

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 196.546 van 1 oktober 2009
in de zaak A. 141.836/IX-3927**

In zake : Luc VAN BRANTEGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dominique Matthys
kantoor houdend te Gent
Sint-Annaplein 34
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Financiën

tussenkommende partij :

Nicole ROOBROECK
wonende te Ternat
Dronkenborrestraat 30/1

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 22 september 2003, strekt tot de nietigverklaring van het koninklijk besluit van 4 april 2003, in zoverre dit Nicole Roobroeck benoemt tot de graad van auditeur-generaal van financiën bij de Administratie van fiscale zaken, met ingang van 1 juni 2002, en van de impliciete weigering om Luc Van Brantegem in die graad te benoemen.

II. Rechtspleging

2. Bij arrest nr. 128.620 van 1 maart 2004 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit verworpen.

De verzoeker heeft een verzoek tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 10 mei 2004. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Bart Weekers heeft een verslag opgesteld.

De verzoeker heeft een laatste memorie ingediend. De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 februari 2009.

Staatsraad Daniël Moons heeft verslag uitgebracht.

De verzoeker en zijn raadsman advocaat Dominique Matthys, en inspecteur Jan De Vleeschouwer, die verschijnt voor de verwerende partij, en de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Bart Weekers 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. In het Belgisch Staatsblad van 12 december 2002 verschijnen een aantal oproepen tot de kandidaten voor vacante betrekkingen van auditeur-generaal van financiën (rang 15). Eén van de vacante betrekkingen is die van auditeur-generaal van financiën bij de Administratie van fiscale zaken (hierna: AFZ). De in die functie te benoemen persoon zal worden belast met de leiding binnen de dienst III, Directe belastingen, van de directie 3/3, Vennootschapsbelasting.

Elf personen, waaronder de verzoeker en de tussenkomende partij, stellen zich kandidaat voor de betrekking bij de AFZ.

4. Het directiecomité van de federale overheidsdienst Financiën onderzoekt de kandidaturen tijdens zijn zitting van 14 februari 2003. Nadat het heeft vastgesteld dat de benoeming bij de AFZ moet gaan naar een kandidaat van de Nederlandse taalrol, onderzoekt het de kandidaturen van de zes Nederlandstalige kandidaten. Volgens anciënniteit staat de tussenkomende partij als derde Nederlandstalige kandidaat gerangschikt en staat de verzoeker als vierde gerangschikt.

Het directiecomité stelt unaniem de benoeming van de verzoeker voor, op grond van de volgende overwegingen:

“De h. Luc Van Brantegem oefende van 1982 tot heden functies uit met specifieke en doorgedreven bevoegdheden op het vlak van de vennootschapsbelasting, de rechtspersonenbelasting, de belasting niet-inwoners/ vennootschappen en de roerende voorheffing.

Tot september 1998 was hij werkzaam bij de directe belastingen, met name op de dienst die zich specifiek met de voormelde materies bezighoudt (d.w.z. de vennootschapsbelasting en haar aanverwante componenten). Gedurende de laatste tien jaar van die periode (1988-1998) werd hij daarenboven systematisch betrokken bij de op stapel staande wetwijzigingen terzake (uitwerken van krachtlijnen of voorontwerpen van wet inzake die materies, bespreking ervan in verschillende interdepartementale werkgroepen en parlementaire commissies).

Sinds oktober 1998 is hij werkzaam bij de AFZ, directie 3/3 – vennootschapsbelasting, alwaar hij onafgebroken nauw betrokken is geweest bij legistiek-technisch complexe dossiers. In de hoedanigheid van deskundige heeft hij in het recente verleden deelgenomen aan de werkzaamheden van de Hoge Raad van Financiën inzake de hervorming van de vennootschapsbelasting, hervorming die hij overigens thans mede concreet gestalte heeft gegeven. Daarenboven wordt hij ook betrokken bij de modernisering van de EU-richtlijnen op het vlak van de vennootschapsbelasting, en bij het transfer pricing beleid. Als lid van de Commissie voor boekhoudkundige normen heeft hij een bijzonder goed beeld van de invloed van de boekhoudwetgeving op de vennootschapsbelasting.

