RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

nr. 211.211 van 14 februari 2011
in de zaak A. 188.370/IX-5926

In zake : Marie-Elisabeth VAN DEN BERGHE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Veerle Tollenaere
kantoor houdend te Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de Eerste Minister
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Luc Depré en Pierre Slegers
kantoor houdend te Brussel
Terhulpsesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 29 mei 2008, strekt tot de nietigverklaring van het koninklijk besluit van 11 maart 2008 waarbij Olivier Alsteens met ingang van 1 maart 2008 wordt aangewezen als titularis van de managementfunctie -1 van de FOD Kanselarij van de Eerste Minister - directeur-generaal “Externe communicatie”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Adjunct-auditeur Melissa Celis heeft een verslag opgesteld.

De verzoekster heeft een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 februari 2011.

Kamervoorzitter André Vandendriessche heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Elsbeth De Vylder, die loco advocaat Veerle Tollenaere verschijnt voor de verzoekster, en advocaat Pierre Slegers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Melissa Celis 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

3.1. De verzoekster was van mei 1985 tot december 2001 directeur-generaal van de Federale Voorlichtingsdienst. Deze dienst is vanaf 1 september 2001 ondergebracht bij de FOD Kanselarij van de Eerste Minister (hierna: de FOD Kanselarij).

3.2. Op 30 mei 2001 wordt een oproep tot de kandidaten gelanceerd voor het begeven van een betrekking van directeur-generaal “Externe

communicatie” bij de FOD Kanselarij. De verzoekster neemt deel aan de proeven, maar wordt niet geslaagd verklaard door het assessmentcenter.

Op 7 september 2001 schorst de Raad van State, met zijn arrest nr. 98.735 inzake Jadot, het koninklijk besluit van 2 mei 2001 betreffende de aanduiding en de uitoefening van de management- en staffuncties in de federale overheidsdiensten, dat de rechtsgrond vormde voor het begeven van de vacant verklaarde betrekking. Aan de verzoekster wordt medegedeeld dat de betrekking opnieuw vacant verklaard zal worden en dat de resultaten van de proeven niet meer geldig zijn.

3.3. Op 31 oktober 2001 wordt de nieuwe oproep tot de kandidaten bekendgemaakt en na afloop van de selectieprocedure wordt Olivier Alsteens bij koninklijk besluit van 20 maart 2002 aangewezen in de managementfunctie van directeur-generaal Externe communicatie.

De verzoekster dient op 24 juni 2002 een annulatieberoep in tegen het benoemingsbesluit van 20 maart 2002.

3.4. Omdat het mandaat, toegekend met het koninklijk besluit van 20 maart 2002, op 29 februari 2008 afloopt, deelt de Eerste minister in een brief van 21 februari 2008 aan O. Alsteens mede dat de functie vacant wordt vanaf 1 maart 2008 en vraagt hij hem, met verwijzing naar artikel 21 van het koninklijk besluit van 29 oktober 2001 betreffende de aanduiding en de uitoefening van de managementfuncties in de federale overheidsdiensten en de programmatorische federale overheidsdiensten (hierna: het koninklijk besluit van 29 oktober 2001), of hij opnieuw zijn kandidatuur wenst te stellen voor de functie.

O. Alsteens antwoordt bevestigend op die vraag.

3.5. Bij koninklijk besluit van 11 maart 2008 wordt O. Alsteens opnieuw in de managementfunctie aangewezen. In de motivering van het besluit

wordt verwezen naar artikel 10, § 1, en 25 van het koninklijk besluit van 29 oktober 2001, naar het benoemingsbesluit van 20 maart 2002, naar de evaluatie “zeer goed” die O. Alsteens in 2007 heeft gekregen en naar zijn kandidaatstelling. Er wordt overwogen dat de functieomschrijving dezelfde is gebleven en er op dat vlak geen nieuwe beoordeling moet gebeuren, dat de voorzitter van het directiecomité van de Kanselarij de kandidatuur van O. Alsteens heeft voorgesteld en dat de Eerste minister ze ook aanvaard heeft.

Dit koninklijk besluit is bij uittreksel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 1 april 2008. Het vormt het voorwerp van het onderhavig beroep.

