

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 207.230 van 6 september 2010
in de zaak A. 186.459/IX-5813**

In zake : Guido MAHIEU
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdend te Antwerpen
Mechelsesteenweg 210A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Financiën

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 december 2007, strekt tot de nietigverklaring van:
 - het ministerieel besluit van 22 november 2007 waarbij Christiaan Tops met ingang van 1 december 2007 bij wijze van interim aangesteld wordt in de betrekking van hypotheekbewaarder te Leuven, 2^{de} kantoor;
 - de beslissing vervat in het ministerieel besluit van 22 november 2007 waarbij Guido Mahieu het voordeel van de organieke bepalingen inzake de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht zou hebben verloren en hiermee verbonden de beslissing tot rangschikking van de verzoeker tussen de kandidaten die geen 24 jaar nuttige dienstanciënniteit hebben verworven in het kader van de incompetiestelling van de betrekking van hypotheekbewaarder te Leuven, 2^{de} kantoor;
 - de impliciete beslissing tot intrekking van de beslissing van 25 april 2003 waarin aan Guido Mahieu wordt bevestigd dat voor het bepalen van de 24 jaar nuttige dienstanciënniteit, rekening wordt gehouden met de ranginneming die hem is toegekend in het examen van ontvanger A afgesloten bij proces-verbaal van 20 oktober 1981.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 183.355 van 26 mei 2008 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit en van de bestreden beslissingen verworpen.

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

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoeker heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Geert De Bleeckere heeft een verslag opgesteld.

De verzoeker heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 maart 2010.

Staatsraad Daniël Moons heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christophe Coen, die verschijnt voor de verzoeker, en inspecteur Jan De Vleeschouwer, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Geert De Bleeckere 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. Reglementering en feiten

3.1. De verzoeker is laureaat van het examen van ontvanger A waarvan het proces-verbaal is afgesloten op 28 februari 1985.

3.2. Met een brief van 19 maart 1985 vraagt de verzoeker rangin-
ning tussen de geslaagden van het vorige examen voor ontvanger A, waarvan het
proces-verbaal werd afgesloten op 20 oktober 1981 en dit overeenkomstig de
bepalingen van Titel II, Hoofdstuk IIIbis (“Neutralisering van de gevolgen van de
militaire dienstplicht”), van het koninklijk besluit van 29 oktober 1971 tot
vaststelling van het organiek reglement van de Federale Overheidsdienst Financiën,
en van de bijzondere bepalingen die er voorzien in de uitvoering van het statuut van
het rijkspersoneel (hierna: het organiek reglement).

3.3. Met een brief van 28 juni 1985 wordt dit verzoek namens de
minister ingewilligd.

3.4. Het organiek reglement bevat de volgende bepalingen met
betrekking tot de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht:

“Hoofdstuk IIIbis

Neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht

Art. 44bis.

§ 1. Dit hoofdstuk is toepasselijk op :

- 1/ de ambtenaren wier aanstelling tot rijksambtenaar wordt vertraagd
wegens het vervullen van hun militaire dienstplicht, en die uitsluitend
tengevolge van de wegens die reden opgelopen vertraging, te gepasten
tijde de hoedanigheid van rijksambtenaar niet bezitten of de bij dit
besluit opgelegde cursussen niet hebben gevolgd, zodanig dat zij niet
kunnen toegelaten worden tot een examen voor verhoging in graad of
een proef over beroepsbekwaamheid in hun niveau;
- 2/ de rijksambtenaren die opgeroepen worden voor het vervullen van hun
militaire dienstplicht en die uitsluitend wegens die reden, de cursussen
niet kunnen volgen die bij dit besluit opgelegd worden om te kunnen
deelnemen aan een examen voor verhoging in graad in hun niveau.

§ 2. Voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk, wordt het
vervullen door de gewetensbezwaarden van diensten bij toepassing van de
artikelen 17bis of 18 van de wet van 3 juni 1964 houdende het statuut van de
gewetensbezwaarden, gelijkgesteld met het vervullen van de militaire
dienstplicht.

Art. 44ter.

Wanneer de ambtenaren bedoeld in art. 44bis nadien slagen voor het eerstvol-
gend examen of de eerstvolgende proef waaraan zij statutair mogen deelnemen,
worden zij op hun verzoek, voor de vaststelling van hun rangschikking :

- geacht geslaagd te zijn voor het eerste examen of de eerste proef waartoe zij,
uitsluitend wegens die vertraging, niet konden toegelaten worden;
- inzake graad en graadanciënniteit, geacht de toestand verkregen te hebben
die zij zouden bekomen hebben indien zij daadwerkelijk deelgenomen
hadden aan en geslaagd waren voor het ‘eerste examen’, of de ‘eerste proef’,
hierboven bedoeld.

Art. 44quater.

De ambtenaren die de in artikel 44ter bedoelde bepalingen genoten hebben en
wegens diezelfde vertraging de voorwaarden inzake examens of opgelegde
cursussen niet vervullen om toegelaten te worden tot een examen voor

verhoging in graad of een proef over beroepsbekwaamheid met het oog op een benoeming tot een tweede of derde bevorderingsgraad, kunnen, op hun verzoek, onder dezelfde voorwaarden, opnieuw het genot van deze bepalingen bekomen.

Art. 44quinquies.

De bepalingen van de artikelen 44ter en 44quater kunnen niet ingeroepen worden door de ambtenaar die van de deelneming aan het eerste examen of de eerste proef volgend op de vertraging uitgesloten is in uitvoering van artikel 75 van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het rijkspersoneel.

Zij kunnen evenmin ingeroepen worden door de ambtenaar die zich heeft laten voorbijstreven door een kandidaat na hem gerangschikt bij toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk.

Art. 44sexies.

Voor de toepassing van de artikelen 44ter en 44quater, wordt, wanneer overeenstemmende examens of examengedeelten verschillende puntenmaxima behelzen, op de uitslagen van de in aanmerking te nemen proeven, een coëfficiënt toegepast derwijze dat ze op hetzelfde niveau komen te staan.”

3.5. Naar aanleiding van het in competitie stellen van de betrekking van hypotheekbewaarder te Antwerpen III, met ingang van 1 april 2003, wordt de verzoeker gerangschikt bij de kandidaten die geen 24 jaar dienstanciënniteit hebben verworven sedert de datum van het proces-verbaal van de proef waardoor de vereiste titels werden verkregen om te dingen naar de betrekkingen van eerstaanwezend inspecteur bij een fiscaal bestuur (rang 10) of van een hogere rang in de sector der registratie en domeinen. Deze vereiste van 24 jaar dienstanciënniteit is een voorwaarde om tot hypotheekbewaarder te kunnen worden benoemd, bepaald bij artikel 4 van het koninklijk besluit van 25 juni 1953 betreffende de bevordering in graad en de mutaties in de buitendiensten van het Bestuur der Registratie en Domeinen (hierna: het koninklijk besluit van 25 juni 1953).

3.6. Met een brief van 10 april 2003 schrijft de verzoeker dat bij de rangschikking ten onrechte geen rekening gehouden werd met zijn (fictieve) ranginneming in het examen waarvan het proces-verbaal afgesloten werd op 20 oktober 1981 op grond van de neutralisering door zijn militaire dienst.

3.7. Met een brief van 25 april 2003 antwoordt de administrateur-generaal van de Patrimoniumdocumentatie als volgt:

“In antwoord op uw brief van 10 april 2003 betreffende de rangschikking voor de betrekking van hypotheekbewaarder-interimaris te Antwerpen III, deel ik u mede dat het examen dat vermeld is in de tabel met de rangschikking van de kandidaten, datgene is waarvan u effectief laureaat bent.

Voor het bepalen van de 24 jaar nuttige dienstanciënniteit, wordt evenwel rekening gehouden met de ranginneming die u is toegekend in het examen van ontvanger A afgesloten bij proces-verbaal van 20 oktober 1981.

Voor alle duidelijkheid, zal uw ranginneming in dit laatste examen in de toekomst bijkomend in de rangschikkingstabel worden vermeld.

Anderzijds, ondergaat de datum van benoeming tot de graad van eerstaanwezend inspecteur bij een fiscaal bestuur, dienstchef (vroegere graad van inspecteur of commissaris) geen verandering ingevolge de voormelde vroegere ranginneming en blijft hij bepaald op 1 november 1988.”

3.8. In het kader van de incompetitiestelling van de betrekkingen van interim-hypotheekbewaarder te Gent II, met ingang van 1 april 2007, en te Turnhout I en Brugge II, met ingang van 1 juli 2007, wordt de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht op de ranginneming van de verzoeker opnieuw onderzocht.

