere verdiensten heeft.

Verzoeker is de eerste kandidaat die in de hierboven omschreven omstandigheden niet is benoemd tot eerste auditeur-afdelingshoofd, hoewel hij als een ‘uitstekend jurist en een autoriteit in de complexe materie van de overheidopdrachten’ in het advies van de adjunct-auditeur-generaal is bestempeld.

De benoeming van tussenkomende partij, met mindere anciënniteit en zonder duidelijk grotere verdiensten, is door verzoeker dan ook ervaren als een afkeuring van zijn gedrag en/of functioneren. Verzoeker heeft de benoeming van tussenkomende partij in de omschreven omstandigheden ervaren als een aantasting van zijn eer en goede naam, als een kaakslag.

Verzoeker voert derhalve omstandigheden aan die ervan doen blijken dat hij een moreel belang heeft behouden bij zijn beroep tegen het besluit houdende benoeming van tussenkomende partij [voetnoot: Cf. o.a. arresten nrs. 209.043 van 22 november 2010 (De Rauw), 193.166 van 11 mei 2009 (De Jonckheere), 192.100 van 31 maart 2009 (Van Dessel) en 193.918 van 8 juni 2009 (Buyse)].

1.4. Daarbij komt dat verzoeker op 23 juli 2014 – d.i. tijdens de vernietigingsprocedure en vóór de neerlegging van het auditoraatsverslag – een verzoekschrift tot schadevergoeding tot herstel heeft ingediend wegens de onwettigheid van het besluit tot benoeming van tussenkomende partij.

Luidens artikel 25/1 van het algemeen procedurereglement, ingevoegd door artikel 2 van het koninklijk besluit van 25 april 2014 betreffende de schadevergoeding tot herstel en in werking getreden op 1 juli 2014, kan voormeld verzoek geformuleerd worden tijdens de procedure tot nietigverklaring. Luidens het Verslag aan de Koning betreft artikel 2 procedure-regels inzake momenten voor de indiening van het verzoek en procedure-regels zijn van onmiddellijke toepassing.

Er dient dus uitspraak gedaan te worden over het verzoek tot schadevergoeding tot herstel en aldus over de onwettigheden zoals aangevoerd in het annulatieberoep.

1.5. Verzoeker heeft derhalve nog steeds een belang bij zijn beroep tegen het besluit tot benoeming van tussenkomende partij.

1.6. Daarnaast heeft verzoeker een belang in het kader van zijn verzoek tot schadevergoeding tot herstel.

1.7. In het auditoraatsverslag is het eerste onderdeel van het eerste middel ten onrechte niet onderzocht en zijn het tweede onderdeel van het eerste middel en het tweede middel ten onrechte niet onderzocht in zoverre zij gericht zijn tegen het eerste voorwerp, zijnde het besluit tot benoeming van tussenkomende partij.”

Beoordeling

8. Artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt dat de beroepen tot nietigverklaring voor de afdeling Bestuursrechtspraak kunnen worden gebracht door elke partij die doet blijken van een benadeling of

een belang. Het belang moet bestaan, niet alleen op het ogenblik van het instellen van het beroep, maar ook bij de uitspraak daarover.

9. Zoals de Raad van State reeds in menig arrest heeft overwogen – zo in het bijzonder in de arresten waarop verzoeker zelf steunt blijkens de *sub* 7 aangehaalde voetnoot op bladzijde 4 van zijn laatste memorie – is de voornaamste betrachting van iemand die, zoals verzoeker, voor de Raad van State de rechtshandeling aanvecht waardoor hij niet wordt aangesteld in een betrekking waarvoor hij zich kandidaat heeft gesteld maar waarin integendeel iemand anders wordt aangesteld, om door de nietigverklaring ervan te verkrijgen dat die betrekking opnieuw openvalt en dat hij aldus de kans krijgt om zelf, in de plaats van degene wiens benoeming nietig is verklaard, in die betrekking te worden aangesteld en om ze daadwerkelijk waar te nemen.

Nog steeds volgens diezelfde rechtspraak, die de Raad ook huldigt in de voorliggende zaak, volgt uit de niet betwiste vaststelling dat eervol ontslag werd verleend uit de in geding zijnde functie dat die betrekking opnieuw is opengevallen en dat bij de daaropvolgende vacantverklaring verzoeker zich opnieuw kandidaat kon stellen – wat hij trouwens gedaan heeft – zodat datgene wat verzoeker met zijn beroep beoogde, namelijk een nieuwe kans krijgen om benoemd te worden in de betrekking waarvoor hij samen met de tussenkomenende partij kandidaat was, aldus is bereikt, zij het om een andere reden dan de vaststelling van de onwettigheid van het bestreden besluit.

Het staat niet aan de Raad van State om in te schatten wie van de potentiële kandidaten een grotere kans heeft bij de benoeming en zulke kansberekening is vreemd aan de beoordeling van het actueel belang. De bewering van verzoeker dat zijn kansen op benoeming bij deelname aan een nieuwe vacature kleiner zijn geworden ingevolge het tijdsverloop is overigens niet enkel in strijd met verzoekers argumentatie dat anciënniteit in principe het doorslaggevend benoemingscriterium moet zijn; het is vooral ook louter hypothetisch. Niet hypothetisch, maar reëel dan weer, is de vaststelling dat verzoeker in een volgen-

de benoemingsprocedure niet langer de concurrentiestrijd met de tussenkomen-
de partij moet aangaan.

10. In de mate dat verzoeker alludeert op “een gevoel van onheus en onrechtvaardig behandeld zijn” streeft hij louter genoegdoening na die is verbonden met het onwettig horen verklaren van het bestreden besluit. Het aldus beoogde voordeel is niet verbonden aan het verdwijnen van het bestreden besluit uit de rechtsorde, maar enkel aan het gegrond horen verklaren van een middel.

Een dergelijk belang is een onrechtstreeks belang, dat niet volstaat voor de ontvankelijkheid van het voorliggende beroep, in het kader van het objectief contentieux.

11.1. Nu is het wel zo dat verzoeker niet enkel het benoemingsbesluit van 11 februari 2013 aanvecht, maar daarnaast ook de uit dat besluit blijkende, impliciete weigering om verzoeker te benoemen. Het belang van verzoeker dient ook uit dit oogpunt te worden onderzocht.