Hij heeft daarenboven minstens 15 jaar ondervinding met betrekking tot de conceptie en redactie van wettelijke bepalingen. In het bijzonder inzake de vennootschapsbelasting (en haar afgeleide componenten) bezit hij een uitstekende legistiek-technische ervaring, en zulks zowel op het algemene vlak, als met betrekking tot bepaalde belangrijke deelgebieden, zoals de herstructurering van groepen, de beurssector, de banksector en de energiesector.

Zijn profiel beantwoordt volledig aan de gewenste eigenschappen om de Directie 3/3 - Vennootschapsbelasting bij de AFZ als auditeur-generaal van financiën te leiden.”

Het directiecomité is van oordeel dat het profiel van de drie andere Nederlandstalige kandidaten niet beantwoordt aan eigenschappen die wenselijk worden geacht voor het leiden van de directie 3/3, Vennootschapsbelasting. In verband met de tussenkomende partij overweegt het directiecomité het volgende:

“Mevr. Nicole Roobroeck, derde gerangschikte Nederlandstalige kandidaat, oefende bij de Directe Belastingen van ongeveer 1976 tot begin 1997 vooral werkzaamheden uit op het vlak van de internationale fiscaliteit. De eerste vijf jaren was zij tewerkgesteld op de directie bevoegd [voor] het afsluiten van dubbelbelastingverdragen, nadien had zij bevoegdheden inzake de toepassing van deze verdragen (in die functie heeft zij ervaring inzake transfer pricing opgedaan). Van april 1997 tot oktober 1999 had zij de leiding over de directie die hoofdzakelijk belast was met het opstellen en wijzigen van reglementaire uitvoeringsbepalingen t.a.v. de directe belastingen (uitvoerings-KB's/uitvoerings-MB's). Nadien was zij bevoegd voor bepaalde procedureproblemen en de Task Force Geschillen.

Zij oefende gedurende deze periodes geen functies uit met specifieke en doorgedreven bevoegdheden op het vlak van de vennootschapsbelasting, de rechtspersonenbelasting, de belasting niet-inwoners/vennootschappen en de roerende voorheffing.

Zij heeft geen doorgedreven ondervinding met betrekking tot de conceptie en redactie van wettelijke bepalingen. Immers haar ervaring op het stuk van de dubbelbelastingverdragen (eind de jaren '70) is terzake niet relevant (te specifieke procedure en te lang geleden). Voorts kan worden gesteld dat haar korte ervaring m.b.t. het opstellen en wijzigen van bepaalde uitvoerings - KB's en -MB's, zonder relevante ervaring op legistiek vlak inzake eigenlijke wetswijzigingen (o.m. het WIB 92), terzake onvoldoende is.

In het bijzonder inzake de vennootschapsbelasting (en haar afgeleide componenten) kan zij geen legistiek-technische ervaring laten gelden, en zulks zowel op het algemene vlak, als met betrekking tot bepaalde belangrijke deelgebieden, zoals de herstructurering van groepen, de beurssector, de banksector en de energiesector.

Haar profiel beantwoordt derhalve niet aan de gewenste eigenschappen om de Directie 3/3 -Vennootschapsbelasting bij de AFZ te leiden.”

Het voorstel tot benoeming wordt op 25 februari 2003 aan de kandidaten betekend.

5. Op 11 maart 2003 dient de tussenkomende partij bezwaar in tegen het voorstel. In haar bezwaarschrift gaat zij in het bijzonder in op de beschouwingen van het directiecomité in verband met haar kennis en ervaring.

Het directiecomité behandelt het bezwaar tijdens zijn vergadering van 26 maart 2003. Nadat de tussenkomende partij is gehoord gaat de adjunct-administrateur-generaal van de belastingen nader in op de argumenten die zij in haar bezwaarschrift heeft ontwikkeld. In de notulen wordt dit als volgt weergegeven:

“Hoewel de h. D. de capaciteiten en de kwaliteiten van mevr. Roobroeck erkent, wenst hij toch te reageren op wat zij heeft gezegd en geschreven in haar bezwaarschrift van 11 maart 2003.