Met een brief van 3 april 2007 wordt hem door de administrateur-generaal van de Patrimoniumdocumentatie medegedeeld dat het tweede en het derde lid van voormelde brief van 25 april 2003 worden ingetrokken, “doordat u, na de toepassing in uwen hoofde van de organieke bepalingen inzake de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht, u heeft laten voorbijstreven door na u gerangschikte kandidaten”. Deze intrekking wordt verantwoord met een verwijzing naar artikel 44quinquies, tweede lid, van het organiek reglement. Er wordt onder meer verduidelijkt dat indien de betrokkene niet geïnteresseerd is in een in competitie gestelde betrekking en hij niet postuleert, hij het voordeel verliest van zijn herindeling en van zijn fictieve graadanciënniteit, voor zover een ambtenaar wordt benoemd die na hem gerangschikt is.

Ingevolge dit gewijzigde standpunt van de verwerende partij wordt de verzoeker, wat de voormelde betrekkingen van interim-hypotheekbewaarder betreft, telkenmale gerangschikt volgens het examen waarvan hij effectief laureaat is en dat afgesloten werd op 28 februari 1985.

3.9. Met een brief van 7 mei 2007 reageert de verzoeker op het gewijzigd standpunt van de verwerende partij. Hij stelt niet te begrijpen waarom zijn dienstanciënniteit “plots zonder enige aanwijsbare rechtsgrond en in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur, anders beoordeeld zou worden” en dat de verwerende partij geen afbreuk kan doen aan haar eigen beslissing van 25 april 2003 waarin de regelgeving correct werd toegepast. De verzoeker besluit:

“Ik hield eraan u hierover te informeren en reken erop dat bij volgende vacante betrekkingen van hypotheekbewaarder mijn dienstanciënniteit correct bepaald zal worden.”

3.10. Met een dienstnota van 5 september 2007 wordt de betrekking van hypotheekbewaarder te Leuven II bij wijze van interim en met ingang van 1 december 2007 in competitie gesteld.

3.11. Met een brief van 18 september 2007 stelt de verzoeker zich kandidaat en geeft hij een omstandige uiteenzetting waarom hij van oordeel is dat hij wel degelijk over de vereiste nuttige dienstanciënniteit van 24 jaar beschikt.

3.12. De verzoeker wordt met verwijzing naar artikel 44quinquies, tweede lid, van het organiek reglement opnieuw gerangschikt volgens het examen afgesloten op 28 februari 1985, waarvan hij effectief laureaat is.

3.13. Op 6 november 2007 adviseert de administrateur-generaal van de Patrimoniumdocumentatie om Christiaan TOPS aan te stellen als interim-hypotheekbewaarder te Leuven II, aangezien deze over de vereiste dienstanciënniteit beschikt en omdat op basis van de appreciatie van zijn bekwaamheid en verdiensten de betrokkene, vergeleken met de andere kandidaten, de meest geschikte is om in de behoeften van de dienst te voorzien.

3.14. Bij ministerieel besluit van 22 november 2007 wordt Christiaan TOPS aangesteld als interim-hypotheekbewaarder te Leuven II.

Dit is het eerste bestreden besluit. Het is gemotiveerd als volgt:

“(…)

Gelet op het gemotiveerd advies van de Administrateur-generaal van de Patrimoniumdocumentatie, d.d. 6 november 2007;

Gelet op de argumenten opgenomen in dat advies, die worden bijgetreden;

Overwegende dat de Hr. TOPS, hierna vermeld, op geldige wijze zijn kandidatuur voor de bij wijze van interim vacant verklaarde betrekking heeft ingediend, dat de betrokkene alle benoemingsvoorwaarden vervult en zich, volgens de regels toepasselijk voor een benoeming, als eerste rangschikt;

Overwegende dat de Hr. TOPS de nodige geschiktheden bezit om de te begeven betrekking uit te oefenen;

Overwegende dat de betrokkene, op basis van een appreciatie van zijn bekwaamheid en verdiensten, vergeleken met de andere kandidaten, de meest geschikte is om in de behoeften van de dienst te voorzien;

(…).”

3.15. Bij koninklijk besluit van 22 juni 2009 wordt de verzoeker benoemd tot voorzitter van het Aankoopcomité te Antwerpen met ingang van 1 juli 2009 (Klasse A3).

IV. Voorwerp van het annulatieberoep

4.1. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij de volgende exceptie op betreffende de omvang van het annulatieberoep:

“Naast de vernietiging van het ministerieel besluit van 22 november 2007 vraagt de verzoeker de annulatie van:

- (tweede bestreden beslissing) de beslissing, vervat in het ministerieel besluit van 22 november 2007, (waarbij) verzoeker het voordeel van de organieke bepalingen inzake de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht heeft verloren en verzoeker gerangschikt wordt bij de kandidaten die geen 24 jaar nuttige dienstanciënniteit hebben verworven in het kader van de incompetitiestelling van de betrekking van interimhypotheekbewaarder te Leuven, 2de kantoor;
- (derde bestreden beslissing) de impliciete beslissing tot intrekking van de beslissing van 25 april 2003 waarin aan verzoeker werd bevestigd dat voor het bepalen van de 24 jaar nuttige dienstanciënniteit, rekening wordt gehouden met de ranginneming die hem is toegekend in het examen van ontvanger A afgesloten bij proces-verbaal van 20 oktober 1981.

Deze beide impliciete beslissingen volgen niet uit het ministerieel besluit van 22 november 2007, dat enkel de aanstelling behelst van de heer TOPS als interim-hypotheekbewaarder te Leuven, 2de kantoor, doch zijn reeds vervat in vroegere uitdrukkelijke beslissingen.

De tweede bestreden beslissing heeft betrekking op het verlies van het voordeel van de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht. Op de vraag of verzoeker het voordeel van de organieke bepalingen inzake de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht zou hebben verloren en over de hiermee verbonden vraag of verzoeker over 24 jaar nuttige dienstanciënniteit zou beschikken in het kader van de incompetitiestelling van de betrekking van hypotheekbewaarder te Leuven II, werd een beslissing genomen in de brief van 3 april 2007 (die) aan verzoeker werd toegestuurd in het kader van een vroegere incompetitiestelling. Deze beslissing van 3 april 2007 is nooit door verzoeker aangevochten en is ook het voorwerp niet van het voorliggende verzoekschrift.

De derde hier aangevochten bestreden beslissing heeft betrekking op de intrekking van de beslissing van 25 april 2003 waarin gesteld wordt dat rekening zal gehouden worden met de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht bij de berekening van de anciënniteit van de verzoeker. Deze beslissing van 25 april 2003 werd uitdrukkelijk ingetrokken met de reeds voormelde brief van 3 april 2007. Deze intrekkingbeslissing is zoals reeds opgemerkt nooit aangevochten door verzoeker en een beslissing die reeds impliciet werd ingetrokken kan naderhand niet meer worden ingetrokken door een andere beslissing van een latere datum, zoals de eerste hier aangevochten beslissing.

Besluit: het annulatieberoep is enkel ontvankelijk in de mate dat het gericht is tegen de eerste hier aangevochten beslissing, namelijk het ministerieel besluit van 22 november 2007.”

4.2. In zijn memorie van wederantwoord repliceert de verzoeker als volgt op de exceptie die de verwerende partij inroept:

“Uw Raad oordeelde in het arrest nr. 183.355 van 26 mei 2008 ten onrechte dat het verzoekschrift onontvankelijk zou zijn in de mate dat het gericht is tegen de tweede en de derde bestreden beslissing.

Er werd tot de onontvankelijkheid van (het beroep) (wat) de tweede bestreden beslissing (betreft), besloten omdat de eerste bestreden beslissing geen uitspraak zou doen over de vraag of verzoeker het voordeel van de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht en hiermee verbonden de 24 jaar nuttige dienstanciënniteit zou hebben verloren omdat terzake reeds een beslissing werd genomen in de brief van 3 april 2007 van verwerende partij.

Wel werd door Uw Raad geoordeeld dat de eventuele onwettigheid van de beslissing van 3 april 2007 eveneens de eerste bestreden beslissing zou kunnen aantasten.

Verder werd eveneens tot de onontvankelijkheid (van het beroep gericht tegen) de derde bestreden beslissing besloten omdat de beslissing van 25 april 2003 niet meer zou ingetrokken kunnen worden bij beslissing van 22 november 2007 omdat ze voorheen reeds zou zijn ingetrokken bij beslissing van 3 april 2007.

Het één en ander is niet correct en komt toch bevreemdend over.

In de eerste bestreden beslissing, de beslissing om dhr. Tops ad interim aan te stellen tot de betrekking van hypotheekbewaarder te Leuven, 2^{de} kantoor op datum van 1 december 2007, wordt verwezen naar het gemotiveerd advies van de Administrateur-generaal van de Patrimoniumdocumentatie en worden de argumenten opgenomen in dit advies, bijgetreden. Het is op basis hiervan dat dhr. Tops wordt aangesteld.

