

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 191.158 van 9 maart 2009
in de zaken A. 76.309/IX-790
77.764/IX-1081.**

In zake : Adrien DE RYCKE,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat G. VAN GRIEKEN,
 kantoor houdende te BRUSSEL,
 Vossendreef 4, bus 29

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van
Financiën.

tussenkommende partij :

Herman HOFMANS,
die woonplaats kiest bij
advocaat W. DAEM,
kantoor houdende te ZELLIK,
Noorderlaan 30.

D E R A A D V A N S T A T E, I X e K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Adrien DE RYCKE op 7 november
1997 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- 1) de “ministeriële” beslissing van 28 augustus 1997 waarbij beslist wordt een
ongunstige vermelding op te tekenen op zijn individuele fiche en waarbij hem
wordt opgelegd zijn nevenactiviteit bestaande uit het leiden van BTW-clubs stop
te zetten;
- 2) de weigering om verzoeker te benoemen tot gewestelijk directeur bij het
Controlecentrum te Oostende en de benoeming tot die graad en betrekking van
Herman HOFMANS;
- 3) de beslissing van de directieraad om verzoeker voor die betrekking niet voor te
stellen en Herman HOFMANS wel (zaak A.76.309/IX-790);

Gezien het verzoekschrift dat Adrien DE RYCKE op 6 maart 1998
heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het koninklijk besluit van
12 november 1997 waarbij Herman HOFMANS wordt benoemd tot de graad van

gewestelijk directeur van de BTW te Oostende op datum van 1 november 1997 en van de impliciete weigering om hem te benoemen (zaak A.77.764/IX-1081);

Gelet op het arrest nr. 71.762 van 12 februari 1998 waarbij in de zaak A.76.309/IX-790 de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt verworpen;

Gezien het verzoek tot voortzetting van de rechtspleging ingediend op 2 maart 1998 door verzoeker in de zaak A.76.309/IX-790;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 20 november 1998 in de zaak A.76.309/IX-790;

Gelet op de beschikking van 30 november 1998 die de tussenkomst van Herman HOFMANS toelaat in de zaak A.76.309/IX-790;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 4 december 1998 in de zaak A.77.764/IX-1081;

Gelet op de beschikking van 15 december 1998 die de tussenkomst van Herman HOFMANS toelaat in de zaak A.77.764/IX-1081;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur M. LEFEVER;

Gelet op de beschikking van 11 mei 2000 tot voeging van de zaken;

Gelet op de beschikking van 11 mei 2000 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de aanvullende memorie van de tussenkomende partij;

Gelet op de beschikking van 27 oktober 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 5 januari 2009;

Gehoord het verslag van staatsraad D. MOONS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat G. VAN GRIEKEN, die verschijnt voor de verzoeker, van inspecteur J. DE VLEESCHOUWER, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat M. HERTEGONNE die, loco advocaat W. DAEM, verschijnt voor de tussenkomende partij;

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

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

1. Feiten

1.1.1. Verzoeker is directeur bij de Administratie van de BTW, registratie en domeinen, sector BTW, van het Ministerie van Financiën. Hij verkrijgt bij ministeriële beslissing van 12 oktober 1971 de toelating om een cumulatieve beroepsactiviteit uit te oefenen als lesgever van cursussen over de BTW bij het Vormingsinstituut voor de kleine en middelgrote ondernemingen te Brugge.

In uitvoering van het koninklijk besluit nr. 46 van 10 juni 1982 betreffende de cumulaties van beroepsactiviteiten in sommige openbare diensten, vraagt verzoeker op 8 september 1982 een nieuwe cumulatiemachtiging voor een activiteit die hij beschrijft als: voortdurende vorming middenstand; lesgeven in avondonderwijs voor +/- één avond per week. Verzoeker verkrijgt de machtiging bij ministerieel besluit van 21 februari 1983.

1.1.2. Naar aanleiding van een publiciteit voor een publicatie die door verzoeker wordt verzorgd en waarvoor, omdat hij daarvoor niet de vereiste cumulatiemachtiging had gevraagd, in februari 1989 een ongunstige vermelding op zijn individuele fiche werd ingeschreven, merkt de administratie op dat verzoeker

ook BTW-clubs leidt ter vervolmaking van boekhouders en belastingconsulenten. Op 14 maart 1997 wordt hij verzocht zijn standpunt uiteen te zetten over de als volgt geformuleerde feiten:

“Heeft, in strijd met de basisreglementering inzake de onverenigbaarheden en de cumulaties, nagelaten schriftelijk de voorafgaande toelating aan te vragen voor zijn activiteit bestaande in het leiden van ‘BTW-clubs’ ter vervolmaking van boekhouders en belastingconsulenten.

Zijn werkelijke rol, het concept van de ‘BTW-clubs’, de lokaliteiten van de bijeenkomsten en de door hem ontvangen bezoldiging zullen worden gepreciseerd.”

1.1.3. Op 24 maart 1997 antwoordt verzoeker. Hij stelt dat deze BTW-club een naschoolse vorming is die georganiseerd wordt door het vormingsinstituut waar hij sinds 1971 lesgever is en enkel doorgaat tijdens het schooljaar, in de gebouwen van het Vormingsinstituut te Brugge en voor afgestudeerden van dat Instituut. Hij vermeldt verder dat hij daarvoor in 1975 mondeling aan het bestuur heeft gevraagd of deze navorming werd gedekt door de hem in 1971 verleende cumulatiemachtiging en dat er toen bevestigend werd geantwoord.

Hij voegt daaraan toe dat hij de ontvangen vergoedingen heeft aangegeven aan de fiscus en vermeld heeft op de lijst van de nevenactiviteiten, die aan het bestuur werd overgemaakt.

Hij besluit dat hij sinds meer dan vijftientig jaar te goeder trouw die navorming heeft gegeven, zich steunende op de cumulatiemachtiging die hij in 1971 verkreeg, maar mocht het bestuur menen dat de cumulatiemachtiging van 1971 niet voldoet, hij zich daarbij neerlegt en een bijkomende aanvraag zal indienen.

1.1.4. Op 25 maart 1997 rapporteert de gewestelijk directeur aan de directeur-generaal over deze kwestie. Hij stelt enerzijds dat, vooralsnog niet blijkt wat de juiste activiteit van die BTW-clubs is en anderzijds dat, verzoeker daarvoor geen schriftelijke toelating heeft gevraagd maar dat een mondelinge zou zijn verkregen.

Hij besluit:

“Bijaldien die mondelinge toelating niet verleend werd, zou er een ongunstige melding op de individuele fiche kunnen ingeschreven worden. Daarenboven lijkt het ook aangewezen om hem ter kennis te brengen dat het geven van ‘BTW-clubs’ dient stopgezet te worden”.

1.1.5. Op 28 augustus 1997 schrijft de directeur-generaal aan de gewestelijk directeur dat hij op verzoekers individuele fiche een ongunstige vermelding moet inschrijven die luidt als volgt:

“Heeft, in strijd met de basisreglementering inzake de onverenigbaarheden en de cumulaties, nagelaten schriftelijk de voorafgaande toelating aan te vragen voor zijn activiteit bestaande in het leiden van ‘BTW-clubs’ ter vervolmaking van boekhouders en belastingsconsulenten.

Het argument dat hij hiervoor in 1975 de mondelinge toelating zou bekomen hebben is niet afdoend, aangezien voor de vóór de inwerkingtreding van het koninklijk besluit nr. 46 van 10 juni 1982 toegestane bezigheden, een nieuwe machtiging diende bekomen te worden en de betrokkene het leiden van ‘BTW-clubs’ ter vervolmaking van boekhouders en belastingsconsulenten niet heeft vermeld in zijn hernieuwde aanvraag tot cumulatiemachtiging die hij op 8 september 1982 heeft ingediend voor zijn bezigheid van lesgever in het raam van de ‘voortdurende vorming middenstand’”.

Tevens beslist de directeur-generaal dat verzoeker zijn activiteit bestaande uit het leiden van “BTW-clubs” onmiddellijk moet stopzetten.

Dit is de eerste bestreden beslissing in de zaak A. 76.309/IX-790.

1.1.6. Deze ongunstige vermelding wordt dan op 9 september 1997 effectief ingeschreven op verzoekers individuele fiche. Nog dezelfde dag viseert verzoeker voor “gezien en niet akkoord”.

Eveneens op 9 september 1997 brengt de gewestelijk directeur verzoeker ervan op de hoogte, dat “in uitvoering van een ministeriële dienstbrief van 28 augustus 1997 (hij) verplicht wordt (zijn) activiteit bestaande in het leiden van ‘BTW-clubs’ ter vervolmaking van boekhouders en belastingsconsulenten, onmiddellijk stop te zetten”.

1.1.7. Dientengevolge laat verzoeker op 10 september 1997 aan het Hoofdbestuur van de Administratie van de BTW, registratie en domeinen weten dat hij alle nevenactiviteiten voor het Vormingsinstituut voor kleine en middelgrote ondernemingen heeft stopgezet.

1.2.1. Ondertussen loopt er een bevorderingsprocedure voor diverse betrekkingen van gewestelijk directeur voor de nieuw opgerichte Administratie van de ondernemings- en inkomensfiscaliteit.

Deze procedure is ingezet met het dienstorder E.P.10.012/1045 van 7 juli 1997. Krachtens dit dienstorder moeten de voorwaarden inzake rang en anciënniteit vervuld zijn op 1 oktober 1997, en de andere benoemingsvoorwaarden (inzonderheid inzake o.m. beoordeling) op 14 augustus 1997, zijnde de uiterste datum voor het indienen van de kandidaturen.

1.2.2. Verzoeker kandideert o.m. voor de betrekking bij het Controlecentrum Oostende van de Administratie van de ondernemings- en inkomensfiscaliteit.

1.2.3. De directieraad onderzoekt de kandidaturen in zijn vergadering van 12 september 1997. Hij beslist Herman HOFMANS voor te dragen voor de betrekking van gewestelijk directeur bij het Controlecentrum te Oostende, omdat hij eenparig van mening is dat verzoeker om de redenen die zijn uiteengezet in een nota van 10 september 1997 van de directeur-generaal van de BTW, registratie en domeinen, niet de vereiste geschiktheden bezit voor de uitoefening van het te begeben ambt. Deze redenen luiden als volgt:

“Er werd begin 1997 vastgesteld dat de H. DE RYCKE zich bezig hield met het leiden van 'BTW-clubs' ter vervolmaking van boekhouders en belastingconsulenten, zonder dat hij hiervoor schriftelijk de voorafgaande toelating had aangevraagd. Ook vroeger had de betrokkene al nagelaten de voorafgaande machtiging aan te vragen voor zijn medewerking aan een uitgave inzake fiscaliteit.

In een verder verleden, in 1987, was de H. DE RYCKE reeds in opspraak geraakt wegens het bijhouden van factuurboeken, het verzorgen van boekhoudingen, het invullen en opstellen van BTW- en belastingaangiften voor rekening van derden, het tussenkomen ten voordele van bepaalde belastingplichtigen en het optreden als fiscaal raadgever, in bepaalde gevallen mits betaling in geld of het aannemen van een vergoeding in natura.

In die omstandigheden beschikt de H. DE RYCKE niet meer over de nodige integriteit, het vereiste prestige en het onontbeerlijke moreel gezag om een betrekking van gewestelijk directeur te bekleden.

Om die redenen en gelet bovendien op de bijzondere opdracht van de Administratie van de ondernemings- en inkomensfiscaliteit in het kader van de fiscale fraudebestrijding en op de aard en de eisen van het te begeben ambt, is het niet opportuun om de Hr. DE RYCKE aan te wijzen voor de bedoelde betrekking.

De Hr. HOFMANS, voorgestelde kandidaat, is een ambtenaar met een onbesproken gedrag die bovendien steeds blijkt heeft gegeven van een onvoorwaardelijke inzet en dynamisme, doorzicht en besluitvaardigheid, doorzettingsvermogen en een sterk verantwoordelijkheidsbesef. Bovendien kan hij bogen op een uitgebreide administratieve, fiscale en juridische kennis inzonderheid verworven tijdens zijn jarenlange uitoefening van de leidinggevende functie van het centrum voor beroepsopleiding - sector van de BTW - te Brussel.

Het laat geen twijfel dat de Hr. HOFMANS een duidelijk beter geschikt kandidaat is voor de uitoefening van deze leidinggevende functie”.

Dit is de derde bestreden beslissing in de zaak A. 76.309/IX-790.

Op 17 september 1997 werden de voorstellen ter kennis gebracht van de kandidaten.

1.2.4. Op 22 september 1997 dient verzoeker een bezwaarschrift in tegen het voorstel tot benoeming van Herman HOFMANS. Hij stelt dat er met de inschrijving op zijn individuele fiche, die gebeurde juist vóórdat de directieraad samenkwam om over de kandidaturen te beraadslagen, geen rekening mag worden gehouden om zijn kansen op bevordering te kelderen.

In een tweede schrijven van 24 september 1997 stelt hij dat sommige ambtenaren die werden voorgesteld nog snel de kans hebben gehad om, vooraleer de directieraad samenkwam, hun cumulaties in te trekken waardoor zij voor bevordering in aanmerking kwamen. Hij stelt de vraag of de directieraad wel op de hoogte was van het feit dat ook hij reeds op 10 september 1997 zijn cumulatieactiviteiten had stopgezet.

1.2.5. Op 10 oktober 1997 beraadslaagt de directieraad over de ingediende bezwaarschriften. Hij stelt dat verzoeker geen enkel element naar voor heeft gebracht dat van aard is om het uitgebrachte voorstel in vraag te stellen.

1.2.6. Op 28 oktober 1997 laat auditeur-generaal V., “voor de directeur-generaal” en “namens de Minister”, aan de gewestelijk directeur van de Directie BTW te Gent weten dat Herman HOFMANS werd voorgesteld om benoemd te worden tot gewestelijk directeur op datum van 1 november 1997. Hij vraagt hem om Herman HOFMANS, “in het vooruitzicht van zijn eventuele benoeming en zijn terbeschikkingstelling van de Administratie van de ondernemings- en inkomensfiscaliteit in de betrekking van gewestelijk directeur bij

een fiscaal bestuur van het controlecentrum te Oostende”, uit te nodigen die betrekking uit te oefenen met ingang van 1 november 1997.

Hierin ziet verzoeker een anticipatieve beslissing tot benoemen van Herman HOFMANS en de ermee gepaard gaande anticipatieve weigering om hem te benoemen, die hij tot tweede voorwerp van zijn vordering in de zaak A. 76.309/IX-790 maakt.

1.3.1. Bij koninklijk besluit van 12 november 1997 wordt Herman HOFMANS benoemd tot gewestelijk directeur. Dit is de beslissing die verzoeker bestrijdt in de zaak A.77.764/IX-1081.

Bij ministerieel besluit van 26 maart 1998 wordt Herman HOFMANS geaffecteerd bij het Controlecentrum te Oostende.

1.4. Bij koninklijk besluit van 20 september 2002 wordt aan verzoeker eervol ontslag uit zijn ambt verleend wegens het bereiken van de leeftijdsgrens, met ingang van 1 maart 2003. Verzoeker mag zijn aanspraak op pensioen laten gelden.

2. Ontvankelijkheid van de beroepen

2.1. In een aanvullende memorie, ter griffie afgestempeld op 29 december 2008, werpt de tussenkomende partij een exceptie van onontvankelijkheid van het beroep op, afgeleid uit het ontbreken van het rechtens vereiste belang in hoofde van verzoeker. De verwerende partij sluit zich daarbij aan.

De tussenkomende partij voert in essentie aan dat verzoeker sinds 1 maart 2003 op rust is gesteld en bijgevolg niet langer doet blijken van het rechtens vereiste actueel belang.

2.2. In het licht van voornoemde ontwikkeling heeft de staatsraad-verslaggever verzoeker reeds bij schrijven van 9 december 2008 uitgenodigd om mee te delen of hij nog een actueel belang heeft bij de vernietiging van de bestreden beslissingen.

2.3.1. Op 30 december 2008 heeft verzoeker voornoemd schrijven beantwoord.

Verzoeker schrijft dat hij reeds vijf jaar op rust is gesteld. Deze omstandigheid neemt niet weg, aldus verzoeker, dat hij nog steeds belang heeft bij “het bekomen van het specifiek rechtsherstel waarin de Raad van State ingevolge artikel 160 van de Grondwet en artikel 14 van de Raad van State-wet kan voorzien, met name de vernietiging van de bestreden beslissingen”.