11.2. Wordt, op beroep van een benadeelde kandidaat, de expliciete benoemingsbeslissing vernietigd, dan verdwijnt daardoor meteen ook de weigering om het voordeel van die benoeming aan de andere gegadigden te verschaffen, in zoverre ze alleen uit het bestaan van de benoemingsbeslissing kon worden afgeleid. Niettemin heeft de rechtspraak in dergelijke gevallen aangenomen dat een verzoekende partij naast de nietigverklaring van de toewijzing van het voordeel aan de concurrent, supplementair ook de nietigverklaring kan vragen en kan verkrijgen van de uit die beslissing gebleken, impliciete weigering om het bewuste voordeel aan hemzelf toe te kennen.

11.3. Overeenkomstig de rechtspraak van de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, arresten nr. 222.357 en nr. 222.358 van 1 februari 2013, moet die jurisprudentiële techniek van de nietigverklaring van de impliciete weigeringsbeslissing evenwel worden voorbe-

houden aan uitzonderlijke gevallen. Bij uitstek zo een exceptioneel geval is datgene waarin een verzoekende partij specifiek aannemelijk maakt, in haar middelen, dat het aan de derde verstrekte voordeel integendeel aan haarzelf moest zijn toegekend.

In dit licht – zoals de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak heeft uiteengezet in de voormelde arresten – wordt niet aangenomen dat het beroep tegen de impliciete weigering om verzoeker te benoemen, *a priori* onontvankelijk is. De exceptie vermag dus niet te beletten dat wordt overgegaan tot een onderzoek van specifiek die middelen die tegen de impliciete weigeringsbeslissing zijn aangevoerd en waarvan verzoeker in zijn stukken – al dan niet terecht – betoogt dat hun gegrondheid de verwerende partij geen andere keuze laat dan hem te benoemen.

12. Uit al hetgeen voorafgaat volgt dat de enige reden waarom het (materieel) belang, dat verzoeker onmiskenbaar had bij het indienen van het beroep tegen het bestreden benoemingsbesluit, in de loop van het geding ingevolge het ontslag van de tussenkommende partij niet zou zijn teloorgegaan, nu net gelegen is in het gegeven dat hij naast de benoeming van de tussenkommende partij ook uitdrukkelijk de weigering heeft aangevochten om hemzelf in die betrekking te benoemen.

Indien verzoeker immers specifiek aannemelijk kan maken, in zijn middelen, dat het aan de tussenkommende partij verstrekte voordeel aan hemzelf moest zijn toegekend, dan verleent een gebeurlijke nietigverklaring van het benoemingsbesluit, in samenhang met de nietigverklaring van de impliciete weigeringsbeslissing, op zulke grond aan verzoeker een ruimere waarborg als rechtsherstel.

Kortom: opdat verzoeker nog belang zou behouden bij het bestrijden van het benoemingsbesluit, is vereist dat hij erin slaagt ook de impliciete weigering uit het rechtsverkeer te laten verdwijnen. Hierna zullen de door ver-

zoeker aangevoerde middelen vanuit die specifieke invalshoek worden onderzocht, namelijk of hun gegrondheid de verwerende partij geen andere keuze laat dan verzoeker te benoemen.

13. Het gegeven dat verzoeker een verzoek heeft ingediend tot een schadevergoeding tot herstel als bedoeld in artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, doet zijn belang bij het annulatieberoep niet anders zien.

Zoals hierna *sub* 32 en volgende wordt uiteengezet, is dit verzoek immers niet ontvankelijk. Dit verzoek is immers geen autonome vordering maar vormt een accessorium van het annulatieberoep. Het komt hoe dan ook niet aan bod als het beroep tot nietigverklaring om redenen die er eigen aan zijn verworpen wordt, zonder dat de Raad van State zich heeft uitgesproken over de onwettigheid van de bestreden akte.

14. In de veronderstelling dat verzoeker erin slaagt om aan te tonen dat hij zich in zo een exceptioneel geval bevindt als bedoeld in de voormelde arresten van 1 februari 2013 van de algemene vergadering, dan kan hem naar het oordeel van de Raad van State niet kwalijk worden genomen dat hij het de tussenkomen partij niet misgunt om de eretitel van het ambt te dragen, noch dat hij zich bij een volgende vacature aanbiedt zonder formeel te verwijzen naar de hangende procedure. Het ene noch het andere leveren het bewijs, uit subjectief oogpunt, dat verzoeker zou afzien van de nagestreefde bevordering, noch staan ze uit objectief oogpunt die bevordering in de weg.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste onderdeel van het eerste middel

15. Naar het oordeel van de Raad van State valt het toe aan de verzoekende partij om aan te tonen, zich in zo een exceptioneel geval te bevinden als

is vereist om op ontvankelijke wijze naast de nietigverklaring van de uitdrukkelijke beslissing ook de nietigverklaring van de impliciete weigering na te streven.

16. Zoals hiervóór reeds is aangehaald, repliceert verzoeker in de memorie van wederantwoord op de exceptie van de verwerende partij dat, “indien het tweede onderdeel van het eerste middel en/of het tweede middel gegrond zou/zouden bevonden worden”, dit “leidt [...] tot de vaststelling dat de overheid geen andere keuze had dan verzoeker te benoemen”.

Wat het eerste onderdeel van het eerste middel betreft, geeft verzoeker bijgevolg zelf forfait. Hij beweert niet en noch minder toont hij aan dat de gegrondheid van dit middelonderdeel gepaard zou gaan met de vaststelling dat de overheid geen andere keuze had dan het nagestreefde voordeel aan hem toe te kennen.

17. Dat doet verzoeker ook niet in zijn laatste memorie, als hij op een beoordeling van het middelonderdeel lijkt aan te dringen in zoverre het gericht is tegen het eerste voorwerp, zijnde het benoemingsbesluit.

18. Terecht heeft het auditoraat dan ook gemeend het middelonderdeel niet te moeten onderzoeken, wat de impliciete weigeringsbeslissing betreft.

B. Tweede onderdeel van het eerste middel

Uiteenzetting van het middelonderdeel

19. Het eerste middel is geput uit de schending van de materiële-motiveringsplicht en het gelijkheidsbeginsel, “wat inhoudt dat de benoeming gebaseerd dient te zijn op een vergelijking van de titels en verdiensten aan de hand van objectieve, redelijke en pertinente criteria en geschraagd door deugdelijke motieven”, alsmede van het vertrouwensbeginsel.