De rangschikkingstabel maakt deel uit van dit advies. In deze tabel wordt verzoeker opgenomen bij de kandidaten die geen 24 jaar dienstanciënniteit hebben. Meer nog, m.b.t. verzoeker wordt toegelicht: ‘heeft het voordeel van de organieke bepalingen inzake de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht verloren doordat hij zich, na de toepassing ervan in zijn hoofd, heeft laten voorbijstreven door na hem gerangschikte kandidaten’.

Bijgevolg werd wel degelijk uitspraak gedaan over het voordeel van de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht en de 24 jaar nuttige dienstanciënniteit.

Uw Raad stelde in haar schorsingsarrest dat voorheen, op 3 april 2007, terzake reeds een beslissing werd genomen en de beslissing van 22 november 2007 bijgevolg op dit punt geen beslissing meer zou bevatten.

Hiermee spreekt Uw Raad echter haar eigen beoordeling ten gronde tegen. Op p. 12 van het schorsingsarrest onder overweging 9 wordt immers gesteld dat de berekening van de nuttige dienstanciënniteit telkens opnieuw en afzonderlijk plaatsvindt op het ogenblik van een nieuwe aanstellingsprocedure.

Uw Raad stelde letterlijk: ‘Die berekeningen, die niet raken aan voormelde rechtstoestand van verzoeker, hebben slechts betrekking op de vaststelling van de anciënniteit op een welbepaald ogenblik in het kader van een welbepaalde incompetitiestelling en gebeuren onafhankelijk van elkaar. Aldus lijken zij geen rechten te verlenen aan kandidaten met het oog op de nieuwe berekeningen van hun anciënniteit in het kader van latere incompetitiestellingen.’ Indien deze redenering wordt gevolgd moet het alleszins mogelijk zijn de berekeningen telkens opnieuw aan te vechten.

Waar verweerster in een brief van 25 april 2003 aan verzoeker liet weten dat voor de berekening van zijn 24 jaar nuttige dienstanciënniteit inderdaad rekening zou worden gehouden met de neutralisering van de gevolgen van de dienstplicht die aan hem werd toegekend, betreft het aldus Uw Raad in het arrest van 26 mei 2008 op het eerste zicht geen rechtscheppende handeling. Op welke wijze kan dan worden verantwoord dat dit wel het geval is voor de beslissing van 3 april 2007 waarmee de beslissing van 25 april 2003 wordt ingetrokken en dat de beslissing van 3 april 2007 zou verhinderen dat nog opnieuw uitspraak over deze dienstanciënniteit wordt gedaan op een latere datum?

Ofwel was de brief van 25 april 2003 een rechtscheppende handeling die niet meer kon worden ingetrokken, waardoor de beslissing van 3 april 2007 onwettig was en buiten toepassing moet worden gelaten op grond van art. 159 Grondwet. In dat geval bevatte de nieuwe beslissing van 22 november 2007 wel degelijk een beslissing m.b.t. de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht en de 24 jaar nuttige dienstanciënniteit en werden de rechten die werden bevestigd in de brief van 25 april 2003 opnieuw impliciet en ten onrechte ingetrokken.

Ofwel was deze brief geen rechtscheppende handeling, net zomin als de brief van 3 april 2007, wat impliceert dat de dienstanciënniteit telkens opnieuw in het kader van elke concrete incompetitiestelling moet worden berekend. In dat geval [bevat] de beslissing van 22 november 2007 eveneens wel degelijk een beslissing m.b.t. de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht en de 24 jaar nuttige dienstanciënniteit zodat het beroep gericht tegen de tweede bestreden beslissing alleszins ontvankelijk is.

Uit het voorgaande blijkt overigens dat de vraag naar de ontvankelijkheid samen hangt met de vraag naar de gegrondheid van de middelen en hierop niet vooruit kan worden gelopen zonder uitspraak te doen over de middelen van verzoeker.”

Beoordeling van de exceptie

4.3. In het eerste middel voert de verzoeker onder meer aan dat de beslissing van 25 april 2003 een “rechtverlenende” of rechtscheppende handeling is, waardoor de rechtspositie van de verzoeker wordt vastgesteld, die bijgevolg niet op regelmatige wijze bij brief van 3 april 2007 kon worden ingetrokken.

In het tweede middel voert de verzoeker aan dat eens de neutralisering van de militaire dienstplicht is verworven dit een definitief verworven recht uitmaakt.

Bijgevolg wordt met de verzoeker aangenomen dat een uitspraak over de ontvankelijkheid van het annulatieberoep in de mate dat dit gericht is tegen de tweede en derde bestreden beslissing een onderzoek van de middelen impliceert.

V. Onderzoek van de middelen

Voor de duidelijkheid wordt het tweede middel vóór het eerste onderzocht

Tweede middel

Standpunt van de partijen

5. In het tweede middel voert de verzoeker de schending aan van de artikelen 44bis, 44ter en 44quinquies van het organiek reglement en van het rechtszekerheidsbeginsel.

Het eerste onderdeel van dit middel heeft betrekking op de schending van artikel 44ter van het organiek reglement dat voorziet in twee onderscheiden gevolgen van de neutralisering van de militaire dienstplicht:

- men wordt geacht geslaagd te zijn voor het eerdere examen/de eerdere proef waaraan men door het vervullen van de legerdienst niet kon deelnemen;
- men wordt geacht een graad en graadanciënniteit te hebben alsof men daadwerkelijk voor dit examen/deze proef geslaagd is.

De vaststelling, op die basis, van de rangschikking en de startdatum voor de berekening van de nuttige dienstanciënniteit is definitief. Geen enkele bepaling voorziet dat een ambtenaar de aldus vastgestelde anciënniteit kan verliezen (definitief en erga omnes). De verwerende partij interpreteert artikel 44quinquies, tweede lid, foutief, waar zij voorhoudt dat een ambtenaar zijn aldus vastgestelde anciënniteit “verliest” wanneer hij zich laat voorbijstreven, aangezien in die bepaling enkel gesteld wordt dat hij artikel 44ter “niet kan inroepen” in dat geval.

Voor de benoeming tot hypotheekbewaarder kan er overigens geen sprake zijn van voorbijstreven in de zin van artikel 44quinquies aangezien de aanstelling tot hypotheekbewaarder geen bevordering in graad betreft. Artikel 44quinquies beperkt zich tot de benoemingen in bevorderingsgraad en staat los van de vaststelling van de 24 jaar nuttige dienstanciënniteit.

Met de invoering van artikel 44quinquies heeft de regelgever enkel willen verhinderen dat verkregen rechten van anderen op de helling zouden komen, tengevolge van de neutralisering. Een verdere draagwijdte kan en moet aan deze bepaling niet gegeven worden.

In een tweede onderdeel van het middel acht de verzoeker ook het rechtszekerheidsbeginsel geschonden doordat de verwerende partij plots haar interpretatie van de betrokken bepalingen van het organiek reglement wijzigt, aangezien eerst bij brief van 25 april 2003 uitdrukkelijk erkend werd dat de fictieve dienstanciënniteit op grond van de neutralisering van de militaire dienstplicht in de toekomst in aanmerking genomen zou worden, terwijl de verwerende partij nu plots een andere interpretatie huldigt.

6. De verwerende partij repliceert in haar memorie van antwoord samengevat als volgt:

De 24 jaar nuttige dienstanciënniteit, voorwaarde om tot hypotheekbewaarder aangesteld te kunnen worden (koninklijk besluit van 25 juni 1953, wordt berekend vanaf de datum van het proces-verbaal van de proef waardoor de titels verkregen werden die vereist zijn om te dingen naar de betrekkingen van rang 11 of van een hogere rang in de sector der registratie en domeinen.

Bij de berekening van de anciënniteit moet rekening gehouden worden met het organiek reglement, waarin onder meer een hoofdstuk betreffende de neutralisering van de militaire dienstplicht is opgenomen (artikelen 44bis tot en met 44sexies).

Artikel 44quinquies, tweede lid, bepaalt duidelijk dat het voordeel van de rangschikking tussen de laureaten van het examen waaraan de ambtenaar niet heeft kunnen deelnemen, verloren gaat wanneer deze zich heeft laten voorbijstreven door een kandidaat die na hem gerangschikt is in de rangschikking die opgesteld is

rekening houdende met de neutralisering van de militaire dienstplicht. In dat geval kan de laureaat zich niet meer beroepen op de fictie dat hij geacht wordt de graad en graadanciënniteit te hebben die hij zou hebben verworven indien hij daadwerkelijk had deelgenomen aan en geslaagd was voor dat eerdere examen. Deze regel is algemeen en objectief. Er is sprake van een voorbijstreven met verlies van het voordeel van zodra de betrokkene zich heeft laten voorbijstreven. Ook indien de betrokkene niet geïnteresseerd is in een in competitie gestelde betrekking en niet postuleert, verliest hij het voordeel van de herindeling en zijn fictieve graadanciënniteit voor zover een ambtenaar wordt benoemd die na hem is gerangschikt.