3.6. Op 28 november 2008 vernietigt de Raad van State met zijn arrest nr. 188.374 het koninklijk besluit van 20 maart 2002 waarbij O. Alsteens tot directeur-generaal wordt aangesteld. Overwogen wordt dat de Nederlandstalige en de Franstalige kandidaten niet door dezelfde selectiecommissie beoordeeld werden en dat de minister in zijn keuze beperkt was tot de kandidaten die door de selectiecommissies gunstig gerangschikt waren, zodat een verschil in nuancering van de beoordelingen door de beide commissies niet uit te sluiten was waardoor de gelijkheid onder de kandidaten geschonden was.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij put een eerste exceptie uit de gevolgen die het bestuur moest hechten aan de evaluatie “zeer goed” die O. Alsteens in 2007 gekregen heeft. Zij betoogt dat O. Alsteens met zijn aanstelling in 2002 een subjectief recht verworven heeft op een evaluatie alvorens zijn mandaat zou vervallen en dat het bestuur, eens hij de evaluatie “zeer goed” gekregen had, nog slechts over een gebonden bevoegdheid beschikte om zijn kandidatuur voor een verlenging van het mandaat in te willigen. De evaluatie, die de verzoekster had kunnen bestrijden na de kennisneming van het bestreden besluit, is definitief geworden.

In haar laatste memorie voert de verwerende partij twee nieuwe excepties aan:

- Verwijzend naar het koninklijk besluit van 3 december 2006 waarbij het taalkader van de FOD Kanselarij wordt vastgesteld, stelt zij dat de twee Nederlandstalige managementfuncties, voorzien op het taalkader, op 1 april 2008 bezet waren zodat de betrekking van directeur-generaal Externe communicatie op dat ogenblik toegekend moest worden aan een Franstalige kandidaat. Omdat de verzoekster Nederlandstalig is, kan zij die benoeming bij gebrek aan belang niet ontvankelijk bestrijden.
- Het bestreden besluit vindt zijn rechtsgrond in artikel 10 van het koninklijk besluit van 29 oktober 2001 omdat het om een nieuwe benoeming gaat; Artikel 25 van hetzelfde koninklijk besluit stelt slechts een procedure vast voor de vernieuwing van het mandaat wanneer de betrokkene over een subjectief recht op benoeming beschikt. In februari 2008 was de benoeming van O. Alsteens niet vernietigd zodat hij de rechten mocht uitoefenen die aan die benoeming kleefden. Stellen dat het bestreden besluit geen rechtsgrond kon vinden in het koninklijk besluit van 20 maart 2002 leidt tot een impasse omdat het bestuur in geval van een annulatieberoep niet meer vrij kan handelen.

Beoordeling

5. Bij haar eerste exceptie vertrekt de verwerende partij van het gegeven dat de evaluatie “zeer goed” in hoofde van O. Alsteens een recht op de hernieuwing van zijn mandaat heeft doen ontstaan. Zij gaat er daarbij van uit dat zij artikel 25 van het koninklijk besluit van 29 oktober 2001 kan toepassen, dat als volgt de hernieuwing regelt van het mandaat van de zittende mandataris die voldoening schenkt:

> “Wanneer een managementfunctie door de betrokken minister vacant wordt verklaard en de houder ervan, van wie het mandaat verstrijkt, zijn kandidatuur stelt, geven de in artikel 9, § 1, tweede lid en § 2, tweede lid, bedoelde organen hem een nieuw mandaat, voorzover hij de eindvermelding ‘zeer goed’ kreeg.

In afwijking van de bepalingen van Hoofdstuk III, afdelingen II en III, wordt hij in dit geval geacht voldaan te hebben aan de vergelijkende selectie, bedoeld in artikel 7, zonder dat een nieuwe selectieprocedure moet worden georganiseerd."

Stelt artikel 25 een recht in ten voordele van de mandaathouder die aan de gestelde voorwaarden voldoet, dan blijft de vraag of die bepaling te dezen van toepassing kon zijn, nu de oorspronkelijke aanstelling van O. Alsteens in de managementfunctie door de Raad van State vernietigd werd en een vernietigd besluit geacht wordt nooit bestaan te hebben en geen rechtsgevolgen kan hebben. Voorts mag het feitelijk uitoefenen van de functie vooraleer de nietigheid van het besluit van 20 maart 2002 werd vastgesteld niet betrokken worden bij het bepalen van de administratieve toestand van O. Alsteens, en dit kan in zijnen hoofde geen rechten gevestigd hebben.

O. Alsteens is nooit in de managementfunctie aangesteld geweest. Hij verkeerde derhalve niet in de voorwaarden om zijn mandaat verlengd te zien zoals bepaald in artikel 25.

De eerste exceptie wordt verworpen.

6. In haar derde exceptie betwist de verwerende partij dat het bestreden besluit voortbouwt op het aanstellingsbesluit van 20 maart 2002. Volgens haar gaat het om een nieuwe aanstelling die haar rechtsgrond vindt in artikel 10 van het koninklijk besluit van 29 oktober 2001.

Die derde exceptie mist evident elke grond: uit de feiten blijkt dat de verwerende partij wel degelijk gebruik gemaakt heeft van de door artikel 25 geboden mogelijkheid om O. Alsteens volgens de vereenvoudigde procedure met een nieuw mandaat te bekleden.