Met betrekking tot het tweede middelonderdeel voert verzoeker het volgende aan:

“b.1. Verzoeker heeft de grootste anciënniteit.

Het besluit overweegt dat ‘een grotere anciënniteit op zich evenwel geen voorrang verleent voor de aanstelling tot eerste auditeur-afdelingshoofd’. Blijkbaar komt die overweging uit voormeld advies van de adjunct-auditeur-generaal.

Bij de bespreking van de anciënniteit van de kandidaten steunt dat advies op het arrest nr. 189.347 van 8 januari 2009 waarbij de Raad van State gewezen heeft dat aan de anciënniteit van de kandidaten geen bijzonder belang kan worden gehecht vermits voor een benoeming tot eerste auditeur-afdelingshoofd geen specifieke vereisten inzake anciënniteit worden gesteld.

Het valt op dat het advies steunt op het arrest nr. 189.347 van 8 januari 2009 terwijl dat arrest het beroep van de ondertussen overleden verzoekster – hervat door de echtgenoot van de overleden verzoekster – tegen de benoemingsbesluiten onontvankelijk heeft verklaard en het beroep enkel ontvankelijk heeft verklaard wat betreft het ongunstig advies van de auditeur-generaal betreffende de kandidatuur van de overleden verzoekster, dit in het licht van een moreel belang van de overlevende echtgenoot om ervoor te zorgen dat de nagedachtenis van zijn echtgenote niet wordt ont-eerd. M.a.w. dat arrest heeft niet rechtstreeks betrekking op de benoeming tot eerste auditeur-afdelingshoofd.

Daarnaast betreft voormeld arrest een ongunstig advies van 6 maart 1997 terwijl er daarentegen een arrest van de Raad van State bestaat dat specifiek – en dus rechtstreeks – betrekking heeft op een benoemingsbesluit tot eerste auditeur-afdelingshoofd én op een besluit van latere datum, zijnde 8 september 2003 – zes jaar en half later –, d.i. het arrest nr. 167.193 van 29 januari 2007, waarvan zelfs geen gewag wordt gemaakt in voormeld advies van de adjunct-auditeur-generaal en waar het dan ook niet op gesteund is.

b.2. In dat arrest nr. 167.193 stelt de Raad van State:

‘Overwegende dat uit artikel 71, § 3bis, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State blijkt dat de anciënniteit van de kandidaten geen onderscheidingscriterium uitmaakt met het oog op de aanstelling tot eerste auditeur-afdelingshoofd, dat evenwel ook geen andere voorwaarde is gesteld dan deze om de functie van eerste auditeur te bekleden; dat traditioneel aan de anciënniteit echter een groot belang werd gehecht en dat in het verleden in de regel de kandidaten in de volgorde van hun anciënniteit werden benoemd tot het hogere ambt;

dat een hogere anciënniteit het vermoeden schept dat de betrokken kandidaat een grotere ervaring heeft opgedaan en het daarvoor het meest objectieve criterium is; dat benoemingen in de volgorde van de anciënniteit tot betrekkingen, die zoals in casu voor een groot deel gelijkwaardig zijn, ook het voordeel bieden dat zij aan de le-

gitieme verwachtingen tegemoet komen en aldus de goede werking van de instelling vrijwaren;

dat dan ook geen onregelmatigheid kan worden ontwaard in een werkwijze waarbij de kandidaten in volgorde worden getoetst aan een beperkt aantal vereisten en dat de vergelijking stopt bij de oudste kandidaat die daaraan voldoet, tenzij iemand anders duidelijk grotere verdiensten heeft of wanneer met betrekking tot de kandidaat met grotere anciënniteit ernstige en vaststaande feiten werden kenbaar gemaakt die ervan doen blijken dat die kandidaat kennelijk en op ernstige wijze is tekortgeschoten in zijn ambtelijke verplichtingen of nog wanneer vaststaat dat hij op persoonlijke en beroepsmatige gronden niet geschikt blijkt te zijn voor de bevordering’.

De leer van het arrest nr. 167.193 is derhalve dat een hogere anciënniteit het meest objectieve criterium is en dat benoemingen in de volgorde van de anciënniteit tot de betrekking zoals die van eerste auditeur-afdelingshoofd tegemoetkomen aan de legitieme verwachtingen – d.i. aan het vertrouwensbeginsel – en de goede werking van de instelling vrijwaren.

Anders gezegd, benoemingen die de volgorde van de anciënniteit niet respecteren, komen niet tegemoet aan de legitieme verwachtingen – schenden aldus het vertrouwensbeginsel – én zijn niet gebaseerd op het meest objectieve criterium – schenden aldus het gelijkheidsbeginsel.

Huidig artikel 74/2, § 4, juncto artikel 74/4, § 1, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State verschilt op dat vlak in se in niets van het vroegere artikel 71, § 3bis zodat de leer van arrest nr. 167.193 geldig blijft.

b.3. Uit de motivering van het bestreden besluit blijkt niet dat de heer Lanckswaert ‘duidelijk grotere verdiensten heeft’.

b.3.1. Inderdaad, het besluit overweegt dat ‘alleen Eric Lanckswaert zijn kandidatuur ook vanuit dat aspect motiveert en dat hij in zijn kandidaatsstelling een visie ontwikkelt waarin veel aandacht wordt gegeven aan het aspect van de intermenselijke relaties’.

Het zögezegd motiveren van een kandidatuur vanuit het aspect van relationele competenties kan niet gelijkgesteld worden met ‘het hebben van duidelijk grotere verdiensten’.

Daarenboven, wat lezen we in de kandidatuur van de heer Lanckswaert (st. 3)?:

‘2.Mijn eigenschappen

Ik denk dat ik beschik over een dosis openheid, luisterbereidheid, inlevingsvermogen, acceptatievermogen, enthousiasme en creativiteit. Ik kan ook een positieve en stimulerende energie uitstralen. Even belangrijk is dat met de loop der jaren beter heb leren omgaan met bepaalde negatieve eigenschappen (mijn schaduwkant) in mijzelf. Dat is in de omgang met anderen zeer cruciaal’.

M.a.w. de heer Lanckswaert ‘denkt’ dat hij ‘over een dosis’ van voormelde eigenschappen beschikt: hij denkt het alleen maar (hij is dus niet

zeker) en dan ‘over een dosis’, hetgeen een kleine, een middelmatige of een grote met alle gradaties daartussen kan zijn.