De rangschikking op basis van neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht is nooit definitief verworven, aangezien deze telkens moet ingeroepen worden wanneer er een reden bestaat om de rangschikking op te stellen en aangezien zij tevens aan de voorwaarde onderworpen is dat men ze slechts kan invoeren indien men zich niet heeft laten voorbijstreven. Indien deze voorwaarden niet vervuld zijn, kan men geen beroep meer doen op de neutralisering van de gevolgen van de legerdienst.

Ten onrechte stelt de verzoeker dat artikel 44quinquies enkel van toepassing zou zijn bij rangschikkingen naar aanleiding van bevorderingen in graad: de tekst heeft het duidelijk over elke rangschikking.

De verzoeker betwist in wezen niet dat hij zich bij gebreke aan kandidaatstelling bij incompetitiestellingen in 1986 en 1988 heeft laten voorbijstreven door kandidaten die na hem gerangschikt waren. Hiertoe wordt verwezen naar randnummer 7. Bijgevolg kon hij zich niet langer beroepen op zijn fictieve anciënniteit, dit ingevolge de toepassing van artikel 44quinquies, tweede lid van het organiek reglement. Op de datum waarop de benoemingsvereisten voor de hier bestreden benoeming vervuld moesten zijn, voldeed de verzoeker niet aan de anciënniteitsvoorwaarde vereist door artikel 4 van het koninklijk besluit van 25 juni 1953.

Inzake het onderdeel betreffende de schending van het rechtszekerheidsbeginsel voert de verwerende partij aan dat de verzoeker, nadat hem op 25 april 2003 verkeerdelijk was meegedeeld dat in de toekomst wel rekening zou worden gehouden met de neutralisering van zijn militaire dienstplicht, de aanstellingen die op basis van de volgens de verzoeker verkeerde rangschikking zijn

gebeurd niet werden aangevochten; ook de rechtzetting op 3 april 2007 werd in rechte niet betwist.

7. De verzoeker repliceert in zijn memorie van wederantwoord samengevat als volgt:

De interpretatie die de verwerende partij thans aan artikel 44quinquies van het organiek reglement geeft, heeft talloze absurde en onbillijke resultaten tot gevolg. Het kan niet zijn dat de regelgever dergelijke gevolgen voor ogen had op het ogenblik dat de mogelijkheid tot neutralisering werd voorzien.

De verwerende partij schrijft in haar brief van 3 april 2007:

“Er is voorbijstreving met verlies van het voordeel van zodra de betrokkene zich heeft laten voorbijstreven. Er wordt geen rekening gehouden met de voorkeur van de kandidaat voor een bepaalde betrekking. Indien de betrokkene niet geïnteresseerd is in een in competitie gestelde betrekking en niet postuleert, verliest hij het voordeel van zijn herindeling en zijn fictieve graadanciënniteit voor zover een ambtenaar wordt benoemd die na hem gerangschikt is.”

Deze interpretatie is manifest in strijd met de rechtszekerheid en de billijkheid. Dit impliceert dat de betrokkene voor iedere mogelijke functie, eender waar, steeds moet kandideren wil hij de gevolgen van de neutralisering behouden, aangezien hij niet weet welke andere personen zullen kandideren en of de kans bestaat dat hij voorbijgestreefd zal worden door een na hem gerangschikte kandidaat. Meer nog, het is perfect mogelijk dat niet uitdrukkelijk vacant gestelde betrekkingen vrijkomen ingevolge invulling van wel vacant gestelde betrekkingen en de incompetitiestelling van betrekkingen dus uitgebreid wordt tot niet vacante betrekkingen op grond van artikel 47 en 48 van het organiek reglement. Zoals overigens het geval geweest is bij de procedure van incompetitiestellingen in 1986 en 1988. De kandidaten werden verzocht de betrekkingen waarin ze belang stelden in orde van hun voorkeur, ongeacht of deze vacant waren of niet, te laten kennen. Wil men, aldus de verwerende partij, zijn rechten behouden is men verplicht te postuleren zelfs voor alle mogelijke, niet vacante betrekkingen. In de interpretatie van de verwerende partij is het perfect mogelijk dat men ingevolge invulling van een nog niet vacante betrekking wordt voorbijgestreefd. Dit kan onmogelijk opgaan, laat staan de bedoeling van deze bepaling zijn geweest.

Een volgende absurd gevolg dat bij wijze van voorbeeld kan worden geschetst is technischer om toe te lichten, maar daarom niet minder onbillijk:

Een aantal hypotheekbewaringen (onder andere Antwerpen IV, Dendermonde II, Ieper, Kortrijk I, Tongeren I en Veurne) zijn overeenkomstig artikel 5, § 2, van het koninklijk besluit van 25 juni 1953 voorbehouden aan eerstaanwezend-inspecteurs bij een fiscaal bestuur (de vroegere ontvangers A). Zo de verzoeker had geambieerd om hypotheekbewaarder te worden in één van deze kantoren had hij bijgevolg niet mogen postuleren voor een hogere graad van eerstaanwezend inspecteur bij een fiscaal bestuur, dienstchef (de vroegere graad van inspecteur of commissaris) omdat hij dan niet meer in aanmerking zou komen. Door niet meer te postuleren voor een hogere graad zou de verzoeker echter, volgens de interpretatie van de verwerende partij, ook zijn 24 jaar nuttige dienstanciënniteit, te berekenen vanaf 1981, zijn kwijtgespeeld. Deze hypotheekbewaringen worden overeenkomstig de interpretatie van de verwerende partij derhalve de facto onbereikbaar voor de verzoeker.

Tot slot een derde voorbeeld waaruit het absurde gevolg van de interpretatie van de verwerende partij blijkt: zelfs indien de verzoeker zich voor alle mogelijke betrekkingen kandidaat zou hebben gesteld in 1988, dan nog zou het niet zeker zijn dat hij niet zou worden voorbijgestreefd. Vanaf een benoeming in de betrekkingen van rang 12 en hoger kon afgeweken worden van de anciënniteitsrangschikking [cfr. het toenmalige artikel 14 van het organiek reglement, dat wordt toegelicht op p. 3 van de kennisgeving van de incompetitiestelling van 30 september 1987 (...)], zodat er perfect iemand had kunnen worden benoemd die na de verzoeker gerangschikt was. In de interpretatie van de verwerende partij zou de verzoeker ook in een dergelijk geval het voordeel van de neutralisering verliezen, zonder dat hij dit op enige wijze kon vermijden.

Gelet op voorgaande voorbeelden stelt zich de vraag wat deze beweerde neutralisering betekent indien de interpretatie van de verwerende partij wordt gevolgd. Voorgaande gevolgen kunnen onmogelijk de bedoeling geweest zijn toen men de gevolgen van een vertraging in de loopbaan van een ambtenaar die zijn militaire dienstplicht heeft vervuld heeft willen neutraliseren.

Met de invoering van artikel 44quinquies heeft de regelgever enkel willen verhinderen dat verkregen rechten van ambtenaren op de helling zouden worden gezet ten gevolge van de neutralisering. Een verdere draagwijdte moet en kan aan deze bepaling niet worden gegeven. De interpretatie die de verwerende partij aan artikel 44quinquies van het organiek reglement geeft kan onmogelijk worden bijgetreden.

8. In zijn laatste memorie herhaalt de verzoeker in essentie wat hij aanvoert in zijn memorie van wederantwoord, en besluit dat het “wel vaststaat dat de verwerende partij ten aanzien van de verzoeker tot en met de incompetitiestelling voor het ambt van hypotheekbewaarder te Brugge 1^e kantoor van 1 september 2006, bij de rangschikking steeds rekening heeft gehouden met de fictieve ranginneming tussen de laureaten van het examen van 1981 en dat de verwerende partij deze ranginneming ook uitdrukkelijk heeft bevestigd in de brief van 25 april 2003”.

Beoordeling

9. Artikel 44quinquies, tweede lid, van het organiek reglement luidt als volgt:

“Zij (= de bepalingen van de artikelen 44ter en 44quater) kunnen evenmin ingeroepen worden door de ambtenaar die zich heeft laten voorbijstreven door een kandidaat na hem gerangschikt bij toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk.”

De bepaling die luidens artikel 44quinquies, tweede lid, niet kan worden ingeroepen door de verzoeker en die terzake relevant is betreft artikel 44ter in de mate dat daarin bepaald is dat ambtenaren die daar om verzocht hebben een fictieve rangschikking krijgen in het eerdere examen waaraan zij omwille van hun militaire dienstplicht niet hebben kunnen deelnemen (onder de voorwaarde uiteraard dat zij geslaagd zijn in het latere examen). De verzoeker heeft aanvankelijk dit voordeel van neutralisering verkregen waardoor hij fictief gerangschikt werd tussen de geslaagden van het examen van 20 oktober 1981.