7. De tweede exceptie betreft het belang van de verzoekster. Omdat op het ogenblik van het hernieuwingsbesluit het Nederlandstalig kader voltallig

zou geweest zijn, kon de verwerende partij de verzoekster niet in de managementfunctie aanstellen.

Voor de eenvoudige hernieuwing van het mandaat van O. Alsteens moest de verwerende partij geen rekening houden met de invulling van het taalkader. Dat hernieuwingsbesluit ligt als een gevolgbesluit in het verlengde van het oorspronkelijk aanstellingsbesluit van 20 maart 2002.

8. De aanstelling van O. Alsteens is door de Raad van State vernietigd. Gewis deed de nietigverklaring voor de verwerende partij de verplichting ontstaan om het gevolgbesluit, dat door de vernietiging zijn noodzakelijke rechtsgrond heeft verloren, buiten het rechtsverkeer te plaatsen. Zij heeft dit niet gedaan, maar met haar annulatieberoep heeft de verzoekster zich ervan verzekerd dat de Raad van State die verplichting met de kracht van een rechterlijke uitspraak kan bevestigen.

De verzoekster wil uitzicht behouden op een aanstelling in de managementfunctie waarin O. Alsteens aangesteld werd. De vernietiging van het bestreden besluit is hiertoe dienstig. De vraag of bij het overdoen van het aanstellingsbesluit met inachtneming van de overwegingen van het arrest nr. 188.374, het taalkader zal verhinderen dat de verzoekster als Nederlandstalig kandidaat aangesteld wordt, is voor de beoordeling van het belang van de verzoekster niet relevant omdat de inpassing van een betrekking in het taalkader gebeurt op het ogenblik van de aanstelling en met inachtneming van de feitelijke gegevens van dat ogenblik.

De tweede exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het enig middel

9. De verzoekster voert aan dat O. Alsteens met het bestreden besluit wordt aangewezen voor een nieuw mandaat van zes jaar. De verwerende

partij heeft de selectie voorafgaand aan de eerste aanwijzing geldig geacht, ondanks het feit dat de verzoekster de onwettigheid ervan had aangevoerd in haar beroep tegen het koninklijk besluit van 20 maart 2002. De onwettigheid van de eerste selectie houdt in dat ook het bestreden besluit onregelmatig is.

10. De verwerende partij antwoordt dat het bestreden besluit een nieuwe benoeming betreft die steunt op de beoordeling van de uitgevoerde opdracht en de professionele kwaliteiten van O. Alsteens; de nieuwe benoeming staat bijgevolg los van de onwettigheid van de eerste aanwijzing.

11. De verzoekster herhaalt in haar memorie van wederantwoord dat het bestreden besluit zijn rechtsgrond vindt in artikel 25 van het koninklijk besluit van 29 oktober 2001, dat de vermelding “zeer goed” het gevolg is van de eerste benoeming en dat de vereiste vermelding “zeer goed” een voorwaarde is voor de hernieuwing van een lopend mandaat.

Beoordeling

12. Het bestreden besluit verwijst uitdrukkelijk naar de artikelen 10 en 25 van het koninklijk besluit van 29 oktober 2001. De verwerende partij heeft daarmee de mogelijkheid benut om, wanneer de voorwaarden vervuld zijn, het mandaat van een gegadigde die voldoening schenkt, volgens een vereenvoudigde procedure te hernieuwen. Degelijke hernieuwing is geen nieuwe aanwijzing; zij bouwt voort op de originele aanstelling, die er de noodzakelijke grondslag voor vormt. De rechtsgeldigheid van het hernieuwingsbesluit is aldus afhankelijk van het rechtsgeldig bestaan van het origineel aanstellingsbesluit.

13. In dit geval is de aanstelling van O. Alsteens, toegekend door het koninklijk besluit van 20 maart 2002, door de Raad van State vernietigd. O. Alsteens wordt bijgevolg geacht nooit in de bewuste managementfunctie aangesteld geweest te zijn en die aanstelling kan geen enkel rechtsgevolg hebben.

Wat niet bestaat kan niet hernieuwd worden. De onwettigheid van de oorspronkelijke aanstelling heeft aldus tot gevolg dat het mandaat ook niet kan vernieuwd worden. Door de vernietiging is de noodzakelijke rechtsgrond voor de hernieuwing verdwenen.

14. Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het koninklijk besluit van 11 maart 2008 waarbij Olivier Alsteens met ingang van 1 maart 2008 wordt aangewezen als titularis van de managementfunctie -1 van de FOD Kanselarij van de Eerste Minister - directeur-generaal "Externe communicatie".

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

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 februari 2011, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Daniël Moons,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,

bijgestaan door

Vera Wauters,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Vera Wauters	**André Vandendriessche**