Het besluit stelt in zijn overweging het ‘denken over een dosis te beschikken’ gelijk met een zekerheid van over die competenties te beschikken.

Zeggen te denken te beschikken over een dosis van de geciteerde eigenschappen, houdt niet in dat men er daadwerkelijk over beschikt : het bestreden besluit neemt in zijn overweging dat ‘zeggen’ voor waar aan zonder bewijs, zonder toetsing, zonder evaluatie. Er is een verschil tussen ‘zeggen’ en ‘zijn’.

Anderzijds, houdt het bestreden besluit in zijn overweging geen rekening met ‘het beter leren omgaan met bepaalde negatieve eigenschappen (mijn schaduwkant) in mijzelf’ wat de heer Lanckswertd zelf in de omgang met anderen ‘zeer cruciaal’ noemt. Welke die ‘negatieve eigenschappen’ zijn, welke ‘die schaduwkant’ is, komen we niet te weten. We lezen verder: ‘Ten eerste heb ik hiervoor jarenlang een persoonlijke ontwikkelingsweg doorlopen, ten dele met professionele hulp’.

Hoewel de heer Lanckswertd ‘met de jaren beter leren omgaan heeft met bepaalde negatieve eigenschappen’, blijken die nog steeds aanwezig te zijn hetgeen hijzelf in verband brengt met de omgang met anderen zodat de overweging dat hij zijn kandidatuur vanuit het aspect van relationele competenties motiveert, ondergraven wordt door hetgeen hijzelf schrijft.

Het bestreden besluit neemt in zijn overweging klakkeloos een bewering aan waarvan de heer Lanckswertd zelf schrijft dat hij ‘denkt over een dosis te beschikken’ en schenkt geen enkele aandacht aan diens ‘negatieve eigenschappen’, aan diens ‘schaduwkant’, doet a fortiori geen inhoudelijke beoordeling van die ‘negatieve eigenschappen, van die ‘schaduwkant’. Het eerste zomaar als positief aannemen en het tweede totaal negeren en niet relateren naar het eerste gaat niet uit van juiste feitelijke gegevens, is geen correcte en objectieve beoordeling en is ondeugdelijke motivering.

Wat de ‘de visie’ van de heer Lanckswertd betreft.

Die ‘visie’ verwijst naar punt 3 van de kandidatuurstelling met als titel ‘Wat ben ik van plan?’

Daar beschrijft de heer Lanckswertd wat hij gaat doen als hij eerste auditeur-afdelingshoofd zou zijn, dus een doen in de toekomst. Het woord ‘visie’ uit de overweging van het bestreden besluit duidt ook op een toekomstbeeld.

Zeggen wat men van plan is te doen staat niet gelijk met zeker doen (de toekomst is sowieso onzeker).

Zeggen wat men van plan is, kan niet aangemerkt worden als ‘het hebben van verdiensten’, waarvan sprake in voormeld arrest aangezien ‘het hebben van verdiensten’ gerelateerd is naar het verleden en zich niet verstaat met het zeggen wat men in de toekomst van plan is.

b.3.2. Het besluit overweegt verder: ‘Zijn opleiding als bemiddelaar en zijn aanstelling tot vertrouwenspersoon binnen de Raad van State wijzen op zijn grote interesse voor dat aspect’.

Zoals de heer Lanckswertd in zijn kandidatuurstelling zelf schrijft, zijn de korpsoversten van de Raad van State van oordeel dat bemiddeling buiten de Raad van State moet worden gehouden, hetgeen die trouwens op

19 februari 2013 in de Senaat in de Commissie voor Binnenlandse Zaken publiekelijk hebben verklaard: ‘een opleiding als bemiddelaar’ heeft derhalve geen enkele relevantie of nut voor de Raad van State.

De ‘aanstelling tot vertrouwenspersoon’ in het kader van de regelgeving inzake geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk kan geen voorrang verlenen voor de benoeming tot eerste auditeur-afdelingshoofd, vermits de rol van vertrouwenspersoon niet relevant is voor de functie van eerste auditeur-afdelingshoofd. Het ene heeft met het andere totaal niets te maken.

Daarenboven blijkt dat die ‘rol’ binnen de Raad van State weinig of niet in de praktijk gespeeld is dienen te worden: verzoeker, die al 25 jaar werkzaam is in het auditoraat, heeft geen weet van geweld, pesterijen of ongewenst seksueel gedrag gepleegd door leden van het auditoraat van de Raad van State.

Ten slotte, ‘het wijzen op grote interesse voor het aspect van intermenselijke relaties’ kan niet gelijkgesteld worden met ‘het duidelijk grotere verdiensten hebben’, zoals gesteld in voormeld arrest, alleen al omdat het hebben van interesse niet bestempeld kan worden als het hebben van een verdienste, laat staan een duidelijk grotere. Men kan voor veel dingen interesse hebben, zelfs voor dingen waarvoor men niet bekwaam of geschikt is.

b.3.3. Uit het besluit blijkt derhalve niet dat de heer Lanckswaert ‘duidelijk grotere verdiensten’ heeft.

b.4. Met betrekking tot verzoeker – de kandidaat met de grootste anciënniteit – werden in de 25 jaar die hij werkzaam is in het Auditoraat geen ernstige en vaststaande feiten kenbaar gemaakt die ervan doen blijken dat hij kennelijk en op ernstige wijze is tekortgeschoten in zijn ambtelijke verplichtingen.

Evenmin staat vast dat verzoeker op persoonlijke en beroepsmatige gronden niet geschikt blijkt te zijn voor de bevordering. Zoiets wordt niet vermeld in het bestreden besluit, integendeel, verzoeker wordt ‘een uitstekend jurist’ genoemd, wordt in staat geacht ‘zich een nieuwe materie eigen te maken’. En in de 25 jaar dat hij werkzaam is in het Auditoraat heeft hij alleszins nog nooit, noch schriftelijk noch mondeling, enige opmerking ontvangen in dat verband.

b. 5. Besluitend, zoals de Raad van State gewezen heeft in zijn arrest nr. 167.193 van 29 januari 2007, schept de hogere anciënniteit van verzoeker het vermoeden dat hij een grotere ervaring heeft opgedaan en is dat het meest objectieve criterium en komt de benoeming van verzoeker tegemoet aan de legitieme verwachtingen van verzoeker en vrijwaart zij de goede werking van de instelling. En het blijkt niet dat de heer Lanckswaert ‘duidelijk grotere verdiensten’ heeft. En het blijkt evenmin dat met betrekking tot verzoeker ‘ernstige en vaststaande feiten werden kenbaar gemaakt die ervan doen blijken dat hij kennelijk en op ernstige wijze is tekortgeschoten in zijn ambtelijke verplichtingen of dat vaststaat dat hij op persoonlijke en beroepsmatige gronden niet geschikt blijkt te zijn voor de bevordering.’