10. De verzoeker houdt voor dat eens men het voordeel van de fictieve rangschikking verkregen heeft, dit definitief is aangezien geen enkele bepaling voorziet dat men die rangschikking kan verliezen, ook artikel 44quinquies, tweede lid niet, aangezien die bepaling enkel bedoeld zou zijn om te verhinderen dat

verkregen rechten van anderen op de helling zouden worden gezet worden tengevolge van de neutralisering.

11. De Raad van State oordeelt op basis van voornoemde reglementering dat:

- indien men zich kandidaat stelt bij een incompetitiestelling, men zich in de rangschikking in principe niet kan laten voorbijstreven door een kandidaat die lager gerangschikt is;
- indien men zich geen kandidaat stelt bij een incompetitiestelling, men kan worden voorbijgestreefd door lager gerangschikte kandidaten, aangezien er dan geen reden is tot opname in de rangschikking van degene die zich geen kandidaat stelt en men het voordeel van de vroegere rangschikking definitief verliest.

De toepassing van artikel 44*quiquies*, tweede lid, brengt mee dat degene die zich, naar aanleiding van een concrete incompetitiestelling, geen kandidaat heeft gesteld zich niet kan beroepen op zijn fictieve rangschikking.

De Raad van State gaat er vanuit dat in de mate dat de bepalingen van de artikelen 44*ter* en 44*quater* “evenmin kunnen worden ingeroepen”, dit wordt begrepen als de onmogelijkheid om zich in de toekomst nog op die bepalingen te beroepen en dat artikel 44*quiquies*, tweede lid, anders dan de verzoeker voorhoudt, het definitief verlies van het recht om zijn fictieve ranginneming te laten gelden, beoogt. De verzoeker werd alleen voorbijgestreefd met verlies van het voordeel van zodra de verzoeker zich heeft laten voorbijstreven.

Dit houdt concreet in dat de verzoeker voor elke vacature waarvoor hij in aanmerking komt zich kandidaat dient te stellen, met het oog op een eventuele benoeming en dit om het verworven recht van de neutralisering door het volbrengen van de militaire dienst te kunnen behouden.

Er wordt geen rekening gehouden met de voorkeur van de verzoeker voor een bepaalde betrekking. Indien de verzoeker niet geïnteresseerd is in een in competitie gestelde betrekking en niet postuleert verliest hij het voordeel van zijn herindeling en zijn fictieve graadanciënniteit voor zover een ambtenaar wordt benoemd die na hem is gerangschikt.

12. In zijn memorie van wederantwoord voert de verzoeker een drietal voorbeelden aan waaruit moet blijken dat bovenstaande interpretatie niet opgaat.

- In de mate dat in deze repliek aangevoerd wordt dat in de strikte interpretatie van artikel 44quinquies van het organiek reglement de betrokkenen steeds voor iedere betrekking, zouden moeten postuleren om het voordeel van de neutralisering te behouden, stelt de Raad van State vast dat dit inderdaad de interpretatie is die de verwerende partij steeds gehanteerd heeft.

Er kan terzake verwezen worden naar de stukken 17 en 18 van het administratief dossier. Het betreft enerzijds een instructie van 19 januari 1976 waar in de bijlage gesteld wordt: “Het spreekt vanzelf dat de ambtenaar die aanspraak kan maken op de toepassing van deze maatregel, maar die zich voor een benoeming laat voorbijstreven door een na hem gerangschikte ambtenaar, het voordeel ervan verliest”, anderzijds wordt verwezen naar een nota van het directoraat-generaal reglementeringen en statuten van 14 maart 1988 waarin onder meer het volgende wordt vermeld:

“(…) Het voordeel van de rangschikking tussen de laureaten van het examen waaraan hij niet heeft kunnen deelnemen, is verloren wanneer de betrokkene zich heeft laten voorbijstreven door een kandidaat, die na hem gerangschikt is, bij toepassing van de bedoelde herindeling (artikel 44quinquies, lid 2).

Deze regel wordt toegepast vanaf het ogenblik dat de ambtenaar geslaagd is voor het eerste examen waaraan hij statutair kon deelnemen. Indien hij zich laat voorbijstreven door een lauréat na hem gerangschikt, van het examen waartussen hij wordt gerangschikt en a fortiori, van het examen waarvoor hij geslaagd is, verliest hij vanaf dat ogenblik : 1/) het voordeel van geacht te worden geslaagd te zijn voor het examen; 2/) het voordeel van geacht te worden de graad en graadanciënniteit te hebben die hij zou bekomen hebben indien hij zou geslaagd geweest zijn voor dat eerste examen. (...)

Er wordt geen rekening gehouden met de voorkeur van de kandidaat voor een bepaalde betrekking (Dit blijkt uit de tekst zelf van artikel 44quinquies, 2^e lid). Indien de betrekking van hoofdcontroleur gelokaliseerd is te Leuven, maar betrokkene is niet geïnteresseerd in die betrekking en postuleert niet, dan verliest hij het voordeel van zijn herindeling en zijn fictieve graadanciënniteit voor zover dat een ambtenaar wordt benoemd die na hem is gerangschikt(...).”

Uit het voorgaande blijkt dat de verwerende partij voor de berekening van de graadanciënniteit van de verzoeker artikel 44quinquies oordeelkundig heeft toegepast.

Het is bovendien niet omdat de toepassing van artikel 44quinquies voor de verzoeker ongunstige gevolgen heeft dat deze regeling daarom onbillijk zou zijn. In de mate dat de verzoeker in dit voorbeeld ook nog aanhaalt dat hij zelfs voor niet vacante betrekkingen zou moeten postuleren om het voordeel van de

neutralisering te behouden, blijkt dat luidens artikel 48 van het organiek reglement de directeur-generaal van een administratie de procedure van incompetitiestelling kan uitbreiden tot nog niet vacante betrekkingen. Vermits het in dat geval ook gaat om een procedure van incompetitiestelling geldt ook hier de bekendmakingsplicht (artikel 47), zodat de hypothese van de verzoeker niet opgaat, dat er mogelijk betrekkingen begeven zouden worden zonder dat hij er weet van had of had kunnen hebben.

- In de mate dat in de repliek het voorbeeld aangehaald wordt van de aan eersaanwezend inspecteurs voorbehouden betrekkingen van hypotheekbewaarder stelt de Raad van State vast dat men in zijn loopbaanplanning nu eenmaal keuzes moet maken en dat men daarbij de gevolgen moet dragen van de voorwaarden die de reglementering terzake stelt. Ofwel kon de verzoeker een betrekking van een hogere rang ambiëren, in welk geval hij niet langer in aanmerking kon komen voor de door hem aangehaalde betrekkingen van hypotheekbewaarder, wat rechtstreeks voortvloeit uit artikel 5, § 2, van het koninklijk besluit van 25 juni 1953. Ofwel kon de verzoeker de voorbehouden betrekkingen van hypotheekbewaarder ambiëren, in welk geval hij inderdaad het risico liep om zijn voordeel van neutralisering te verliezen, hetgeen in voorkomend geval rechtstreeks voortvloeit uit artikel 44quinquies van het organiek reglement zoals het door de verwerende partij van in den beginne is geïnterpreteerd en toegepast.
- In de mate dat in de repliek het voorbeeld aangehaald wordt van de benoemingen van rang 12 en hoger waarbij afgeweken kon worden van de anciënniteitsrangschikking, zodat zelfs indien de verzoeker zich voor alle mogelijke betrekkingen kandidaat had gesteld hij toch nog voorbijgestreefd had kunnen worden, stelt de Raad van State vast dat ook dit in voorkomend geval rechtstreeks voortvloeit uit de toepassing van artikel 44quinquies zoals het door de verwerende partij van in den beginne is geïnterpreteerd en toegepast.

13. In de mate dat de verzoeker aanvoert dat artikel 44quinquies enkel bedoeld zou zijn om te verhinderen dat de verkregen rechten van anderen op de helling zouden worden gezet ingevolge de neutralisering, verduidelijkt hij niet hoe die bepaling dit zou kunnen verwezenlijken. Gelet op wat voorafgaat valt ook niet in te zien hoe anders, dan door het definitief verlies van het recht om zijn fictieve

ranginneming te laten gelden, de verkregen rechten van anderen gevrijwaard zouden kunnen worden.

14. In de mate dat de verzoeker aanvoert dat de toepassing van artikel 44quinquies beperkt zou zijn tot de bevorderingen in graad en losstaat van de vaststelling van 24 jaar nuttige dienstanciënniteit, blijkt dat in artikel 44ter betreffende de fictieve rangschikking geen enkel onderscheid, noch voorbehoud gemaakt wordt met betrekking tot deze rangschikking, zodat met de verwerende partij wordt aangenomen dat het iedere rangschikking betreft, ongeacht of deze opgesteld wordt voor een bevordering in graad, dan wel voor een andere benoeming/aanstelling.