Wanneer werd gezegd dat mevr. Roobroeck geen functies uitoefende met specifieke doorgedreven bevoegdheden op het vlak van de vennootschapsbelasting, de rechtspersonenbelasting, de belasting niet-inwoners/vennootschappen en de roerende voorheffing, wordt hiermee bedoeld dat zij geen ervaring kan laten gelden op afdelingen of directies van centrale

diensten (hetzij het vroegere Hoofdbestuur der directe belastingen, hetzij de vroegere Dienst van de fiscale coördinatie, hetzij de [Administratie van de ondernemings- en inkomensfiscaliteit], hetzij de AFZ) die deze materies tot hun eigenlijke basisbevoegdheden hebben (of hadden). De h. Van Brantegem daarentegen oefende van 1982 tot heden functies uit op dergelijke directies; van midden 1982 tot september 1998: directie “vennootschapsbelasting” van het Hoofdbestuur der directe belastingen en van oktober 1998 tot heden: directie “vennootschapsbelasting” van de AFZ.

Wat de argumentatie betreft dat zij geen doorgedreven ondervinding heeft met betrekking tot de conceptie en de redactie van wettelijke bepalingen, kan worden gesteld dat zij slechts weinig legistieke ervaring kan laten gelden en dan nog hoofdzakelijk op het vlak van de dubbelbelastingverdragen. Deze ervaring dateert echter van eind jaren '70 en [is] dermate specifiek (overwegend het afsluiten van internationale akkoorden met buitenlandse delegaties) dat zij niet kan vergeleken worden met de internrechtelijke fiscale legistiek. De h. Van Brantegem daarentegen wordt sinds 1998 systematisch betrokken bij quasi alle belangrijke wetswijzigingen en hervormingen inzake de vennootschapsbelasting en aanverwante componenten.

Er werd ook gesteld dat mevr. Roobroeck inzake de vennootschapsbelasting (en haar afgeleide componenten) geen legistiek-technische ervaring kan laten gelden en dit zowel op algemene vlak als met betrekking tot bepaalde belangrijke deelgebieden zoals de herstructurering van groepen, de beurssector, de banksector en de energiesector. Deze argumentatie wordt blijkbaar niet ontkend wanneer zij stelt: “Dat ik de laatste jaren (...) geen specifieke en doorgedreven bevoegdheden had is mijn fout niet.” De h. Van Brantegem kan, zoals hoger reeds eerder aangehaald, een zeer grote ervaring laten gelden inzake de vennootschapsbelasting en dit zowel op praktisch, theoretisch als legistiek vlak. Hij wordt zonder twijfel binnen de fiscale administratie als dé autoriteit beschouwd op het vlak van herstructureringsverrichtingen van groepen en de energiesector. Getuige hiervan zijn zijn talloze tussenkomsten als technicus binnen de administratie, in interkabinettenwerkgroepen, in diverse commissies (al dan niet supra-nationaal) en in het parlement.

Het wordt zeker niet ontkend dat mevr. Roobroeck kennis bezit van de vennootschapsbelasting, alsmede het deelgebied inzake transfertprijzen. Niettemin moet ongetwijfeld worden gesteld dat haar ervaring zich geenszins situeert op het vlak van de vennootschapsbelasting (noch fiscaal-technisch, noch legistiek), maar eerder praktijkgericht is, inzonderheid op het vlak van de niet-internrechtelijke aspecten van fiscaliteit (met name de “toepassing” van de dubbelbelastingverdragen). Daarentegen kan de h. Van Brantegem een doorgedreven ervaring laten gelden van minstens 15 jaar op het vlak van de vennootschapsbelasting en aanverwante componenten en dit zowel praktisch, theoretisch als legistiek).

Nadat het directiecomité vervolgens heeft vastgesteld dat de tussenkomende partij geen enkel nieuw element naar voren heeft gebracht dat van aard is om het benoemingsvoorstel in vraag te stellen, beslist het eenparig het bezwaar van de tussenkomende partij “zonder enig ander gevolg in het dossier op te bergen”.

Acht voorstellen tot benoeming van een auditeur-generaal van financiën, waaronder het voorstel tot benoeming van de verzoeker bij de AFZ, worden op 2 april 2003 officieel aan de minister overgemaakt.

6. Bij koninklijk besluit van 4 april 2003 worden de acht vacante betrekkingen ingevuld. De minister volgt het directiecomité voor zeven van de acht betrekkingen. Alleen voor de Nederlandstalige betrekking bij de AFZ wijkt de minister af van het voorstel van het directiecomité, en benoemt hij de tussenkomende partij.

