

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 190.615 van 18 februari 2009
in de zaak A. 190.916/IX-6171.**

In zake : Jan DECONINCK,
die woonplaats kiest bij
advocaten K. LEUS en E. MAES,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 99

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister voor
Ondernemen,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. DECORDIER,
kantoor houdende te GENT,
Harlekijnstraat 9.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE IXe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat Jan DECONINCK op 29 december 2008 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van :

- het besluit van 10 oktober 2008 van de minister voor Ondernemen en Vereenvoudigen waarbij Patrick DE PESSEMIER aangeduid wordt om verder het hoger ambt van adviseur uit te oefenen voor de periode van zes maanden en van
- de impliciete weigering om de verzoeker in die betrekking te benoemen;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur-afdelingshoofd
M. LEFEVER;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 4 februari 2009 waarbij de
terechtzingting bepaald wordt op 16 februari 2009;

Gehoord het verslag van staatsraad D. MOONS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat W. DEPESTER, die loco advocaten K. LEUS en E. MAES, verschijnt voor de verzoeker, en van advocaat A. DE MEU, die loco advocaat C. DECORDIER, verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur-afdelingshoofd M. LEFEVER;

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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

1. Feiten

1.1. Verzoeker is sinds 1997 tewerkgesteld als attaché bij de Algemene Directie Kwaliteit en Veiligheid bij de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie. Sinds 2003 is hij gedetacheerd bij de Beleidscel Consumentenzaken bij de Vice-Eerste Minister waar hij de functie van adviseur vervult.

1.2. Bij dienstorder van 14 mei 2007 wordt de vacature bekendgemaakt van een betrekking van adviseur, diensthoofd Kwaliteit en Veiligheid bij de Algemene Directie kwaliteit en Veiligheid, Afdeling Controle - Buitendienst Noord en Brussel - Metrologie, met standplaats te Gent.

Op 12 juni 2007 dient verzoeker zijn kandidatuur in voor deze functie. Hij vermeldt daarin dat zijn zwak punt is dat hij een eerder beperkte parate kennis heeft van de reglementering inzake metrologie. Ook Patrick De Pessemier kandideert samen met nog vijf andere kandidaten.

Intussen wordt Patrick De Pessemier, die de facto reeds de leiding van de buitendienst waarnam, aangesteld om deze functie bij wege van hogere functie te vervullen vanaf 1 april 2007.

1.3. Op 18 september 2007 onderzoekt het directiecomité de verschillende kandidaturen volgens de criteria motivatie, ervaring, expertise en profiel.

Volgens deze criteria wordt verzoeker als volgt beoordeeld:

- motivatie: goed
- ervaring: goed
- expertise: middelmatig
- profiel: middelmatig (zwak punt voor “beheren” en “opleiden”).

De directeur-generaal geeft daarbij de volgende commentaar: de kandidaat is zeer bekwaam, neemt initiatieven, heeft veel netwerken gecreëerd, beschikt over een ruime internationale ervaring en is zeer loyaal. De directeur-generaal vraagt zich evenwel af of de in competitie gestelde betrekking, de leiding van een dienst voor technische uitvoering, niet te beperkt is voor hem.

De Pessemier krijgt de volgende beoordeling:

- motivatie: middelmatig
- ervaring: goed
- expertise: zwak
- profiel: middelmatig (zwak punt voor “beheren”).

Over hem zegt de directeur-generaal het volgende: de kandidaat oefent de te begeven functie uit als hoger ambt. Hij heeft veel ervaring op het vlak van de metrologie, onderhoudt goede relaties met zijn ambtgenoot en geniet de waardering van zijn medewerkers. Hij beschikt zowel over de technische bagage als over de onmisbare leiderscapaciteiten voor de functie.

Het directiecomité rangschikt verzoeker op de eerste plaats ex aequo met Patrick De Pessemier.

1.4. Op 15 november 2007 dient de verzoeker een bezwaarschrift in waarin hij nieuwe elementen aanbrengt die volgens hem aantonen dat waar de evaluatie de vermelding “middelmatig” bevat deze tot “goed” kan worden opgetrokken.

Ook De Pessemier en twee andere kandidaten dienen een bezwaarschrift in. De Pessemier is van mening dat hij op grond van zijn ervaring en prestaties als eerste moet worden gerangschikt.

Op 18 december 2007 onderzoekt het directiecomité de bezwaarschriften. De directeur-generaal besluit na onderzoek van de bezwaarschriften dat verzoeker en De Pessemier de twee beste kandidaten blijven. Volgens hem is kiezen voor De Pessemier, die steeds in de metrologie heeft gewerkt een keuze voor continuïteit, en kiezen voor de verzoeker, die nooit in de metrologie heeft gewerkt, maar zeer ervaren is op uiteenlopende gebieden, een aanzet tot verandering.

De directeur-generaal wijst op het feit dat het strategisch programma markttoezicht, één van de twaalf programma's waartoe het Directiecomité heeft beslist, de ambitie koestert verandering te brengen in de aanpak door de invoering van een wetenschappelijke basis voor risico-analyse, de toevoeging van een transversale dimensie en de wil meer doeltreffend te werken. In die context biedt verzoeker volgens hem meer garanties dan De Pessemier om de betrokken dienst en zijn controlebevoegdheid een nieuwe impuls te geven.