15. In de mate dat de verzoeker in een tweede onderdeel nog de schending van het rechtszekerheidsbeginsel inroept, volstaat het vast te stellen dat de schending van beginselen van behoorlijk bestuur in het algemeen, en de schending van het rechtszekerheidsbeginsel in het bijzonder, niet ingeroepen kan worden tegen de uitdrukkelijke en duidelijke tekst van een wet in materiële zin. Artikel 44quinquies, tweede lid, moet zo begrepen worden dat men het recht om zijn fictieve ranginneming te laten gelden definitief verliest indien men zich laat voorbijstreven door een lager gerangschikte kandidaat. Dit is onder meer gebeurd voor wat de verzoeker betreft nadat hij zich naar aanleiding van een incompetiestelling voor een betrekking van interim-hypotheekbewaarder te Antwerpen III in 2003 heeft laten voorbijstreven, zodat bij de latere rangschikking van de verzoeker geen rekening meer wordt gehouden met de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienst. Bovendien heeft de verzoeker de toenmalige aanstelling van de benoemde kandidaat niet aangevochten.

16. Het tweede middel is ongegrond.

Eerste middel

Standpunt van de partijen

17. In het eerste middel voert de verzoeker de schending aan van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het verbod tot intrekking van een rechtscheppende administratieve handeling buiten de beroepstermijn en hieraan gekoppeld het vertrouwensbeginsel.

Dit middel kan in essentie worden samengevat als volgt:

De verzoeker heeft in 1985 het voordeel van de neutralisering van zijn militaire dienstplicht verkregen op grond van de bepalingen van artikel 44bis en 44ter van het organiek reglement, waardoor hij voor de berekening van de nuttige dienstanciënniteit van 24 jaar (voorwaarde om als hypotheekbewaarder aangesteld te kunnen worden) rang heeft ingenomen in de rangschikking van het examen van ontvanger A dat afgesloten werd bij proces-verbaal van 20 oktober 1981. Naar aanleiding van een aanstellingsprocedure van hypotheekbewaarder in 2003 stelt de verzoeker vast dat bij zijn rangschikking geen rekening gehouden werd met de neutralisering van zijn militaire dienstplicht, waarna hij de verwerende partij hierop attent maakt. De verwerende partij antwoordt op 25 april 2003 dat voor het bepalen van de 24 jaar nuttige dienstanciënniteit rekening gehouden wordt met de aan de verzoeker toegekende ranginneming in het examen van 20 oktober 1981 en dat dit voortaan voor alle duidelijkheid bijkomend in de rangschikkingstabel zal worden vermeld. Op 3 april 2007 beslist de verwerende partij evenwel dat dit antwoord van 25 april 2003 “ingetrokken” wordt, dit met verwijzing naar artikel 44quinquies, tweede lid, van het organiek reglement.

De verzoeker acht deze intrekking manifest onrechtmatig; de bevestiging van 25 april 2003 van de toepassing van de neutralisering van de militaire dienstplicht voor de berekening van de dienstanciënniteit is een handeling waarbij de rechtspositie van de verzoeker wordt vastgesteld; het is dan ook een rechtverlenende handeling aangezien er rechten uit voortvloeien. De Raad van State heeft beslist dat de handeling waarbij wordt bepaald op welke datum een ambtenaar een bepaalde rang inneemt, een rechtscheppende handeling is waarop de theorie van de intrekking van bestuurshandelingen van toepassing is; een regelmatige rechtverlenende handeling kan niet ingetrokken worden; indien deze rechtshandeling van 25 april 2003 onregelmatig zou zijn (*quod non*), dan kan ze slechts ingetrokken worden binnen de termijn die openstaat om die beslissing aan te vechten voor de Raad van State, of indien de beslissing werd aangevochten voor de Raad van State, tot de sluiting der debatten; de beslissing tot intrekking van 3 april 2007 voldoet niet aan die voorwaarden.

De verzoeker acht tevens het vertrouwensbeginsel geschonden aangezien de verwerende partij voorheen steeds een vaste gedragslijn heeft gevolgd en in dit kader zeer concreet de rechtspositie van de verzoeker heeft vastgesteld,

terwijl zij nu zonder enige gewichtige reden, minstens zonder enige motivering op dit punt, het voorheen vastgestelde voordeel aan de verzoeker ontnemt.

18. De verwerende partij repliceert in haar memorie van antwoord in essentie samengevat als volgt:

De beoordeling of een kandidaat voldoet aan een anciënniteitsvereiste moet gebeuren op het ogenblik dat aan die voorwaarde moet voldaan zijn, met name op het ogenblik van de benoemingsprocedure. De verzoeker heeft de berekening van zijn anciënniteit in vraag gesteld naar aanleiding van een vroegere benoemingsprocedure, maar heeft ondanks zijn niet-aanstelling deze beslissing niet aangevochten; de verwerende partij heeft toen wel, verkeerdelijk, gemeld dat in de toekomst rekening zou worden gehouden met de neutralisering van de militaire dienstplicht. Bij de incompetitiestellingen van de betrekkingen van hypotheekbevaarder in 2007 heeft de verwerende partij de vergissing vastgesteld en deze rechtgezet bij brief van 3 april 2007, rechtzetting die door de verzoeker in rechte niet werd aangevochten. De verwerende partij heeft bij het hier bestreden besluit hetzelfde standpunt ingenomen, zodat de beweerde gewijzigde houding van de verwerende partij niet strookt met de werkelijkheid.

De verzoeker kan geen recht ontlenen aan de brief van 25 april 2003 die berust op een manifeste vergissing en die niet tot gevolg kan hebben dat de correcte regels voor het vaststellen van de anciënniteit moeten wijken voor een vroegere foutieve anciënniteitsbepaling.

De brief van 3 april 2007 bevat geen intrekking van een administratieve rechtshandeling: de vaststelling van de anciënniteit op een welbepaald ogenblik is op zich geen rechtscheppende handeling: telkens opnieuw moet die berekening gemaakt worden; er is dan ook geen sprake van een intrekking, maar enkel van een nieuwe berekening naar aanleiding van een concrete incompetitiestelling.

Inzake de schending van het vertrouwensbeginsel repliceert de verwerende partij met verwijzing naar de repliek op het tweede middel waarin onder meer gesteld wordt dat de verzoeker, nadat hem op 25 april 2003 verkeerdelijk was meegedeeld dat in de toekomst wel rekening zou worden gehouden met de neutralisering van zijn militaire dienstplicht, de aanstellingen die op basis van de

volgens de verzoeker foutieve rangschikking zijn gebeurd niet aangevochten werden; ook de rechtzetting op 3 april 2007, zoals gezegd, werd in rechte niet betwist.

19. In zijn memorie van wederantwoord repliceert de verzoeker, in essentie samengevat, als volgt:

- De verwerende partij stelt in haar memorie van antwoord totaal in strijd met de werkelijkheid dat de verzoeker zich in 2003 heeft laten voorbijstreven door een kandidaat na hem gerangschikt. Op dat ogenblik beschikte de verzoeker, rekening houdend met de toegekende neutralisering immers niet over de vereiste 24 jaar dienstanciënniteit om in aanmerking te komen voor het ambt van hypotheekbewaarder. Het ambt werd toegekend aan de enige kandidaat die 24 jaar dienstanciënniteit had. In de na 2003 volgende aanstellingsprocedures tot in 2006 werd wel degelijk rekening gehouden met de toegekende neutralisering van 25 april 2003. Het is in die context niet aannemelijk dat de verwerende partij in haar memorie schrijft dat de brief van 25 april 2003 berust op een vergissing die ook aan de verzoeker niet ontgaan kan zijn, terwijl de verwerende partij er zelf niet in slaagt correct aan te geven wanneer en op welke wijze de verzoeker voorbijgestreefd werd. Pas in het kader van huidige procedure verneemt de verzoeker dat hij zich heeft laten voorbijstreven in 1986 en 1988. Nochtans werd het voordeel van de neutralisering nog gedurende meer dan 20 jaar, tot 3 april 2007 toegepast. Van de voorbijstreving wordt geen enkel bewijs voorgelegd.
- Dat de verzoeker de intrekking van 3 april 2007, die manifest onrechtmatig is, niet aangevochten heeft is te wijten aan het feit dat de verzoeker op dat ogenblik niet over een voldoende concreet rechtstreeks en actueel belang beschikte om deze aan te vechten voor de Raad van State. Daarom heeft de verzoeker er voor gekozen zijn protest te uiten in een brief van 7 mei 2007 aan de verwerende partij.
- In de mate dat de intrekkingbeslissing van 3 april 2007 door onwettigheid is aangetast moet ze op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing gelaten worden. Aangezien het (eerste) bestreden besluit van 22 november 2007 gebaseerd is op de intrekkingbeslissing van 3 april 2007 is het eveneens onwettig.