2.3.2. Om het bestaan van zijn belang te staven roept de verzoeker drie argumenten in die in essentie als volgt luiden :

- Niets belet het bestuur om na vernietiging aan verzoeker retroactieve genoegdoening te verlenen met inachtnaam van het gezag van het arrest. Aldus kan men met andere woorden niet vooruitlopen op het rechtsherstel door aan te nemen dat het bestuur dit met volstrekte zekerheid niet zou doen.
- In het arrest van 19 april 2007 in de zaak Vilho Eskelinen tegen Finland beklemt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het belang van de toegang tot de rechter voor de ambtenaar. Naar verzoekers oordeel is er overeenstemming met artikel 6, lid 1, van het EVRM, indien de Raad van State in huidige casus niet meer besluit tot het verlies van het belang, ook al is dit tot nu toe wellicht de heersende rechtspraak.
- De verzoeker verwijst vervolgens naar de wet van 25 juli 2008 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met het oog op het schorsen van de verjaring van de burgerrechtelijke vordering tot schadevergoeding ten gevolge van een beroep tot vernietiging bij de Raad van State. De wetgever heeft, aldus de verzoeker, in het verlengde van artikel 160 van de Grondwet het bijzondere belang van de Raad van State-procedure benadrukt door de burgerrechtelijke verjaringsregels erop af te stemmen. Het dient dan ook de proceseconomie dat de Raad van State overgaat tot de legaliteitscontrole waarvan sprake is in artikel 160 van de Grondwet en artikel 14, § 1, van de Raad van State-wet. De verzoeker voegt daaraan toe dat het pas zin heeft om de burgerlijke rechtbank te adiëren indien het rechtsherstel dat een annulatiearrest uitmaakt, met name de vernietiging (bij wijze van restitutio in integrum), en het gevolg dat het bestuur hieraan uiteindelijk geeft, onvoldoende blijken om te kunnen spreken van volledig rechtsherstel.

3.1. 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.

3.2. De voornaamste betrachting van iemand die, zoals verzoeker, voor de Raad van State rechtshandelingen aanvecht waardoor hij niet wordt benoemd in een betrekking waarvoor hij zich kandidaat heeft gesteld maar waarin integendeel iemand anders wordt benoemd, is door de nietigverklaring ervan te verkrijgen dat die betrekking opnieuw open verklaard wordt en dat hij aldus de kans krijgt om zelf, in de plaats van degene wiens benoeming nietig verklaard is, in die betrekking te worden aangesteld en om ze daadwerkelijk waar te nemen.

Gelet op zijn pensionering kan de verzoeker de door hem geambieerde bevordering niet meer verkrijgen.

Bovendien blijkt te dezen niet dat de verwerende partij de absolute rechtsplicht had om verzoeker te benoemen, maar integendeel, dat de bestreden benoeming een benoeming naar keuze is, gesteund op een vergelijking van de titels en de verdiensten, waarde en geschiktheid van de kandidaten. De overheid heeft dan ook niet de rechtsplicht om, in geval van vernietiging van het bestreden benoemingsbesluit, verzoeker met terugwerkende kracht tot de graad van gewestelijk directeur van de BTW te benoemen en zijn loopbaan te reconstrueren.

Een vernietigingsarrest kan derhalve niet meer bijdragen tot het rechtsherstel dat een verzoeker normaal met zijn beroep tegen een benoemings- of bevorderingsbesluit ambieert, met name zelf benoemd of bevorderd worden in de betrokken functie en die functie daadwerkelijk bekleden.

Verzoeker geeft dan ook niet langer blijk van een materieel belang bij zijn beroepen.

Verzoeker wijst voorts niet op het bestaan van bijzondere omstandigheden die zouden doen blijken van een ander belang, met name een moreel belang.

Aldus geeft verzoeker geen blijk van een actueel en rechtstreeks belang bij de nietigverklaring van het bestreden benoemingsbesluit.

In de gegeven omstandigheden geldt deze conclusie ook ten aanzien van de andere beslissingen die verzoeker aanvecht in de zaak A. 76.309/IX-790.

3.3. De argumentatie van verzoeker vervat in de brief van zijn raadsman van 30 december 2008, die door zijn advocaat ter terechtzitting van 5 januari 2009 werd herhaald, betreffende de toegang tot de rechter en het eventueel aanhangig maken van een geschil voor de burgerlijke rechter, doet niets af aan wat voorafgaat.

Ten overvloede stelt de Raad van State vast dat de verzoeker wel degelijk toegang heeft tot de rechter, wat blijkt uit de gevoerde procedure voor de Raad van State, waar hij zowel in feite als in rechte de door hem bestreden beslissingen heeft kunnen aanvechten. Bovendien kon verzoeker, zo hij dit wenste, een procedure voor de burgerlijke rechter inleiden.

3.4. De exceptie is gegrond.

3.5. Gelet op de omstandigheden eigen aan de zaak is het evenwel passend de kosten ten laste te leggen van de verwerende partij.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van de beroepen tot nietigverklaring, bepaald op 520,59 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

De kosten van de tussenkomst in de vordering tot schorsing en de beroepen tot nietigverklaring, bepaald op 371,85 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op 9 maart 2009, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	D. MOONS,	staatsraad,
	B. THYS,	staatsraad,
	W. GEURTS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

W. GEURTS.

P. LEMMENS.