Het bestreden besluit en de impliciete weigering verzoeker te benoemen schendt derhalve het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel.”

Beoordeling

20. Luidens artikel 74/4, § 1, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State worden de eerste auditeurs-afdelingshoofden “aangewezen door de Koning, op eensluidend advies van de auditeur-generaal of de adjunct-auditeur-generaal, al naargelang het geval”. Zij worden aangewezen “onder de eerste auditeurs en eerste referendarissen” die “ten minste drie jaar verwijderd zijn van de leeftijdsgrens” (artikel 74/1, § 4), en dit onverminderd het te dezen niet relevante geval van een overstap van een eerste referendaris-afdelingshoofd vanuit het Coördinatiebureau (artikel 71, § 1, vijfde lid). De aanwijzing gebeurt voor een termijn van drie jaar die van rechtswege wordt verlengd behalve in geval van een evaluatie onvoldoende (artikel 74/4, § 2).

21. Noch de voormelde bepalingen van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, noch een andere bepaling van geschreven recht maken van de anciënniteit een onderscheidingscriterium met het oog op de aanstelling van een eerste auditeur-afdelingshoofd – noch schrijven ze bijgevolg aan de anciënniteit van de kandidaat de door verzoeker gewenste dwingende draagwijdte toe.

22. Verzoeker beweert niets anders. Hij leidt zijn voorrang op grond van zijn grotere anciënniteit immers af uit wat hij bespeurt gedragsregels te zijn bij vroegere benoemingen tot eerste auditeur-afdelingshoofd en uit de rechtspraak hieromtrent van de Raad van State. Door thans hiervan af te wijken, zo betoogt verzoeker, schendt de verwerende partij het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

23. Het vertrouwensbeginsel houdt in dat de burger moet kunnen vertrouwen op toezeggingen of beloften die het bestuur in een concreet geval heeft gedaan – dat hiervan sprake zou zijn wordt niet door verzoeker aangevoerd – of op wat door die burger niet anders kan worden opgevat dan als een

vaste gedragslijn of beleidsregel van het bestuur op grond waarvan dat bestuur de door hem opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen niet mag beschamen.

Het gelijkheidsbeginsel inzake benoemingen in overheidsbetrekkingen, krachtens hetwelk iedere burger gelijke toegang heeft tot zulke ambten, houdt in dat de aanspraken en verdiensten van de kandidaten moeten worden onderzocht en vergeleken aan de hand van objectieve en pertinente criteria.

24. De benoeming van een eerste auditeur-afdelingshoofd is een benoeming naar keuze. De overheid beschikt hierbij over een ruime beoordelingsbevoegdheid, inzonderheid wat betreft de criteria die zij voor de vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten in aanmerking neemt en het gewicht dat zij aan deze criteria toekent, vooropgesteld dat ze objectief en pertinent zijn en op alle kandidaten op gelijke wijze worden toegepast.

Zoals de Raad van State reeds overwoog in vroegere arresten, bijvoorbeeld in arrest nr. 203.579 van 3 mei 2010 inzake Palet en zoals hij recent nog eraan herinnerde in arrest nr. 229.939 van 22 januari 2015 inzake Geets, is een benoemende overheid geenszins verplicht om bij elke benoemingsprocedure exact dezelfde criteria te hanteren en de kandidaten voor een benoeming kunnen er geenszins gerechtvaardigd op vertrouwen dat een benoemingsprocedure op grond van precies dezelfde criteria zal gebeuren als bij eerdere benoemingen het geval was. Aldus is niet relevant welk gewicht bij vroegere dossiers al dan niet is gegeven aan de anciënniteit.

Noch het gelijkheids- noch het vertrouwensbeginsel verhinderen met andere woorden dat de verwerende partij bij een nieuwe benoemingsprocedure haar criteria wijzigt evenals de relatieve waarde van elk van hen.

Dit geldt des te meer *in specie*, gelet op de huidige invulling van het ambt van eerste auditeur-afdelingshoofd als adjunct-mandaat, zoals dit is

geconcipieerd sedert de wet van 15 september 2006 ‘tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen’.

De door verzoeker ter ondersteuning aangehaalde rechtspraak van de Raad van State staat een beleidswijziging evenmin in de weg. Ze dateert niet enkel van vóór de voormelde hervorming van het ambt van eerste auditeur-afdelingshoofd. Bovendien verliest verzoeker uit het oog dat de Raad als wettigheidsrechter niet de discretionaire beoordeling van het bestuur overdoet, maar enkel nagaat of in het concrete geval dat hem wordt voorgelegd die discretionaire bevoegdheid door het bestuur naar recht, daarin begrepen de redelijkheid, is uitgeoefend. De Raad van State mag met andere woorden geen eigen benoemingscriteria opleggen of hun gewicht bepalen, noch de criteria die verzoeker adequaat acht substitueren aan de keuze van het bestuur. Dat een bepaalde beoordeling in de concrete omstandigheden van een benoemingsprocedure legitiem is en volgens de Raad van State steunt op het “meest objectieve criterium” en aan legitieme verwachtingen tegemoetkomt, sluit met andere woorden niet uit dat een andere beoordeling in dezelfde procedure – en al zeker in een ándere procedure op grond van gewijzigde regelgeving en beleidsinzichten – eveneens legitiem is, want evenzeer binnen de beoordelingsvrijheid van het bestuur valt in te passen.

25. Het uitgangspunt van verzoeker, dat een grotere anciënniteit voorrang verleent voor een aanstelling tot eerste auditeur-afdelingshoofd, faalt.

Het middelonderdeel is bijgevolg ongegrond.

C. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

26. Het tweede middel is geput uit de schending van de materiële-motiveringsplicht, van de zorgvuldigheidsplicht, van het redelijkheids- en gelijk-

heidsbeginsel, van het *patere legem quam ipse fecisti* beginsel en van het verbod van willekeur.

Verzoeker adstrueert:

“De functiebeschrijving en het profiel vermeldt negen ‘belangrijkste bijzondere opdrachten’ en dertien ‘belangrijkste competentievereisten’.

