RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 88.426 van 29 juni 2000
in de zaak A. 90.604/IX-2292.

In zake : Eric DURSIN,
die woonplaats kiest bij
advocaten A. LUST en J. D'HOEST,
kantoor houdende te SINT-ANDRIES-BRUGGE,
Burggraaf de Nieulantlaan 14

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Justitie.

DE VOORZITTER VAN DE IXe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat Eric DURSIN op 30 maart 2000 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de beslissing van 22 februari 2000 om de vacante betrekking van toegevoegd rechter voor het rechtsgebied van het hof van beroep te Gent, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 10 juni 1999, opnieuw vacant te verklaren;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoeker de vernietiging vordert van dezelfde beslissing;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur-generaal M. ROELANDT;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 5 mei 2000 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 5 juni 2000;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. LUST, die verschijnt voor verzoeker, en van advocaat B. VANLEE, die loco advocaat H. VAN BURM verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het andersluidend advies van auditeur-generaal M. ROELANDT;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. Verzoeker is advocaat sedert 1 oktober 1980, en plaatsvervangend rechter in de rechtbank van koophandel van Kortrijk sedert 27 april 1990.

1.2. In het Belgisch Staatsblad van 10 juni 1999 wordt de vacature voor het ambt van toegevoegd rechter bekendgemaakt.

1.3. Verzoeker dient op 10 juli 1999 zijn kandidatuur in, naast zeven andere kandidaten.

1.4. Verzoeker verkrijgt een gunstig advies vanwege het adviescomité.

1.5. Van de acht kandidaten voldoet één niet aan de voorwaarden, worden vijf anderen benoemd tot andere ambten, en blijven er uiteindelijk twee kandidaten over, te weten verzoeker met een gunstig advies, en Caroline

VERBEKE, substituut-arbeidsauditeur, met een gunstig advies onder voorbehoud.

1.6. Op 22 februari 2000 wordt aan de directeur-generaal van de rechterlijke organisatie het volgende meegedeeld :

> "De heer Minister kan op basis van het voorgelegd dossier moeilijk een beslissing nemen, ondermeer gezien de lijst van kandidaten beperkt is tot de benoeming van een parketmagistraat aan de zetel.
> Voorstel van de heer Minister :
> De betrekking opnieuw vacant te verklaren".

1.7. In het Belgisch Staatsblad van 3 maart 2000 verschijnt de nieuwe oproep voor de vacante betrekking van toegevoegd rechter.

1.8. Met een brief van 6 maart 2000 vraagt verzoeker welke de reden is van de niet-benoeming van een der kandidaten.

1.9. Met een brief van 7 april 2000 verstrekt het kabinet aan de administratie de volgende motivering :

> "Voor de plaats van toegevoegd rechter in het Hof van beroep te Gent, waren er acht kandidaten waarvan één niet in de voorwaarden was om benoemd te worden, vijf in andere ambten werden benoemd, zodat er nog 2 kandidaten overbleven :
> 1. VERBEKE Caroline is substituut van de Arbeids-auditeur te Kortrijk waar op het kader van 4 er 1 vacature is zodat de dienst in de drie afdelin-gen thans moet verzekerd worden door de auditeur zelf en twee substituten, waaronder VERBEKE Caroline, en dit voor het belangrijk gebied Kortrijk, Ieper, Veurne.
> De benoeming van VERBEKE Caroline zou noch min, noch meer dan de totale desorganisatie van het arbeidsauditoraat tot gevolg hebben, wat door de arbeidsauditeur regelmatig werd gemeld.
> 2. DURSIN Eric is geen laureaat van het examen en heeft enkel de hoedanigheid van plaatsvervangend rechter.
> In zijn arrest van 26 mei 1999 heeft het Arbi-tragehof beslist :

'Indien er voor een benoeming benevens een van de voornoemde plaatsvervangende rechters, ook een geslaagde voor het examen inzake beroepsbekwaamheid, een persoon die de vereiste gerechtelijke stage beëindigd heeft of een magistraat zich kandidaat stellen, mag de minister geen rekening houden met de kandidatuur van de plaatsvervangend rechter indien voor minstens één van de andere kandidaten een unaniem gunstig advies is verleend'.

Hoe dan ook kwam DURSIN Eric niet in aanmerking voor benoeming gelet op de kandidatuur van VERBEKE Caroline, die niet kon worden ingewilligd om loutere organisatorische redenen.

De herpublicatie is gebeurd enkel en alleen om uit de impasse te geraken".

2. Over de gegrondheid van de vordering.

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

2.2.1. Overwegende dat verzoeker als enig middel aanvoert, de schending van artikel 287 van het Gerechtelijk Wetboek, het continuïteitsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van de formele motiveringsplicht ook neergelegd in de artikelen 2 en 3 van de uitdrukkelijke motiveringswet van 29 juli 1991 en, voor zover als nodig, van het beginsel van de materiële motiveringsplicht; dat verzoeker dit middel als volgt toelicht : wanneer een ambt vacant verklaard wordt gaat de overheid ervan uit dat de vacature in het belang van de continuïteit van de dienst ook effectief opgevuld wordt, welk beginsel ook ingebed is in artikel 287 van het Gerechtelijk Wetboek; uitzonderlijk kan daarvan worden afgeweken wanneer er gegronde redenen zijn om de benoemingsprocedure voortijdig af te breken, welke

redenen kenbaar, in feite juist en in rechte pertinent en draagkrachtig moeten zijn; die redenen moeten krachtens de formele motiveringswet in de beslissing zelf tot uiting komen; de vaststelling dat er maar één kandidaat overblijft maakt op zichzelf niet zulk een reden uit; in de onderhavige zaak is geen reden kenbaar gemaakt waarom de verwerende partij tot de beslissing is gekomen om de lopende benoemingsprocedure af te breken en het ambt opnieuw vacant te verklaren;

2.2.2. Overwegende dat de verwerende partij vooreerst antwoordt dat de minister niet de verplichting had om tot benoemen over te gaan en dat hij in deze aangelegenheid gemeend heeft niet te moeten benoemen aangezien "er moeilijk een beslissing kon genomen worden, omdat de lijst beperkt is tot een benoeming van een parketmagistraat"; dat zij toelicht dat van de acht kandidaten er één niet in de voorwaarden verkeerde en vijf in andere ambten benoemd werden, zodat er slechts twee kandidaten overbleven, namelijk verzoeker die een gunstig advies kreeg van het bevoegde adviescomité, en een substituut bij de arbeidsrechtbanken die een gunstig advies onder voorbehoud had gekregen; dat volgens haar in toepassing van artikel 21, § 1, tweede lid, van de wet van 18 juli 1991 tot wijziging van de voorschriften van het Gerechtelijk Wetboek die betrekking hebben op de opleiding en de werving van magistraten, zoals aangevuld door de wet van 9 juli 1997 en na vernietiging van het woord "unaniem" in die tekst door het Arbitragehof, geen rekening gehouden kon worden met de kandidatuur van verzoeker die in concurrentie was met een magistraat die een gunstig advies had gekregen, terwijl op de kandidaatstelling van die overblijvende kandidaat-magistraat in de gegeven omstandigheden echter niet ingegaan kon worden wegens organisatorische redenen, namelijk de bezetting en de organisatie van het arbeidsauditoraat waartoe deze behoorde en dat, aangezien de mogelijkheid om te benoemen tot die laatste kandidaat beperkt was, de

minister er de voorkeur aan gegeven heeft de plaats opnieuw vacant te verklaren;

2.2.3.1. Overwegende dat verzoeker hierin bijgevallen kan worden dat, wanneer een ambt vacant verklaard wordt het in beginsel ook effectief begeven moet worden, tenzij er pertinente redenen, waarvan het bestaan aangetoond moet kunnen worden, zijn om dat niet te doen; dat artikel 287 van het Gerechtelijk Wetboek de modaliteiten van de kandidaatstelling voor ambten van de rechterlijke orde en de behandeling ervan regelt, doch geen bepaling bevat als zou iedere procedure van vacant-verklaring noodzakelijk moeten uitmonden in een benoeming;

2.2.3.2. Overwegende dat, anders dan verzoeker stelt, de wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen van 29 juli 1991 niet op de beslissing om de benoemingsprocedure stop te zetten van toepassing lijkt te zijn, omdat die beslissing niet valt onder de definitie van "eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking die uitgaat van een bestuur en die beoogt rechtsgevolgen te hebben voor één of meer bestuurden of voor een ander bestuur" in artikel 1 van die wet;

2.2.3.3. Overwegende dat het door de verwerende partij opgegeven motief om de benoemingsprocedure stop te zetten, lijkt te moeten worden bijgevallen voor zover het juist is, zoals zij stelt, dat zij ingevolge de vernietiging door het Arbitragehof van het woord "unaniem" in artikel 21, § 1, tweede lid, van de voornoemde wet van 18 juli 1991 verplicht was de voorkeur te geven aan de kandidaat-magistraat -die een "gunstig" advies had gekregen- boven verzoeker; dat, immers, in haar visie die bepaling na de voormelde vernietiging van het woord "unaniem" als volgt zou luiden :

"De plaatsvervangende rechters benoemd vóór de inwerkingtreding van deze wet en de plaatsvervangende rechters benoemd vóór de inwerkingtreding van deze wet maar aan wie wegens onverenigbaarheid ontslag om eervolle redenen is verleend, worden geacht geslaagd te zijn voor het examen inzake beroepsbekwaamheid, bedoeld in artikel 259bis van hetzelfde Wetboek.

Bij de voordracht tot de benoeming in de ambten bedoeld in de artikelen 187, 188, 190 tot 194, 207, § 2, 208 en 209 van het Gerechtelijk Wetboek houdt de minister van Justitie, wat betreft de voornoemde plaatsvervangende rechters, enkel rekening met degenen over wie het adviescomité een (...) gunstig advies heeft verleend.

Indien er voor een benoeming, benevens een van de voornoemde plaatsvervangende rechters, ook een geslaagde voor het examen inzake beroepsbekwaamheid, een persoon die de vereiste gerechtelijke stage beëindigd heeft of een magistraat zich kandidaat stellen, mag de minister geen rekening houden met de kandidatuur van de plaatsvervangend rechter indien voor minstens één van de andere kandidaten een (...) gunstig advies is verleend.";

2.2.3.4. Overwegende dat artikel 3 van de wet van 9 juli 1997 tot wijziging van onder meer de wet van 18 juli 1991 bepaalde : "Artikel 21, § 1, tweede lid, van de wet van 18 juli 1991 wordt aangevuld als volgt : ..."; dat de aanvulling typografisch bestond uit twee leden, zodat de vraag rijst of zodoende enkel het tweede lid werd aangevuld dan wel of het tweede lid werd aangevuld met een bijkomende zin terwijl bovendien een nieuw derde lid werd ingevoegd, of zelfs, of een nieuw derde en vierde lid werden ingevoegd; dat hoe dan ook voor de oplossing van onderhavig geschil determinerend is, het antwoord op de vraag of het Arbitragehof, toen het met zijn arrest nr. 56/99 van 26 mei 1999, in het tweede lid van artikel 21, § 1, het woord "unaniem" vernietigde, bedoeld heeft dat woord tweemaal te schrappen, meer bepaald ook in de bepaling welke het geval regelt waarbij de plaatsvervangende rechters in concurrentie treden met, onder meer, effectieve magistraten en aan laatstgenoemden absolute voorrang verleend wordt op eerstgenoemden indien zij een "unaniem" gunstig advies hebben gekregen; dat, immers,

alleen indien de vernietiging door het Arbitragehof ook dat laatste geval betreft verzoeker de plaats moest ruimen voor een werkende magistraat die een -onder voorbehoud- "gunstig", maar geen "unaniem gunstig" advies had gekregen, waardoor enkel de voornoemde magistraat zou overblijven;

2.2.3.5. Overwegende dat het Arbitragehof in zijn arrest nr. 56/99 ervan uitging dat artikel 3 van de wet van 9 juli 1997 het tweede lid van artikel 21, § 1, had aangevuld en er een derde lid had aan toegevoegd (overweging B.1.4.); dat voorts het Arbitragehof enkel het tegen dat artikel aangevoerde tweede bezwaar, waarin werd gesteld dat het gelijkheidsbeginsel geschonden was doordat de plaatsvervangende rechters tijdens de periode gedurende welke het vermoeden geslaagd zijn voor het examen geldt, slechts tot werkende rechter kunnen worden benoemd indien zij een unaniem gunstig advies verkregen hebben, gegrond heeft verklaard; dat het Arbitragehof echter niet het derde bezwaar heeft aangenomen, waarin werd gesteld dat dit gelijkheidsbeginsel eveneens geschonden is voor zover geen geslaagde voor het examen, stagiair of werkend magistraat die een unaniem gunstig advies heeft gekregen, kandidaat is, en dit onder verwijzing naar het derde lid van artikel 21, § 1, (overwegingen B.5.4. en B.5.5.); dat bij dat laatste overigens moet worden opgemerkt dat het Arbitragehof, wanneer het dat derde bezwaar samenvat, uitdrukkelijk vermeldt dat het betrekking heeft op artikel 21, § 1, derde lid, "toegevoegd door het aangevochten artikel 3 van de wet van 9 juli 1997" (overweging B.3.3.); dat wanneer het Arbitragehof dan in artikel 21, § 1, "tweede lid", van de wet van 18 juli 1991 het woord "unaniem" vernietigt, er weinig twijfel over kan bestaan dat die vernietiging enkel geldt voor de bepaling die een "unaniem" gunstig advies -geïnterpreteerd als een vetorecht voor de individuele leden van de adviescommissie- voorschreef ten aanzien van plaatsvervangende

magistraten, doch niet de unanimiteit geldend als voorwaarde voor de voorrang toegekend aan de geslaagden voor het examen inzake beroepsbekwaamheid, zij die de vereiste gerechtelijke stage beëindigd hebben en de werkende magistraten; dat het middel ernstig is;

2.3.1. Overwegende dat verzoeker als moeilijk te herstellen ernstig nadeel aanvoert, eensdeels dat hij als plaatsvervangend magistraat nog slechts tijdens een overgangstermijn van zeven jaar na 11 januari 1998 kan worden benoemd tot effectief magistraat en dit enkel binnen een context waarin hem een gunstig advies wordt verleend en, zo hij niet de enige kandidaat is, aan geen enkele andere kandidaat een unaniem gunstig advies wordt verleend, anderdeels, dat hij zich in de lopende benoemingsprocedure, gelet op de specifieke context ervan : rechter in de rechtbanken van koophandel van Brugge en Kortrijk, in een zeer gunstige positie bevond omdat er slechts één, respectievelijk twee kandidaten overbleven die een gunstig advies hadden gekregen, terwijl hij te Kortrijk woont en als specialist handelsrecht adelbrieven kon voorleggen tegenover een medekandidaat substituut;

2.3.2. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat verzoeker door de bestreden beslissing een nieuwe kans krijgt om te kandideren en om benoemd te worden, dat de overgangstermijn om als plaatsvervangend rechter tot effectief rechter benoemd te worden nog loopt tot 10 januari 2005, zodat verzoekers kansen zeker nog niet verkeken zijn, dat het louter feit in concurrentie te komen met andere kandidaten niet als een moeilijk te herstellen ernstig nadeel beschouwd kan worden en dat de omstandigheid dat zijn kansen zeer reëel waren een louter persoonlijke indruk van verzoeker is, die in casu niet getoetst kan worden; dat de verwerende partij ook nog aanstipt dat verzoeker verder ervaring opdoet als plaatsvervangend magistraat en dat

in geval van schorsing of vernietiging hij opnieuw in concurrentie komt met de andere kandidaten, daar zij hun kandidaatstelling niet formeel hebben ingetrokken;

2.3.3.1. Overwegende dat mede na het ernstig bevinden van het aangevoerde middel, kan worden geconstateerd dat van de acht kandidaten één de voorwaarden niet vervulde en er vijf na hun kandidaatstelling tot effectief magistraat werden benoemd in andere ambten, dat niet uitgesloten doch uiterst hypothetisch is dat die vijf nog kandidaat waren, terwijl overigens de verwerende partij blijkbaar ook geen rekening gehouden heeft met die mogelijkheid toen ze besliste de benoemingsprocedure te herbeginnen, dat er dus twee kandidaten op gelijke voet overbleven : verzoeker die een onverdeeld gunstig advies had gekregen van de adviescommssie en een substituut-arbeidsauditeur die ook een gunstig advies had gekregen, doch onder voorbehoud, welk voorbehoud niet de persoonlijke geschiktheid van die kandidaat betrof doch de ongunstige weerslag van haar vertrek op het betrokken arbeidsauditoraat, en dat de redenen van dat voorbehoud ook de redenen waren waarom uiteindelijk besloten werd de plaats opnieuw vacant te verklaren;

2.3.3.2. Overwegende dat wat voorafgaat aantoont dat verzoeker terecht stelt dat hij veruit in de gunstigste positie verkeerde om benoemd te worden; dat zelfs, bij een correcte toepassing van de wet, redelijkerwijze aan hem de voorkeur moest worden gegeven, mede gelet op zijn niet betwiste kennis van het handelsrecht, zijn ervaring en zijn vertrouwdheid met de betrokken rechtbanken; dat waar verzoeker, na in die uiterst gunstige positie te hebben verkeerd, nu opnieuw moet solliciteren, in concurrentie met een onbepaald aantal kandidaten met onbekende aanspraken, zulks voor hem een moeilijk te herstellen ernstig nadeel oplevert;

2.4. Overwegende dat aan de beide voorwaarden voor schorsing is voldaan,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 22 februari 2000 om de vacante betrekking van toegevoegd rechter voor het rechtsgebied van het hof van beroep te Gent, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 10 juni 1999, opnieuw vacant te verklaren.

Artikel 2.

Dit arrest zal bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het geschorste besluit.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negenentwintig juni 2000, door :

de H. J. DE BRABANDERE, kamervoorzitter,
Mevr. S. VAN AELST, griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. VAN AELST. **J. DE BRABANDERE.**