Dit besluit is gemotiveerd als volgt:

“Overwegende dat het past de door het Directiecomité geformuleerde overwegingen, zoals ze omstandig werden opgetekend in de [notulen van de zittingen van 21 en 26 maart 2003], bij te treden, behalve evenwel wat betreft de benoeming te gebeuren bij de Administratie van fiscale zaken, op datum van 1 juni 2002;

Overwegende [dat], in het licht van het door Mevrouw Nicole Roobroeck ingediend beroep, het door het Directiecomité geformuleerd voorstel tot gevolg heeft dat haar zou voorbijgegaan worden;

Overwegende dat het aangewezen is, teneinde de gelijkheid van kansen tussen mannen en vrouwen in de openbare diensten te bevorderen, erover te waken dat in de mate van het mogelijke de aanwezigheid van vrouwen in alle niveaus van de hiërarchie, de hoogste inbegrepen, verzekerd wordt;

Overwegende dat het Directiecomité niet heeft ontkend, tijdens zijn zitting van 26 maart 2003, de kennissen van mevrouw Roobroeck inzake vennootschapsbelasting;

Overwegende dat er derhalve niet moet overgegaan worden tot de voorbijgang van mevrouw Roobroeck.”

Dit besluit wordt met een brief van 5 augustus 2003 aan de verzoeker ter kennis gebracht. Het wordt bij uittreksel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 29 maart 2005.

In zoverre dit besluit betrekking heeft op de tussenkomende partij, wordt het door de verzoeker bestreden.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Exceptie opgeworpen door de verwerende partij

7.1. De verwerende partij werpt op dat het beroep onontvankelijk is, in zoverre het gericht is tegen de impliciete weigering om de verzoeker te benoemen.

Zij wijst erop dat de bevordering tot auditeur-generaal van financiën een benoeming naar keuze is. De overheid heeft niet de rechtsplicht om

een welbepaalde kandidaat te benoemen. Om die reden kan de verzoeker geen beroep instellen tegen de impliciete weigering om hem te benoemen.

In haar laatste memorie voegt de verwerende partij hieraan toe dat de benoemende overheid er niet toe gekomen is de titels en verdiensten van de kandidaten te beoordelen, nu zij op grond van het genderelement slechts één kandidaat in aanmerking heeft genomen. Indien geoordeeld zou worden dat de benoemende overheid ten onrechte de voorkeur heeft gegeven aan een vrouwelijke kandidaat, zou daaruit nog niet blijken dat die overheid de titels en verdiensten van de kandidaten foutief heeft beoordeeld. Op voorhand kan er niet van worden uitgegaan dat de benoemende overheid, na een eventuele vernietiging, de titels en verdiensten van de verzoeker foutief zou beoordelen. Er is dus geen reden om, ondanks het discretionair karakter van de benoeming, het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing ontvankelijk te verklaren.

7.2. Behalve indien een teleurgestelde kandidaat kan aantonen dat in hoofde van de overheid een rechtsplicht bestaat om hem te benoemen of te bevorderen, kan een afzonderlijk beroep tegen de impliciete weigering om die kandidaat te benoemen of te bevorderen in beginsel niet tot een ruimer herstel leiden dan het herstel dat voortvloeit uit de vernietiging van de beslissing waarbij een concurrent is benoemd of bevorderd. De bewijslast ter zake rust op de verzoeker.

Noch uit de ter zake geldende reglementering, noch uit de door de verzoeker aangevoerde middelen blijkt evenwel dat ter zake een dergelijke rechtsplicht zou bestaan. In beginsel heeft de verzoeker dan ook geen belang bij het beroep gericht tegen de impliciete weigering om hem tot auditeur-generaal van financiën te bevorderen.

Weliswaar kunnen er uitzonderlijk omstandigheden zijn die met zich brengen dat een verzoeker wel belang heeft bij het bestrijden van de impliciete beslissing om hem niet te bevorderen. De verzoeker voert echter geen dergelijke omstandigheden aan. Uit het dossier blijkt ook niet dat dergelijke omstandigheden te dezen voorhanden zijn.

De exceptie is dan ook gegrond.

B. Excepties opgeworpen door de tussenkomende partij

8.1. In haar laatste memorie werpt de tussenkomende partij een eerste exceptie van onontvankelijkheid op, afgeleid uit het feit dat het verzoekschrift tot nietigverklaring nietig is.

Zij voert aan dat het verzoekschrift steunt op notulen van de directieraad die door de Raad van State in het arrest nr. 178.080 van de Ve kamer van 18 december 2007 nietig zijn bevonden, op grond dat de directieraad niet op een regelmatige wijze was samengesteld. Het verzoekschrift, dat op een nietig stuk steunt, is zelf ook nietig.