Het bestreden besluit overweegt dat de kandidaat moet beschikken over een aantal relationele competenties zoals empathie en luisterbereidheid, conflictbeheersing, zin voor communicatie en overleg, motiverend optreden: die vier ‘competenties’ vinden we terug in 3.2, 3.3, 3.4 en 3.9. van ‘belangrijkste competentievereisten’.

- Het bestreden besluit overweegt dat ‘alleen Eric Lanckswaert zijn kandidatuur ook vanuit dat aspect motiveert’.

Daarentegenover staat dat alleen de heer Lanckswaert schrijft over ‘bepaalde negatieve eigenschappen in zichzelf’, hetgeen hij zijn ‘schaduwkant’ noemt, over zijn ‘zwakke punten, waarvoor hij jarenlang een persoonlijke ontwikkelingsweg heeft doorlopen, ten dele met professionele hulp’, wat dan niet ter sprake komt in het bestreden besluit, wat dan niet geëvalueerd wordt hoewel expliciet gesteld wordt dat hij ‘met de loop der jaren beter heeft leren omgaan met die bepaalde negatieve eigenschappen in zichzelf, met zijn schaduwkant’, hetgeen hijzelf als ‘zeer cruciaal in de omgang met anderen’ bestempelt. M.a.w. hij zit nog steeds met die negatieve eigenschappen in zichzelf, met zijn schaduwkant – hij heeft er immers alleen maar beter mee leren omgaan – en hij linkt dat alles aan intermenselijke relaties.

Het belichten in het bestreden besluit van, enerzijds, het feit dat alleen de heer Lanckswaert zijn kandidatuur vanuit het aspect van relationele competenties motiveert krijgt geen tegengewicht, wordt niet afgewogen tegenover, anderzijds, het feit dat alleen hij in zijn kandidatuur spreekt ‘over bepaalde negatieve eigenschappen in zichzelf, over zijn schaduwkant’.

Dat laatste onbesproken laten, a fortiori niet afwegen, niet inhoudelijk beoordelen is onzorgvuldig vergelijken van kandidaturen, is ondeugdelijk motiveren en schendt het gelijkheids- en redelijkheidsbeginsel en de motiveringsplicht.

- Het bestreden besluit overweegt dat ‘de heer Lanckswaert in zijn kandidaatsstelling een visie ontwikkelt waarin veel aandacht wordt gegeven aan het aspect van die intermenselijke relaties’ en besluit daaruit dat hij ‘aldus, meer dan de twee andere kandidaten, beantwoordt aan het functieprofiel’.

Een visie ontwikkelen waarin veel aandacht wordt gegeven aan het aspect van intermenselijke relaties en het als enige doen in zijn kandidatuur houdt niet noodzakelijkerwijze in dat men ook over die competenties beschikt en dat anderen die daar in hun kandidatuur niet expliciet aandacht aan gegeven hebben, niet over die competenties zouden beschikken of in

mindere mate over zouden beschikken: zeggen dat men over competenties beschikt staat niet gelijk met erover beschikken, een overheid, zeker in een interne procedure, dient de competenties van alle kandidaten te evalueren, te vergelijken.

Andere competentievereisten uit het profiel worden niet getoetst, worden niet vergeleken.

De heer Lanckweerdts schrijft: ‘Als ik afdelingshoofd zou worden zal ik speciale aandacht moeten hebben voor een van mijn zwakkere punten, met name mij streng opstellen indien dit (onverhoopt en onverwacht) nodig zou blijken te zijn. Ik zou dit wellicht wel kunnen, maar het zou mij wat moeilijker vallen. Dat ik dit besef en bereid ben hieraan te werken is al heel wat’.

Bij de ‘belangrijkste bijzondere opdrachten’ is vermeld dat het afdelingshoofd waakt over de naleving van de dienstnota’s en instructies, dat hij waakt over de naleving van de deontologische regels enz. m.a.w. opdrachten betrekking hebbend op de leiding van een groep.

Punt 3.1 van de ‘belangrijkste competentievereisten’ is ‘geschiktheid voor het leiden van een groep’.

Het wat moeilijker hebben met streng optreden, hetgeen als een van de zwakkere punten wordt bestempeld, wordt onbesproken gelaten in het bestreden besluit, wordt niet geëvalueerd naar de voormelde belangrijkste bijzondere opdrachten, naar voormeld competentievereiste van ‘geschiktheid voor het leiden van een groep’ terwijl streng optreden indien nodig behoort tot ‘het leiden van een groep’.

Daartegenover vermeldt verzoeker in zijn kandidatuur dat hij leiding heeft gegeven in zijn vroegere functies bij het Provinciaal Gouvernement van Antwerpen en bij het Rekenhof: verzoeker is de enige die zijn kandidatuur motiveert vanuit het aspect van geschiktheid voor het leiden van een groep maar dat aspect wordt onbesproken gelaten in het bestreden besluit.

In zijn kandidatuur wijst verzoeker op zijn gedurende bijna twee decennia lang ijveren voor het tot stand komen van een preventieve rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten door het instellen van een standstill, hetgeen eindelijk verwezenlijkt is met de Europese richtlijn van 11 december 2007 en de wet van 23 december 2009 met als resultaat een drastische daling van de veroordelingen tot het betalen van schadevergoedingen door de onderscheiden overheden, hetgeen een besparing van miljoenen euro’s in de openbare financiën oplevert en nog zal opleveren.

In zijn kandidatuur wijst verzoeker tevens op zijn jarenlange opleiding van ambtenaren tijdens studiedagen inzake overheidsopdrachten en op zijn medewerking aan de totstandkoming van een praktische leidraad inzake overheidsopdrachten die verspreid is op duizenden exemplaren om de ambtenaren wegwijs te maken in de materie en hen te behoeden voor fouten, telkens met het doel schadevergoedingen zoveel als mogelijk te vermijden of tenminste sterk te verminderen, hetgeen evenzeer een besparing in de openbare financiën meebrengt.

Die jarenlange inzet van verzoeker met als doel aanzienlijke besparingen in de openbare financiën – die in se niet behoort tot de opdracht van een lid van het auditoraat van de Raad van State maar die verzoeker toch op

zich heeft genomen – en die resultaat gehad heeft, met de preventieve rechtsbescherming zelfs in de 27 landen van de Europese Unie, wordt onbesproken gelaten in het bestreden besluit, wordt niet geëvalueerd, wordt niet vergeleken, alhoewel onder de ‘belangrijkste competentievereisten’ vermeld worden: verantwoordelijkheidszin, resultaatgerichtheid en juridische deskundigheid verworven in de uitoefening van de functie van auditeur.