Eenparig besluit het directiecomité dan verzoeker als eerste voor te dragen en De Pessemier als tweede. De keuze voor verzoeker wordt als volgt gemotiveerd:

- zijn rijke en uiteenlopende ervaring qua kwaliteit en veiligheid;
- zijn sterke motivatie voor de toe te kennen betrekking;
- zijn zin voor initiatief en organisatie;
- zijn geest voor vernieuwing.

1.5. Omdat de rangschikking werd gewijzigd wordt zij bij brieven van 17 maart 2008 opnieuw meegedeeld aan de kandidaten en wordt hen er op gewezen dat zij opnieuw een bezwaarschrift kunnen indienen. Blijkbaar dient niemand nog een bezwaarschrift in want een derde bespreking van het dossier wordt geschrapt van de dagorde van de Directiecomitévergadering van 22 april 2008 met de vermelding dat er geen nieuw onderzoek nodig is.

1.6. Met een nota van 24 april 2008 maakt de administratie het benoemingsvoorstel over aan de minister vergezeld van een ontwerp van koninklijk besluit houdende de benoeming van de verzoeker tot de graad van adviseur.

Sindsdien is het dossier hangend bij de minister.

1.7. De betrekking wordt intussen nog steeds bij wege van hogere functie uitgeoefend door Patrick De Pessemier.

Wanneer blijkt dat op 1 oktober 2008 de betrekking nog steeds niet definitief begeven is vraagt de directeur-generaal om de hogere functie van De Pessemier nogmaals te verlengen. Hij motiveert zijn aanvraag op dezelfde manier als voor de eerdere verlengingen als volgt:

“Sinds 1.4.2007 oefent Patrick De Pessemier waarnemend de functie uit van adviseur bij de dienst ‘Controle Noord en Brussel- Metrologie’. Dit in afwachting van de definitieve benoeming van een diensthoofd.

De betrekking werd vacant gesteld met dienstorder 2007 26/S1/P-O/WL vac. 2084 van 14 mei 2007. Zolang de promotieprocedure loopt blijft het noodzakelijk dat de dienst verder kan geleid worden door de heer De Pessemier.

Bijgevolg verzoek ik U zijn hogere functie met 6 maanden te verlengen vanaf 1.10.2008 tot en met 31.3.2009.”

Bij ministerieel besluit van 10 oktober 2008 wordt de aanstelling van De Pessemier in die hogere functie, na gunstig advies van de Inspectie van Financiën, dan een derde maal verlengd voor zes maanden. Deze aanstelling wordt als volgt gemotiveerd:

“Overwegende dat het voor de goede werking van de Algemene Directie Kwaliteit en Veiligheid noodzakelijk en dringend blijkt de heer Patrick De Pessemier aan te duiden om met ingang van 1 oktober 2008 verder het hoger ambt van adviseur uit te oefenen, als meest geschikte kandidaat, die tijdelijk beschikbaar is, om in de behoeften van de dienst te voorzien”.

Dit is het eerste bestreden besluit. Verzoeker kreeg er naar zijn zeggen op 14 november 2008 kennis van.

2. Ontvankelijkheid : de tijdigheid van de beroepen

2.1. De verwerende partij werpt op dat verzoeker wel beweert maar geenszins aantoonst dat hij pas op 14 november 2008 kennis kreeg van het ministerieel besluit van 10 oktober 2008. Zij vraagt zich af of het verzoekschrift tot nietigverklaring en tot schorsing wel tijdig werd ingediend.

2.2. Het is aan degene die een exceptie van laattijdigheid opwerpt om ze te bewijzen. Meer bepaald staat het aan de verwerende partij om aan te tonen dat verzoeker reeds vroeger, en dan meer bepaald meer dan zestig dagen voorafgaand

aan de datum waarop het verzoekschrift werd ingediend, zijnde 29 december 2008, kennis had van het eerste bestreden besluit, vóór 30 oktober 2008.

De verwerende partij geeft geen enkel concreet element aan, die de laattijdigheid aantoont. Het is niet evident dat verzoeker vóór 30 oktober 2008 kennis had van het eerste bestreden besluit nu hij niet de bestemming is van het besluit en het hem ook niet moest betekend worden, en ook niet blijkt dat ze op enigerlei wijze werd bekendgemaakt.

De exceptie wordt verworpen.

3. Ontvankelijkheid : het belang bij de schorsingsprocedure

3.1.1. De verwerende partij werpt in een eerste exceptie op dat het niet duidelijk is welk belang verzoeker heeft bij het bestrijden van het eerste bestreden besluit, dat slechts de tijdelijke verlenging vormt van de hogere functie in afwachting van de beëindiging van de promotieprocedure en de definitieve benoeming van een diensthoofd, en die geenszins impliceert dat verzoekers kandidatuur voor die definitieve benoeming zou zijn afgewezen. Zij wijst er op dat verzoeker zijn belang alleen verduidelijkt door te stellen dat het bestreden besluit zijn rechtssituatie op een nadelige wijze beïnvloedt.

3.1.2. Verwerende partij voert ook een tweede exceptie van gebrek aan belang aan, die is gesteund op de hypothese dat het eventuele schorsingsarrest pas zal tussenkomen nadat de bestreden verlenging van de hogere functie reeds volledig uitgewerkt zal zijn, zijnde na 31 maart 2009. Verzoeker toont volgens haar niet aan welk belang hij in dat geval nog zal hebben bij de schorsingsprocedure.

3.2.1. Verzoeker vordert naast de schorsing van het ministerieel besluit van 10 oktober 2008 ook de schorsing van de impliciete weigering om hem te benoemen. Verzoeker spreekt niet van de weigering om hem in die betrekking aan te stellen maar wel van de weigering om hem in die functie te benoemen. Verzoeker stelt dat, vermits het sinds 27 mei 2008 (goedkeuring van de notulen van de vergadering van het Directiecomité van 22 april 2008) definitief vast staat dat hij de meest geschikte kandidaat is en hij unaniem werd voorgesteld door het directiecomité, uit het feit dat de hogere functie nogmaals wordt verlengd moet worden afgeleid dat de minister hem niet wil benoemen. Hij leest dus in de

verlenging van de hogere functie van De Pessemier door de minister, de weigering van de minister om hem definitief in die functie te benoemen.

Een impliciete beslissing is een beslissing die niet uitdrukkelijk is verwoord, zij kan alleen maar afgeleid worden uit een expliciete beslissing. Het volstaat niet dat het bestaan van de impliciete beslissing wordt verondersteld, vermits zij met zekerheid moet kunnen worden afgeleid uit de expliciete beslissing.

Uit het dossier blijkt dat de verlenging van de hogere functie wordt gevraagd omdat een vaste benoeming uitblijft. De verlenging van de hogere functie is geenszins de oorzaak van dat uitblijven maar alleen een gevolg ervan. Daarom is het duidelijk dat zij geen uitspraak doet, ook geen impliciete, over de definitieve benoeming. Zij bevat bijgevolg geen impliciete weigering om verzoeker te benoemen, want een dergelijke weigering kan maar impliciet vervat zitten in een andere beslissing betreffende het definitief begeven van de betrekking zoals de benoeming van een andere kandidaat.

3.2.2. De enige zekere band tussen de bestreden aanstelling in de hogere functie van adviseur en de vaste benoeming in die functie is dat de aanstelling is gemotiveerd door het feit dat er nog geen beslissing is genomen betreffende de definitieve benoeming, dat het dossier nog steeds, om welk motief ook, hangende is bij de minister. Het enige wat er met zekerheid uit kan afgeleid worden in verband met de definitieve benoeming is dus dat de minister nog geen beslissing heeft genomen, niet dat de minister zou weigeren verzoeker te benoemen.

Op het eerste gezicht bestaat nog geen impliciete weigeringsbeslissing om verzoeker te benoemen, zoals er ook nog geen expliciete bestaat.

Bovendien bestaat ook geen stilzwijgende afwijzende beslissing, vermits verzoeker de procedure voorgeschreven door artikel 14, §3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State niet heeft doorlopen.

3.2.3. De vordering tot schorsing is dan ook op het eerste gezicht niet ontvankelijk voor zover ze gericht is tegen de impliciete weigering om verzoeker te benoemen.

Dit stelt dan ook de vraag naar het belang van verzoeker bij een vordering die hoogstens kan leiden tot de schorsing, niet van de weigering hem te benoemen, maar slechts van de toekenning voor zes maanden van de hogere functie aan De Pessemier.

Zoals de verwerende partij terecht opmerkt omschrijft verzoeker zijn belang op zeer summiere wijze. Uiteindelijk zegt hij niet meer dan dat “het bestreden besluit zijn rechtspositie op een nadelige wijze beïnvloedt”. Uit het geheel van het dossier blijkt evenwel op het eerste gezicht dat wat verzoeker nastreeft niet de tijdelijke uitoefening van de hogere functie is, maar wel de vaste benoeming en dat zijn belang daaraan moet worden verbonden.

Vermits evenwel het bestreden ministerieel besluit geen invloed heeft op de beslissing tot toekenning van de definitieve benoeming en het op dit ogenblik niet vaststaat dat de kansen van verzoeker op benoeming worden verkleind, en de schorsing bijgevolg geen voordeel kan bieden voor de door verzoeker nagestreefde benoeming, stelt de Raad van State vast dat verzoeker niet doet blijken van het rechtens vereiste actueel belang bij de door hem ingeleide procedure tot schorsing, mede gelet op de omstandigheden eigen aan de zaak.

De eerste exceptie is gegrond.

De tweede exceptie mist feitelijke grondslag.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE Wnd. VOORZITTER :**

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
18 februari 2009, door :

de H.	D. MOONS,	staatsraad, wnd. kamervoorzitter,
Mevr.	V. WAUTERS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

V. WAUTERS.

D. MOONS.