8.2. Het is juist dat de Raad van State bij het genoemde arrest nr. 178.020 van 18 december 2007 het thans bestreden koninklijk besluit van 4 april 2003 heeft vernietigd, in zoverre dat besluit een andere persoon (A.P.) tot auditeur-generaal van financiën benoemt, en dat de vernietiging steunt op de onregelmatigheid van de samenstelling van het directiecomité tijdens zijn vergaderingen van 14 februari en 21 maart 2003.

Het enkele feit dat de Raad van State in die andere zaak de onregelmatigheid van de beraadslagingen van het directiecomité tijdens de genoemde vergaderingen heeft vastgesteld, en dat in het verzoekschrift in de voorliggende zaak sprake is van de notulen van onder meer de vergadering van 14 februari 2003, brengt echter niet met zich dat het verzoekschrift nietig zou zijn.

De exceptie kan niet aangenomen worden.

9.1. In haar laatste memorie werpt de tussenkomende partij een tweede exceptie van onontvankelijkheid op, afgeleid uit het ontbreken van een actueel belang bij het beroep.

De tussenkomende partij merkt op dat de verzoeker eind 2004 - begin 2005 benoemd is tot collegelid van de Dienst van de Voorafgaande Beslissingen. Aldus oefent de verzoeker een functie uit die hiërarchisch hoger is dan die van de tussenkomende partij. Bovendien geniet hij in die functie een weddeverhoging die veel groter is dan die welke zou voortvloeien uit een benoeming tot auditeur-generaal van financiën. Gelet op zijn huidige functie is hij

voorts, in vergelijking met de tussenkomen de partij, beter geplaatst voor een bevordering in een functie van de klasse A5. Zelfs in de veronderstelling dat de verzoeker zich niet meer kandidaat zou stellen voor een dergelijke functie en zijn mandaat ook niet verlengd zou worden, zou hij in elk geval pensioenrechten kunnen laten gelden die gunstiger zijn dan wanneer hij de functie van auditeur-generaal van financiën zou bekleden.

Volgens de tussenkomen de partij maakt het handhaven van het voorliggende beroep zelfs een geval van rechtsmisbruik uit. Het nastreven van de vernietiging van de tussenkomen de partij kan er in de gegeven omstandigheden immers enkel op gericht zijn om een bijkomen de titel te verwerven en om de tussenkomen de partij bewust zware financiële schade toe te brengen.

9.2. Er wordt niet betwist dat de verzoeker in de loop van het geding is aangewezen voor het mandaat van lid van het College van leidinggevend en van de dienst Voorafgaande beslissingen in fiscale zaken bij de federale overheidsdienst Financiën.

Het gaat echter om een mandaat. Na afloop van het mandaat keert de verzoek naar zijn vroegere functie terug. Behoudens in geval van een bevordering in een hogere functie zal hij dan hiërarchisch opnieuw onder de tussenkomen de partij staan.

Het uitgangspunt waarop de exceptie steunt, is dan ook onjuist. Die vaststelling volstaat om te concluderen dat de exceptie niet kan worden aangenomen.

De genoemde vaststelling volstaat overigens ook om de opwerping in verband met het beweerd e rechtsmisbruik vanwege de verzoeker te verwerpen.

V. Onderzoek van de middelen

10. De verzoeker roept onder meer een tweede middel in, bestaande uit twee onderdelen.

Het tweede onderdeel is afgeleid uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het algemeen rechtsbeginsel van administratief recht volgens hetwelk de overheid, wanneer zij iemand benoemt, ertoe gehouden is de aptitudes, titels en verdiensten van de verschillende kandidaten te vergelijken op gelijke, ernstige en concrete wijze, en de beginselen van behoorlijk bestuur, onder meer het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.

De verzoeker voert aan dat het advies van het directiecomité steunt op een grondig, nauwgezet en vergelijkend onderzoek van de titels en verdiensten van de kandidaten. De minister is evenwel van dit advies afgeweken, zonder dat hij daarvoor gegronde, pertinente en doorslaggevende motieven kan doen gelden. De motieven waarop de minister steunt zijn van zeer algemene aard, en zouden voor tal van vrouwelijke collega's kunnen gelden. Uit geen enkel stuk kan worden opgemaakt dat de minister een vergelijkend onderzoek van de titels en verdiensten van de kandidaten heeft uitgevoerd. Aldus zijn de motiveringsplicht en het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel geschonden.

Ook het redelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel zijn geschonden. Geen enkel redelijk denkende burger kan de aangevochten beslissing immers als aanvaardbaar beschouwen, en de ingeroepen motieven zijn zo kunstmatig en uit hun context gehaald, dat men van een manifeste onzorgvuldigheid mag spreken.

11. De verwerende partij antwoordt dat de benoemende overheid wel degelijk rekening heeft gehouden met het advies van het directiecomité, waarin de titels en verdiensten van de kandidaten zorgvuldig werden vergeleken. Met name wordt er in de motieven van het benoemingsbesluit op gewezen dat het directiecomité vastgesteld heeft dat de tussenkomende partij over de nodige kennis beschikt inzake vennootschapsbelasting en dat zij over een grotere anciënniteit beschikt dan de verzoeker. Aan het door het directiecomité hoger ingeschatte kennisniveau van de verzoeker is evenwel voorbijgegaan, op grond dat het directiecomité bij de afweging van de kandidaturen geen rekening heeft gehouden met de vertegenwoordiging van mannen en vrouwen binnen de dienst, element waarop de tussenkomende partij trouwens heeft gewezen in haar kandidatuur. In het bestreden besluit wordt met dit gegeven wel rekening gehouden. In dat besluit wordt

geoordeeld dat dit gegeven, mede gelet op de vaststelling dat de tussenkommende partij een grotere anciënniteit heeft en dat zij over de nodige technische kennis beschikt om de functie uit te oefenen, doorslaggevend is.

12. De tussenkommende partij merkt in de eerste plaats op dat het directiecomité niet al haar verdiensten in de verf heeft gezet, terwijl dat voor de verzoeker wel is gebeurd. Voorts voert zij aan dat in het bestreden besluit de redenen worden vermeld op grond waarvan de benoemende overheid, na een eigen beoordeling van de kandidaturen, het advies van het directiecomité niet heeft gevolgd.

In haar laatste memorie wijst de tussenkommende partij op een aantal gegevens waaruit moet worden afgeleid dat zij wel degelijk over een uitstekende kennis van de vennootschapsbelasting beschikte. Zij wijst er ook op dat zij bij het directiecomité een bezwaar heeft ingediend tegen het voorstel om de verzoeker te benoemen, en dat zij in haar bezwaarschrift haar eigen verdiensten belicht heeft. Het directiecomité heeft die uitleg van de tussenkommende partij niet uitdrukkelijk ontkend. In het benoemingsbesluit wordt melding gemaakt van dat bezwaarschrift van de tussenkommende partij, hetgeen betekent dat de benoemende overheid ermee rekening heeft gehouden en zij de aanspraken en verdiensten van de kandidaten dus wel degelijk met elkaar heeft vergeleken.

Wat betreft de “genderproblematiek”, verwijst de tussenkommende partij nog naar een advies nr. 59 van de Raad van de gelijke kansen voor mannen en vrouwen van 13 september 2002, waaruit blijkt dat er een tendens is om de gelijkheid van kansen tussen mannen en vrouwen in de openbare diensten te bevorderen.

13.1. Het gelijkheidsbeginsel inzake benoemingen in openbare ambten, krachtens welk iedere burger gelijke toegang heeft tot de openbare ambten, houdt in dat de aanspraken en verdiensten van de kandidaten moeten worden onderzocht en vergeleken, op basis van objectieve, redelijke en pertinente criteria. De overheid beschikt daarbij over een ruime discretionaire bevoegdheid, die echter de redelijkheid als grens heeft. Uit de formele motivering van het benoemingsbesluit en de gegevens van de zaak moet kunnen blijken dat die afweging correct is gebeurd.

13.2. Te dezen heeft het directiecomité, na een vergelijking van de titels en verdiensten van onder meer de verzoeker en de tussenkomende partij, unaniem voorgesteld om de verzoeker te benoemen, niettegenstaande het feit dat verscheidene kandidaten, waaronder de tussenkomende partij, in anciënniteit vóór hem gerangschikt waren.