Buiten zijn opdracht treden en jarenlang ijveren voor een wijziging van de wetgeving en regelgeving met aanzienlijke bedragen aan besparingen als resultaat, jarenlang ambtenaren wegwijs maken in die regelgeving zowel mondeling als schriftelijk, met als resultaat besparingen, heeft althans volgens het bestreden besluit niets te maken met verantwoordelijkheidszin, met resultaatgerichtheid, met juridische kennis aangezien het besluit die competentievereisten onbesproken laat.

Daarbij komt dat in het advies van de adjunct-auditeur-generaal gesteld is: ‘De heer Jos Stevens is een autoriteit in de complexe materie van de overheidsopdrachten’. Bij geen enkele andere kandidaat wordt vermeld dat hij ‘een autoriteit’ is, bij geen enkele andere kandidaat wordt vermeld dat de materie of materies die hij behandelt ‘complex’ is of zijn. Evenwel, ‘dat autoriteit zijn in een complexe materie’ wordt onbesproken gelaten in het bestreden besluit, wordt niet vertaald, niet geëvalueerd naar de opdrachten en vereisten vermeld in de functiebeschrijving en het profiel.

Het bestreden besluit hanteert derhalve twee maten en twee gewichten door een paar competentievereisten eruit te pikken en andere onbesproken te laten en niet te evalueren. Dat is willekeur.

De kandidaten worden derhalve niet getoetst aan de ‘belangrijkste bijzondere opdrachten’ en slechts aan vier van de dertien ‘belangrijkste competentievereisten’ en dit dan nog eenzijdig, onzorgvuldig en ondeugdelijk: op dergelijke wijze toetsen aan slechts vier vereisten en daaruit besluiten tot het ‘meer beantwoorden aan het functieprofiel’ is ‘stock picking’, is eenzijdig en willekeurig selecteren, is strijdig met de regels die de tegenpartij zichzelf heeft opgelegd, schendt het gelijkheidsbeginsel en de zorgvuldigheids- en motiveringsplicht.

- Het bestreden besluit overweegt dat ‘zijn opleiding tot bemiddelaar en zijn aanstelling tot vertrouwenspersoon wijzen op zijn grote interesse voor dat aspect’.

Zoals onder punt b.3.2. bij het eerste middel gesteld, schrijft de heer Lanckswaert zelf in zijn kandidatuurstelling dat de korpsoversten van de Raad van State van oordeel zijn dat bemiddeling buiten de Raad van State moet worden gehouden. Bij een hoorzitting naar aanleiding van een voorontwerp tot wijziging van de gecoördineerde wetten op de Raad van State in de Commissie voor Binnenlandse Zaken van de Senaat op 19 februari 2013 hebben de korpsoversten dat publiekelijk verklaard.

Bemiddeling is nooit een taak of opdracht van de Raad van State geweest en zal dat in de toekomst ook niet worden.

Een opleiding tot bemiddelaar heeft derhalve geen enkele relevantie of geen enkel nut voor het Auditoraat van de Raad van State en is geen pertinent criterium bij het onderzoek van titels en verdiensten.

De aanstelling tot vertrouwenspersoon in het kader van de regelgeving inzake geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk heeft geen enkel verband met de functie van eerste auditeur-afdelingshoofd. Die aanstelling is dan ook niet relevant. Daarbij komt dat die overweging lijkt uit te gaan van de onderstelling dat het Auditoraat van de Raad van State als het ware een ‘oord van geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag’ zou zijn terwijl verzoeker in de 25 jaar dat hij op het Auditoraat werkzaam is, nog nooit iets gehoord heeft over ‘geweld, pesterijen of seksueel ongewenst gedrag’.

De aanstelling tot vertrouwenspersoon is derhalve geen pertinent criterium bij het onderzoek van titels en verdiensten.

Die opleiding en die aanstelling zouden volgens het bestreden besluit wijzen op een grote interesse voor het aspect van intermenselijke relaties. Zoals supra gesteld, betekent het hebben van interesse in se niets : verzoeker heeft grote interesse voor bijv. voetbal, schaatsen, skiën, voor..., maar hij kan niet voetballen, niet schaatsen, niet skiën,...: hij is er niet geschikt voor.

Interesse hebben voor iets, houdt geen enkele verdienste of titel in, is geen bewijs van geschiktheid en is derhalve geen pertinent criterium bij het onderzoek van de titels, verdiensten en geschiktheid van kandidaten.

Het motief dat een opleiding tot bemiddelaar en een aanstelling tot vertrouwenspersoon wijzen op een grote interesse voor het aspect van intermenselijke relaties is niet relevant, is geen objectief en pertinent criterium, dat verband houdt met de functie van eerste auditeur-afdelingshoofd, is ondeugdelijk en schendt het gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht.

Het gelijkheidsbeginsel onderstelt immers dat een grondig, nauwgezet en vergelijkend onderzoek van de titels, de verdiensten en de geschiktheid van de kandidaten gebeurt en dat daarbij objectieve, redelijke en pertinente criteria in acht worden genomen die verband houden met de te begeven functie: de aanspraken en verdiensten van de kandidaten dienen tegen mekaar te worden afgewogen om de gelijkenissen en verschillen te doen uitkomen.

Het bestreden besluit weegt de aanspraken en verdiensten van de heer Lanckswert af en verzoeker geenszins tegen mekaar af, zodat geen grondig, nauwgezet en vergelijkend onderzoek van de titels, de verdiensten en de geschiktheid is gedaan.

Het bestreden benoemingsbesluit en de impliciete weigering verzoeker te benoemen schendt derhalve de materiële motiveringsplicht, de zorgvuldigheidsplicht, het redelijkheids- en gelijkheidsbeginsel, het ‘patere legem quam ipse fecisti’ beginsel en het verbod van willekeur.”

Beoordeling

27. Verzoeker beweert niet dat hij over direct zichtbaar grotere aanspraken beschikt dan de tussenkomende partij – daargelaten nog of met de op

zichtbaar grotere aanspraken van verzoeker gesteunde vernietiging van de bestreden besluiten wel de absolute verplichting zou worden ingesteld om verzoeker te benoemen.