- In de mate dat in het eerste bestreden besluit van 22 november 2007 uitspraak gedaan wordt over de rechtspositie van de verzoeker, onafhankelijk van de intrekkingbeslissing van 3 april 2007, is het op zich zelf aangetast door onwettigheid aangezien het de in de brief van 25 april 2003 uitdrukkelijk erkende rechten, zoals voorheen en naderhand toegepast, intrekt.
- Ten onrechte wordt in het arrest nr. 183.355 van 26 mei 2008 geoordeeld dat de brief van 25 april 2003 geen rechtverlenende administratieve rechtshandeling is. De inhoud en draagwijdte van die brief is zeer duidelijk: voor het bepalen van de 24 jaar nuttige dienstanciënniteit wordt rekening gehouden met de ranginneming in het examen van 1981 en dit zal in de toekomst voor de duidelijkheid bijkomend in de rangschikkingstabel worden vermeld.
- In het auditoraatsverslag over het verzoek tot schorsing wordt gesteld dat de brief van 25 april 2003 slechts een bevestiging is van de rechtstoestand van de verzoeker en geen nieuwe rechten heeft verleend en dat in de brief van 3 april 2007 enkel werd vastgesteld dat de brief van 25 april 2003 op een vergissing berustte. Het gaat niet op gelijktijdig te stellen dat de rechtspositie van de verzoeker op 25 april 2003 werd bevestigd en anderzijds op deze per vergissing bevestigde rechtspositie terug te komen. Indien er sprake was van een vergissing en de verzoeker zich niet meer op de toegekende neutralisering kon beroepen, dan moet worden vastgesteld dat de brief van 25 april 2003 geenszins een bevestiging van een rechtstoestand betrof, maar dat hierin daadwerkelijk rechten in hoofde van de verzoeker werden geschapen, rechten die hem naderhand werden ontnomen.
- Ten onrechte stelt het arrest over het verzoek tot schorsing dat de verwerende partij artikel 44quinquies van het organiek reglement mocht toepassen ongeacht de eventuele mogelijkheid dat in het verleden, met de brief van 25 april 2003 en met de rangschikking in het kader van de aanstellingsprocedure tot hypotheekbevaarder te Brugge I in 2006, die regelgeving miskend zou zijn. Zelfs onregelmatige rechtverlenende handelingen kunnen slechts ingetrokken worden zolang de beslissing niet definitief is geworden, zijnde binnen de termijn die openstaat om de beslissing aan te vechten voor de Raad van State, hetzij binnen de termijn dat de debatten nog niet gesloten werden indien de beslissing werd aangevochten voor de Raad van State.

- In de mate dat in het middel ook de schending van het vertrouwensbeginsel wordt aangevoerd wordt in het auditorsverslag over het verzoek tot schorsing gesteld dat het vertrouwensbeginsel niet contra legem kan worden ingeroepen. In casu is artikel 44quinquies vatbaar voor verschillende interpretaties en geeft deze bepaling minstens aanleiding tot heel wat onduidelijkheid. De verwerende partij heeft gedurende meer dan 20 jaar een welbepaalde interpretatie gehanteerd. Het gaat niet op deze interpretatie plots te wijzigen en te stellen dat deze interpretatie onjuist zou zijn, reden waarom de verzoeker zich ook niet meer op het vertrouwensbeginsel zou mogen beroepen. Het rechtmatig geschapen vertrouwen berust niet op een onwettigheid, maar op een welbepaalde interpretatie van een wettelijke bepaling.

Beoordeling

20. De relevante vragen die beantwoord moeten worden ter beoordeling van het middel zijn de volgende:

- Kan de brief van 25 april 2003 waarbij aan de verzoeker meegedeeld werd dat in de toekomst voor de berekening van zijn dienstanciënniteit rekening gehouden zou worden met zijn ranginneming op basis van het examen van 20 oktober 1981 gekwalificeerd worden als een rechtsscheppende handeling ?
- Kan de brief van 3 april 2007 waarin bovenstaande mededeling in de brief van 25 april 2003 ingetrokken wordt, gekwalificeerd worden als een intrekking van een administratieve rechtshandeling ?

21. Aan de verzoeker werd het voordeel van de neutralisering van zijn militaire dienstplicht toegekend bij brief van 28 juni 1985 waardoor hij opgenomen werd in de rangschikking van het vorig examen waarvan het proces-verbaal werd afgesloten op 20 oktober 1981. Met de brief van 28 juni 1985 werd aan de verzoeker dus het recht op neutralisering van zijn militaire dienstplicht verleend, en dit op grond van artikel 44ter van het organiek reglement.

22. In de mate dat in de brief van 25 april 2003 aan de verzoeker meegedeeld wordt dat in de toekomst voor de berekening van zijn dienstanciënniteit zou worden rekening gehouden met zijn ranginneming op basis van het examen van 20 oktober 1981 wordt dan ook geen nieuw recht gevestigd of vastgesteld, maar

wordt bevestigd dat een bestaand recht in de toekomst toegepast zou worden. De bevestiging dat een bestaand recht in de toekomst toegepast zal worden kan niet gelijkgesteld worden met een rechtscheppende handeling.

23. In voorliggend geval wordt aan de initiële beslissing van 28 juni 1985 niet geraakt. De verwerende partij heeft het recht op neutralisering van de militaire dienst, zoals het initieel aan de verzoeker verleend werd, niet in vraag gesteld. Zij stelt in haar brief van 3 april 2007 enkel vast dat de voorwaarden waaronder dit recht kan uitgeoefend worden niet langer vervuld zijn, en dat de eerdere mededeling van 25 april 2003 waarbij bevestigd werd dat de neutralisering van de militaire dienst in de toekomst zou toegepast worden op een vergissing berust.

24. Aangezien de brief van 25 april 2003 geen rechtscheppende handeling bevat, maar enkel een verduidelijking omtrent een bestaand recht, zij het dat deze verduidelijking naderhand niet correct blijkt te zijn, kan de brief van 3 april 2007 dan ook niet als intrekking van een administratieve rechtshandeling beschouwd worden. Het feit dat de verwerende partij zich vergist heeft is in haren hoofde een fout, maar deze fout heeft op zich niet tot gevolg dat zij een nieuw recht verleend heeft.

25. Het staat vast dat de verzoeker de beslissing van 3 april 2007 niet heeft aangevochten, zodat zij inmiddels definitief is geworden. De motieven die de verzoeker inroept om voornoemde beslissing niet aan te vechten kunnen niet worden aangenomen, nu de verzoeker er precies van uitgaat dat de brief van 25 april 2003 een rechtscheppende handeling inhoudt die volgens de verzoeker zijn rechtstoestand heeft bepaald.

26. In de mate dat de verzoeker in dit middel ook aanvoert dat de verwerende partij door haar handelwijze het vertrouwensbeginsel heeft geschonden, is het evenmin gegrond.

In de mate dat de verzoeker dit onderdeel concipieert op grond van de vaststelling dat de verwerende partij terugkomt op een eerder standpunt, “zonder enige gewichtige reden, minstens zonder enige motivering”, mist het onderdeel vooreerst rechtsgrond vermits in de brief van 3 april 2007 expliciet

verwezen wordt naar artikel 44quinquies, tweede lid van het organiek reglement en de gevolgen van deze bepaling.

Om het beginsel van het opgewekt vertrouwen te kunnen invoeren moeten drie voorwaarden vervuld zijn, namelijk een vergissing van het bestuur, het ten gevolge van die vergissing verlenen van een voordeel aan een rechtsonderhorige en de afwezigheid van gewichtige redenen om die rechtsonderhorige dat voordeel te ontnemen.

In casu is er wel degelijk een gewichtige reden, met name het feit dat artikel 44quinquies, tweede lid van het organiek reglement bepaalt dat de bepalingen inzake de neutralisering van de militaire dienst niet kunnen ingeroepen worden door de ambtenaar die zich heeft laten voorbijstreven door een kandidaat na hem gerangschikt in toepassing van de bepalingen van het hoofdstuk inzake de neutralisering van de militaire dienst.

De schending van het vertrouwensbeginsel kan niet worden aangenomen.

27. Het eerste middel is ongegrond.

Derde middel

Standpunt van de partijen

28. In het derde middel voert de verzoeker de schending aan van de materiële en formele motiveringsverplichting met name van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Dit middel kan in essentie worden samengevat als volgt:

De verzoeker acht de materiële motiveringsplicht geschonden, doordat het bestreden besluit gesteund is op een onjuiste rangschikking aangezien de verzoeker ten onrechte niet als eerste werd gerangschikt.

De verzoeker acht de formele motiveringsplicht geschonden, doordat noch in het voorafgaand advies, noch in het bestreden besluit geantwoord wordt op de repliek die hij bij brief van 7 mei 2007 en bij zijn kandidaatsstelling gegeven heeft op het gewijzigd standpunt van de verwerende partij inzake de berekening van dienstanciënniteit. Minstens had gemotiveerd moeten worden waarom de verzoeker niet gerangschikt werd bij de kandidaten die 24 jaar dienstanciënniteit hebben, temeer daar in het verleden geoordeeld werd dat hij wel over die dienstanciënniteit beschikte.

Om dezelfde reden acht de verzoeker de motivering manifest onzorgvuldig zodat ook het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden is.

29. De verwerende partij repliceert in haar memorie van antwoord in essentie als volgt:

In de rangschikking die samen met het voorafgaand advies en het bestreden besluit aan de verzoeker werd betekend wordt expliciet vermeld dat de verzoeker het voordeel van de neutralisering van de militaire dienstplicht heeft verloren doordat hij zich heeft laten voorbijstreven door na hem gerangschikte kandidaten, met verwijzing naar artikel 44quinquies van het organiek reglement: de reden waarom de verzoeker niet als eerste gerangschikt werd, wordt dus wel degelijk vermeld.

In de brief van 3 april 2007 werd ook omstandig uiteengezet waarom de verzoeker het voordeel van de neutralisering van de militaire dienstplicht heeft verloren, en de verzoeker heeft dit niet in rechte aangevochten, hoewel dit perfect mogelijk was. In die omstandigheden kon een korte weerlegging volstaan, zonder dat de overheid telkens opnieuw haar standpunt volledig opnieuw moest toelichten.

30. De verzoeker repliceert in zijn memorie van wederantwoord in essentie samengevat als volgt:

De beslissing van 22 november 2007 verwijst ter motivering naar het voorafgaand advies van 6 november 2007. In dit advies wordt uiteengezet dat Christiaan Tops als eerste gerangschikt is van de kandidaten die 24 jaar dienstancië

nniteit hebben sedert de datum van het proces-verbaal van de proef voor de graad van ontvanger A waarvan zij laureaat zijn.

Dit is onjuist. Immers, de verzoeker diende als eerste te worden gerangschikt tussen deze kandidaten. De bestreden handelingen zijn dan ook aangetast door een gebrek in de materiële motivering nu zij gesteund zijn op pertinent onjuiste gegevens.

De verzoeker heeft in zijn brief van 7 mei 2009 en in het begeleidend schrijven bij zijn kandidatuur voor de functie van hypotheekbewaarder-interimaris te Leuven, 2^{de} kantoor van 18 september 2007 duidelijk toegelicht en geargumenteed waarom de standpuntwijziging van de verwerende partij, meegedeeld bij brief van 3 april 2007 onjuist is.

Hierop werd nooit geantwoord, noch wordt in de bestreden handelingen of het voorafgaand advies ingegaan op de argumentatie van de verzoeker.

Minstens had moeten worden gemotiveerd waarom de verzoeker niet kon worden gerangschikt tussen de kandidaten die 24 jaar dienstanciënniteit hadden, nu dit een wezenlijke impact had op het resultaat van het te nemen besluit. Temeer daar in het verleden ten aanzien van de verzoeker werd geoordeeld dat hij wel degelijk over deze dienstanciënniteit beschikte, doch hierop werd teruggekomen in de hier bestreden handelingen.

Enige uitdrukkelijke motivering, minstens wat de verantwoording betreft van de standpuntwijziging van de verwerende partij ten aanzien van de dienstanciënniteit van de verzoeker en de gegrondheid ervan, die voor de verzoeker ernstige gevolgen met zich meebrengt, drong zich dan ook op. De negatie van deze problematiek in de motivering van de hier bestreden handelingen is manifest onzorgvuldig, temeer daar een gedragslijn van de verwerende partij die gedurende meer dan 20 jaar werd gevolgd, werd doorbroken. Een interpretatiewijziging die een dergelijke impact heeft op de rechtspositie van de verzoeker behoeft minstens een verdere motivering, een loutere verwijzing naar het artikel waarvan de interpretatie werd gewijzigd volstaat niet.

De formele motiveringsverplichting alsook het zorgvuldigheidsbeginsel zijn derhalve geschonden.

De hier bestreden handelingen zijn aangetast door een gebrek zowel in de formele als de materiële motiveringsverplichting, alsook schenden zij het zorgvuldigheidsbeginsel.

Beoordeling

31. Dit middel werd in het arrest nr. 183.355 over het verzoek tot schorsing als volgt beantwoord:

“13. Uit de bespreking van de vorige middelen is gebleken dat de verwerende partij naar aanleiding van de bestreden beslissing artikel 44quinquies, tweede lid, van het organiek reglement op het eerste gezicht op correcte wijze heeft toegepast, waardoor verzoeker niet gerangschikt kon worden tussen de kandidaten die reeds over de vereiste 24 jaar nuttige dienstanciënniteit beschikten. Bijgevolg steunt de bestreden beslissing op het eerste gezicht niet op een verkeerde rangschikking en is de materiële motiveringsplicht niet geschonden.

14. Wat de schending van de formele motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel betreft, werden aan verzoeker met een brief van 27 november 2007 de bestreden beslissing, het advies van 6 november 2007 van de administrateur-generaal van de Patrimoniumdocumentatie en de rangschikkingstabel voor de betrekking van hypotheekbewaarder te Leuven II toegestuurd. Uit die rangschikkingstabel blijkt dat de verzoeker gerangschikt is tussen de kandidaten die niet over de vereiste 24 jaar nuttige dienstanciënniteit beschikken, om volgende reden:

‘Heeft het voordeel van de organieke bepalingen inzake de neutralisering van de gevolgen van de militaire dienstplicht verloren doordat hij zich, na de toepassing ervan in zijn hoofd, heeft laten voorbijstreven door na hem gerangschikte kandidaten (K.B. van 29 oktober 1971, organiek reglement, art. 44quinquies, tweede lid).’

Aldus werd de verzoeker in kennis gesteld van de reden van zijn ongunstige rangschikking op het ogenblik dat hij kennis kreeg van de bestreden beslissing, zodat de doelstelling van de formele motiveringswet bereikt werd, met name de bestuurde in staat stellen te oordelen of het zinvol is zich in rechte tegen de beslissing te verweren. De opgegeven reden volstaat om de bestreden beslissing te schragen in de mate dat ze geen rekening houdt met de fictieve dienstanciënniteit van de verzoeker, gelet op artikel 44quinquies, tweede lid. In die omstandigheden is niet vereist dat in het kader van de huidige procedure dieper wordt ingegaan op de bezwaren van verzoeker.

15. Het middel is niet ernstig.”

32. In de mate dat de verzoeker in het middel aanvoert dat het bestreden besluit de materiële motiveringsplicht schendt, mist het rechtsgrond. Uit de bespreking van de vorige middelen is gebleken dat de verwerende partij terecht toepassing gemaakt heeft van artikel 44quinquies, waardoor de verzoeker niet kon opgenomen worden in de rangschikking van ambtenaren die over de vereiste dienstanciënniteit van 24 jaar beschikken. Het standpunt van de verzoeker dat het bestreden besluit gesteund is op een foutieve rangschikking is niet correct, zodat de materiële motiveringsplicht niet geschonden is.

33. In de mate dat de verzoeker in dit middel aanvoert dat het bestreden besluit de formele motiveringsplicht, alsook het zorgvuldigheidsbeginsel schendt doordat niet geantwoord wordt op zijn bezwaren, is het evenmin gegrond.

In de rangschikking, die samen met het voorafgaand advies en het bestreden besluit aan de verzoeker werd betekend, wordt de reden duidelijk vermeld waarom de verzoeker niet gerangschikt wordt bij de ambtenaren die over een nuttige dienstanciënniteit van 24 jaar beschikken. De reden voor de niet gunstige rangschikking was de verzoeker dus bekend en die reden werd hem gelijktijdig met het bestreden besluit betekend, zodat de doelstelling van de formele motiveringswet, met name de bestuurde in staat te stellen te oordelen of het zinvol is zich in rechte tegen het besluit te verweren, bereikt werd.

Bovendien blijkt die opgegeven reden op zich te volstaan om het bestreden besluit te schragen in de mate dat ze geen rekening houdt met de fictieve dienstanciënniteit van de verzoeker.

34. Het derde middel is ongegrond.

35. Bijgevolg is het annulatieberoep niet ontvankelijk in de mate dat het gericht is tegen de tweede en derde bestreden beslissing nu uit de beoordeling van de middelen is gebleken dat de beslissing van 25 april 2003 geen rechtverlenende handeling is en dat de beslissing vervat in de brief van 3 april 2007 niet werd aangevochten door de verzoeker voor de Raad van State en is het ongegrond in de mate dat het gericht is tegen het eerste bestreden besluit.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De verzoeker wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 6 september 2010, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Daniël Moons,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Wim Geurts,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Wim Geurts

André Vandendriessche