De benoemende overheid wijkt af van het advies van het directiecomité, en overweegt uitdrukkelijk dat de tussenkomende partij niet door de verzoeker moet worden voorgestoken. Die beslissing steunt het bestreden besluit op twee overwegingen: enerzijds de wenselijkheid om de gelijke vertegenwoordiging van mannen en vrouwen binnen de openbare diensten te bevorderen en het streven naar een aanwezigheid van vrouwen op de hoogste niveaus van de hiërarchie, en anderzijds het feit dat het directiecomité de kennis van de tussenkomende partij inzake vennootschapsbelasting “niet heeft ontkend”.

Afgezien van de vraag of het directiecomité regelmatig tot een beoordeling van de kandidaturen is gekomen, vraag die in de voorliggende zaak niet aan de orde is, doet het onderdeel de vraag rijzen of de minister, als benoemende overheid, de aanspraken en verdiensten van de kandidaten met elkaar heeft vergeleken op basis van objectieve, redelijke en pertinente criteria. Mocht dat niet het geval zijn, rijst bijkomend de vraag of er eventueel bijzondere redenen waren die in dit geval een verantwoording kunnen bieden voor het niet-naleven van de principiële verplichting om de kandidaten op een gelijke wijze te behandelen.

13.3. In de motieven van het bestreden besluit wordt gesteld dat “het past de door het Directiecomité geformuleerde overwegingen, zoals ze omstandig werden opgetekend in de [notulen van de zittingen van 21 en 26 maart 2003], bij te treden, behalve evenwel wat betreft de benoeming te gebeuren bij de Administratie van fiscale zaken, op datum van 1 juni 2002”. Voor de beoordeling van de kandidaturen voor de litigieuze betrekking van auditeur-generaal van financiën bij de AFZ steunt het bestreden besluit dus niet op de notulen van het directiecomité.

De enige beschouwing die in het bestreden besluit wordt gewijd aan de aanspraken en verdiensten van de kandidaten voor die betrekking is te vinden in de overweging dat het directiecomité tijdens zijn zitting van 26 maart 2003 de kennis van de tussenkomende partij inzake vennootschapsbelasting niet heeft ontkend. Van enige vergelijking tussen de aanspraken en verdiensten van de

onderscheiden kandidaten, in het bijzonder de tussenkomende partij en de verzoeker, doet het bestreden besluit echter niet blijken. Er wordt zelfs niet gesteld dat de tussenkomende partij omwille van haar aanspraken en verdiensten, of zelfs maar omwille van haar kennis inzake de vennootschapsbelasting, boven de verzoeker wordt verkozen.

Aldus blijkt niet dat de benoemende overheid de aanspraken en verdiensten van elk van de kandidaten naar behoren in aanmerking heeft genomen. Minstens blijkt uit de motieven van het benoemingsbesluit niet dat een dergelijke beoordeling van de kandidaturen effectief heeft plaatsgevonden.

Er blijkt dan ook niet dat de tussenkomende partij en de verzoeker op een gelijke wijze zijn behandeld.

13.4.1. Uit de motieven van het bestreden besluit blijkt dat de tussenkomende partij wordt verkozen boven de verzoeker om een andere reden dan die welke te maken heeft met de individuele aanspraken en verdiensten van de kandidaten. In de motieven van het bestreden besluit wordt immers overwogen “dat het aangewezen is, teneinde de gelijkheid van kansen tussen mannen en vrouwen in de openbare diensten te bevorderen, erover te waken dat in de mate van het mogelijke de aanwezigheid van vrouwen in alle niveaus van de hiërarchie, de hoogste inbegrepen, verzekerd wordt”. Dit motief blijkt het determinerende motief te zijn voor de keuze van de verzoekster.

De beslissing om de tussenkomende partij te benoemen wordt aldus voorgesteld als een maatregel van positieve actie, bedoeld om binnen de federale overheidsdienst Financiën de gelijkheid van mannen en vrouwen op de hoogste niveaus van de hiërarchie te verwezenlijken.

13.4.2. In een aantal arresten heeft het Grondwettelijk Hof aanvaard, in verband met maatregelen van positieve actie genomen door wetgevende overheden, dat ongelijkheden in bepaalde gevallen niet onbestaanbaar zijn met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, indien zij juist ertoe strekken een bestaande ongelijkheid te verhelpen. Toch moeten dergelijke “corrigerende ongelijkheden”, om bestaanbaar te zijn met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, slechts in die gevallen worden toegepast waarin een kennelijke ongelijkheid blijkt, moet het verdwijnen van die ongelijkheid door de wetgever als een te bevorderen doelstelling

worden aangewezen, moeten de maatregelen van tijdelijke aard zijn en verdwijnen wanneer het door de wetgever beoogde doel eenmaal is bereikt en mogen zij niet onnodig andermans rechten beperken (zie onder meer arrest nr. 9/94 van 27 januari 1994, overweging B.6.2; arrest nr. 42/97 van 14 juli 1997, overweging B.20; arrest nr. 157/2004 van 6 oktober 2004, overweging B.79). Die rechtspraak is door de federale wetgever inmiddels gecodificeerd in de anti-discriminatiewetten van 10 mei 2007, onder meer in artikel 16, § 2, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (zie arrest nr. 17/2009 van 12 februari 2009, overwegingen B.22.2 - B.22.4).

De Raad van State sluit zich aan bij die rechtspraak. Een door een bestuurlijke overheid genomen maatregel van positieve actie, die resulteert in een ongelijke behandeling van personen die zich in een wezenlijk vergelijkbare situatie bevinden, is verenigbaar met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, op voorwaarde dat ze aan de genoemde voorwaarden beantwoordt.

Wat meer in het bijzonder de positieve actie ten gunste van vrouwen betreft, bepaalt artikel 11bis, eerste lid, van de Grondwet dat de bevoegde wetgevers voor vrouwen en mannen de gelijke uitoefening van hun rechten en vrijheden waarborgen, en meer bepaald hun gelijke toegang tot de door verkiezing verkregen mandaten en de openbare mandaten bevorderen. Die bepaling neemt niet weg dat maatregelen, onder meer ter bevordering van de toegang van vrouwen tot de “openbare mandaten”, aan de hiervóór genoemde voorwaarden moeten beantwoorden.

13.4.3. Te dezen blijkt noch uit het bestreden besluit zelf, noch uit het dossier, dat aan de voorwaarden voor de grondwettigheid van de beoogde maatregel van positieve actie is voldaan.

Met name blijkt niet dat er op de hoogste niveaus van de hiërarchie binnen de federale overheidsdienst Financiën een kennelijke ongelijkheid ten nadele van vrouwen bestaat. Zelfs in het kader van het voorliggende geding brengt de verwerende partij geen gegevens aan die op het bestaan van een dergelijke ongelijkheid zouden wijzen.

Bovendien wordt niet aangetoond dat de genomen maatregel andermans rechten, in het bijzonder die van de verzoeker, niet onnodig beperkt. De

Raad van State neemt aan dat de bedoelde voorwaarde slechts vervuld geacht kan worden, in verband met bevorderingen van vrouwen in overheidssectoren waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, wanneer vrouwelijke kandidaten met een gelijke kwalificatie als hun mannelijke medekandidaten niet automatisch en onvoorwaardelijk voorrang genieten, en wanneer de kandidaturen worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten (men raadplege de rechtspraak van het Hof van Justitie, in het bijzonder het arrest van 28 maart 2000, Badeck e.a., C-158/97, punt 23, en het arrest van 6 juli 2000, Abrahamsson en Anderson, C-407/98, punt 43). In die zin stelt het oogmerk van een gelijke vertegenwoordiging van mannen en vrouwen op bepaalde niveaus van een openbare dienst de benoemende overheid niet vrij van de verplichting om de aanspraken en verdiensten van de kandidaten te beoordelen. Hiervóór is echter reeds opgemerkt dat niet blijkt dat de minister de kandidaturen aan enige objectieve beoordeling heeft onderworpen.

Aan minstens twee van de voorwaarden voor de grondwettigheid van een maatregel van positieve actie ten gunste van vrouwelijke kandidaten is dus niet voldaan. Het determinerende motief voor de keuze van de verzoekster kan dan ook niet volstaan om de ongelijke behandeling van de tussenkomende partij en de verzoeker te verantwoorden.

13.5. In zoverre het onderdeel de schending aanvoert van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, is het gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het koninklijk besluit van 4 april 2003, in zoverre het Nicole Roobroeck met ingang van 1 juni 2002 benoemt tot de graad van auditeur-generaal van financiën bij de Administratie van fiscale zaken.

De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

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

3. De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 250 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 oktober 2009, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens	kamervoorzitter
Daniël Moons	staatsraad
Bert Thys	staatsraad
met bijstand van	
Vera Wauters	griffier

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Paul Lemmens