28. Verzoeker argumenteert enkel dat de verwerende partij sommige verdiensten van de tussenkomen de partij niet correct inschat en dat zij ten onrechte is voorbijgegaan aan titels en verdiensten die hijzelf liet gelden of dat zij deze niet op juiste waarde heeft geschat.

Nietigverklaring op grond van dit middel verplicht de verwerende partij ten hoogste ertoe om, geplaatst op het punt waar de procedure volgens dit middel zou zijn misgelopen, vast te stellen dat zij ofwel de eigen motivering moet bijstellen, ofwel aan de adjunct-auditeur-generaal een nieuw advies moet vragen. In beide gevallen kan op de uitkomst van een bijgestelde vergelijking van titels en verdiensten niet worden vooruitgelopen.

Zelfs in de veronderstelling dat het middel over de gehele lijn zou worden bijgeval len, levert dit bijgevolg niet het bewijs dat de verwerende partij op het ogenblik van haar beslissing geen andere keuze had dan verzoeker te benoemen.

29. Het middel kan niet leiden tot de nietigverklaring van de impliciete weigering om verzoeker te benoemen. Gewis was er een strekking in de rechtspraak van de Raad van State die het ooit anders zag en die in een dergelijke nietigverklaring op grond van een dwaling in de motieven betreffende de verdiensten van – bepaaldelijk – de voorbijgegane verzoekende partij, het belang voor die verzoekende partij erin zag dat ze de overheid ertoe verplicht zich opnieuw over de aan verzoeker geweigerde benoeming uit te spreken, zulks zelfs op straffe van schending van het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest. Zoals hiervóór is uiteengezet is die rechtspraak evenwel door de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak bijgesteld.

30. Het middel is dan ook onontvankelijk.

D. Resumerend

31. Zoals uit de bespreking van de beide middelen blijkt heeft verzoeker niet aangetoond dat hij in een dergelijk exceptioneel geval verkeert, waarin de supplementaire vernietiging van de uit de tussenkomen de partij blijken de weigering om deze benoeming aan verzoeker te geven, hem de in de arresten van 1 februari 2013 bedoelde, betekenisvolle bijkomende waarborg inzake rechtsherstel zou bieden.

Zoals hiervóór gezien, heeft verzoeker dan evenmin nog belang om enkel nog het benoemingsbesluit uit het rechtsverkeer te zien verdwijnen.

VII. Schadevergoeding tot herstel

Exceptie

32. Ter terechtzitting werpt de verwerende partij op dat het verzoek tot een schadevergoeding tot herstel onontvankelijk is, eensdeels, *ratione temporis* en, anderdeels, omdat ze een accessorium vormt bij de hoofdvordering die hoe dan ook onontvankelijk is.

33. Verzoeker betoogt dat zijn belang bij de schadevergoeding te onderscheiden is van het belang bij de nietigverklaring en dat een schadevergoedingsvordering niet aan eenzelfde onderzoek wordt onderworpen als een annulatieberoep.

Beoordeling

34. Artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, waarbij de Raad van State de mogelijkheid heeft gekregen om een schade-

vergoeding tot herstel toe te kennen, is ingevoerd bij artikel 6 van de wet van 6 januari 2014 ‘met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet’.

35. Die wet bevat de volgende overgangsbepaling:

“Art. 40. - Vanaf de inwerkingtreding van de artikelen 6 en 7 van deze wet, is artikel 11*bis* van de wetten op de Raad van State van toepassing op de ingediende verzoeken tot herstelvergoeding die samenhangen met de vanaf dat ogenblik ingestelde beroepen met toepassing van artikel 14, § 1 of § 3, of met de vanaf dat ogenblik uitgesproken arresten met toepassing van artikel 14, § 1 of § 3.”

Artikel 6 van de wet van 6 januari 2014 is in werking getreden op 1 juli 2014.

Het huidige beroep is ingesteld op 22 april 2013.

De vraag zou derhalve kunnen rijzen, of de vordering tot schadevergoeding tot herstel ontvankelijk is, uit oogpunt van de aangehaalde overgangsmaatregel.

Die vraag behoeft evenwel geen antwoord.

36. Artikel 11*bis*, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State luidt:

“Het verzoek tot schadevergoeding wordt uiterlijk ingediend zestig dagen na de kennisgeving van het arrest waarbij de onwettigheid werd vastgesteld. [...]”

Artikel 25/3, § 3, van het algemeen procedurereglement luidt:

“Indien geen onwettigheid wordt vastgesteld, wijst het arrest dat de procedure tot nietigverklaring afsluit, eveneens het verzoek om schadevergoeding tot herstel af.”

37. Het verzoek tot schadevergoeding tot herstel, dat een accessorium vormt van het annulatieberoep, komt blijkens deze teksten maar aan de orde indien in het arrest dat uitspraak doet over de gevorderde nietigverklaring een onwettigheid werd vastgesteld. Dat het verzoek ook reeds mag worden ingediend samen met het annulatieberoep of in de loop van de procedure doet aan die vaststelling geen afbreuk.

38. Tot een vaststelling van onwettigheid is de Raad in dit arrest, dat de procedure tot nietigverklaring afsluit, niet gekomen. Het verzoek tot schadevergoeding dient te worden afgewezen.

Aangezien de oorzaak van die afwijzing niet teruggaat op een uitspraak over de grond van de zaak, staat artikel 11*bis*, vierde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een gemeenrechtelijke vordering tot schadevergoeding niet in de weg. Die zogenaamde *electa una via* regel heeft immers, gelet op de interne samenhang van het bedoelde wetsartikel, slechts toepassing in het geval door de Raad van State bij arrest een onwettigheid is vastgesteld.

VIII. Kosten

39. Gelet op het bepaalde in artikel 70, § 1, vijfde lid, van het algemeen procedurereglement, dient het rolrecht dat verband houdt met het verzoek tot een schadevergoeding tot herstel aan verzoeker te worden terugbetaald.

BESLISSING

1. De adjunct-auditeur-generaal bij de Raad van State wordt buiten de zaak gesteld.

2. De Raad van State verwerpt het beroep.

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

Het onverschuldigde recht in verband met het verzoek tot een schadevergoeding tot herstel, begroot op 200 euro, dient aan de verzoekende partij te worden terugbetaald.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 mei 2015, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Kaat Leus,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren