

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 211.972 van 14 maart 2011
in de zaken A. 193.538/IX-6461
A. 193.539/IX-6462**

In zake : Freddy BAEYENS
wonend te 9260 Wichelen
Serskampse dreef 30
alwaar woonplaats wordt gekozen

tegen :

de PENSIOENDIENST VOOR DE OVERHEIDSSECTOR
(PDOS)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kaat Leus en Audrey Baeyens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij in de zaak A. 193.539/IX-6462 :

Ghislaine VAN WELDE
wonend te 3001 Leuven
Langendaallaan 31
alwaar woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1.1. Het beroep in de zaak A. 193.538/IX-6461, ingesteld op 28 juli 2009, strekt tot de nietigverklaring van het ministerieel besluit van 2 april 2009 waarbij William Van Engelgem wordt bevorderd in het Nederlands taalkader tot de klasse A4 met de titel van auditeur-generaal van financiën met ingang van 1 januari 2008.

1.2. Het beroep in de zaak A. 193.539/IX-6462, ingesteld op 28 juli 2009, strekt tot de nietigverklaring van het ministerieel besluit van 2 april 2009 waarbij Ghislaine Van Welde wordt bevorderd in het Nederlands taalkader tot de klasse A4 met de titel van auditeur-generaal van financiën met ingang van 1 november 2008.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft in beide zaken een memorie van antwoord ingediend en de verzoeker heeft in beide zaken een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partij in de zaak A. 193.539/IX-6462 heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 30 september 2009.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Marc Lefever heeft een verslag opgesteld.

De verzoeker heeft in beide zaken een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft in beide zaken 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.

Staatsraad Daniël Moons heeft verslag uitgebracht.

De verzoeker, die verschijnt in persoon, en advocaat Kaat Leus, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Marc Lefever 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. Het personeelsplan 2006-2008 van de Pensioendienst voor de overheidssector (hierna: de PDOS), dat wordt goedgekeurd bij ministerieel besluit van 6 mei 2008, voorziet in twee nieuwe betrekkingen van auditeur-generaal, graad van klasse A4.

Op 1 november 2008 gaat een auditeur-generaal bij de operationele diensten met pensioen waardoor er een derde betrekking van klasse A4 vrij komt.

Deze betrekkingen worden in de loop van november 2008 officieel vacant verklaard. Eén betrekking wordt aangekondigd als “programmamanager”, de tweede situeert zich op de operationele diensten en de derde op de studiedienst.

3.2. Voor de betrekking van programmamanager worden vijf kandidaturen ingediend onder meer door de verzoeker en door W. Van Engelsem.

De verzoeker kandideert ook voor de betrekking bij de operationele diensten. Voor deze betrekking kandideert onder meer ook G. Van Welde.

3.3. Op 15 december 2008 bespreekt het directiecomité de kandidaturen voor elk van de drie betrekkingen afzonderlijk.

Voor de betrekking van programmamanager stelt het directiecomité W. Van Engelsing voor. Dit voorstel wordt als volgt gemotiveerd:

“Alle kandidaten voldoen op 1 januari 2008 aan de voorwaarden: ambtenaar van de klasse A3 of A4.

Het gaat om een sterke lichting kandidaten die allen over de nodige professionele competenties en vaardigheden beschikken voor de functie zoals vereist in de vacature.

De heer Van Engelsing onderscheidt zich van de andere kandidaten omdat hij als enige voldoende duidelijk het verband heeft gemaakt tussen de functie en de realisatie van het managementsplan en het operationele plan van de PDOS. Tijdens het voorbije anderhalf jaar heeft hij zeer actief deelgenomen aan alle managementoefeningen (Pest, Swot, Caf), hij heeft zich bekwaamd in de methodologie van het projectmanagement i.s.m. een externe consultant en hij heeft zich, zowel als lid van de stuurgroep, als leidinggevende van het Project Management office (PMO) en als lid van de Kerngroep ingespannen in de start en de realisatie van de vele verbeteracties uit het operationele plan.”

Voor de betrekking bij de operationele diensten stelt het directiecomité G. Van Welde voor. Dit voorstel wordt als volgt gemotiveerd:

“Alle kandidaten voldoen op 1 november 2008 aan de voorwaarden: ambtenaar van de klasse A3 of A4.

Het gaat om een sterke lichting kandidaten die allen over de nodige professionele competenties en vaardigheden beschikken voor de functie zoals vereist in de vacature.

Mevrouw Van Welde beschikt over de grootste pensioentechnische kennis van alle kandidaten wat haar in staat stelt om nieuwe processen van interne controle te analyseren en synthetiseren.

Zij onderscheidt zich bovendien van de andere kandidaten omdat zij als enige kandidaat sterk de nadruk heeft gelegd op teambuilding, klantgericht werken, opleiding, kennismanagement en participatief management. Als people manager lijkt zij dan ook het meest geschikt om de Nederlandstalige operationele dienst te begeleiden langs het toekomstig veranderingstraject van onze organisatie tijdens het Capelo project en om de mogelijke weerstanden te kanaliseren die tijdens de implementatie van de veranderingen zouden kunnen opduiken.

De aanstelling van mevrouw Van Welde heeft als positief gevolg, zonder het als argument in de keuze te gebruiken, dat een betere diversiteit bij de PDOS wordt bereikt.”

De kandidaten worden op 15 december 2008 per e-mail op de hoogte gebracht van de voorstellen. In de e-mails wordt vermeld welke kandidaat voor de betrokken functies wordt voorgesteld alsook dat een officiële en individuele notificatie in de loop van de week aan de kandidaten bezorgd zal worden.

Op 16 en 17 december 2008 volgt dan een officiële notificatie van de voorstellen van het directiecomité, telkens door de verzoeker ontvangen op 22 december 2008. In deze notificatie wordt enkel en alleen vermeld wie er gekandideerd heeft en wie door het directiecomité voor bevordering wordt voorgesteld.

3.4. Op 7 januari 2009 dient de verzoeker een bezwaarschrift in tegen de voorstellen. Hij voert onder meer aan dat het directiecomité niet regelmatig samengesteld was doordat de taalpariteit niet gerealiseerd was; dat de kandidaten niet meer werden gerangschikt naar anciënniteit maar dat niet duidelijk was welk criterium dan wel werd toegepast; dat er niet meer werd gewerkt volgens de manier waarop het tot dan toe bij Financiën was gebeurd en dat de notificatie geen motivering vermeldt van de voorstellen.

3.5. Het directiecomité onderzoekt het bezwaarschrift tijdens zijn zitting van 19 januari 2009. In de notulen wordt het volgende genoteerd als antwoord van het directiecomité:

“1. de voorzitter heeft op maandag 12 januari 2009 om 13.30 een onderhoud gehad met de heer Freddy Baeyens en hem de motivering van de beslissing toegelicht.

2. Vermits de heer Freddy Baeyens een bezwaarschrift heeft ingediend, stelt zich geen probleem (bedoeld wordt: het feit dat er in de notificatie niet was meegedeeld welke de klachtprocedure was).

3. Het huishoudelijk reglement van het directiecomité van de PDOS bepaalt in zijn artikel 6 dat het directiecomité geldig kan beraadslagen en stemmen wanneer de meerderheid van de leden aanwezig zijn. Dit betekent dat het directiecomité geldig kan beraadslagen wanneer 3 leden aanwezig zijn. Dit quorum was bereikt. Artikel 6 bepaalt eveneens dat de beslissingen worden genomen bij meerderheid van stemmen. De beslissingen over individuele

personen worden genomen bij geheime stemming. Alle beslissingen zijn getroffen met eenparigheid na een geheime stemming.

4. Bij alle beslissingen is nagegaan of alle kandidaten beantwoordden aan de deelnemingsvoorwaarden. Vervolgens is rekening gehouden met de rangschikking, de inhoud van de kandidatuurstellingen en de competenties van de kandidaten. Alle beslissingen zijn gemotiveerd. Bij gelijke kwaliteiten van de kandidaten is voorrang gegeven aan de kandidaat met de hoogste anciënniteit.”

Op 26 januari 2009 stuurt het directiecomité zijn antwoord op het bezwaarschrift toe aan de verzoeker. Het is als volgt geredigeerd:

“In antwoord op uw aangetekende brief van 7 januari 2009 kan ik u meedelen dat het directiecomité van 19 januari 2009 uw bezwaren heeft onderzocht en tot de volgende vaststellingen is gekomen.

Het directiecomité van 15 december 2008 was samengesteld uit:

- * De heer Johan Janssens (NL), voorzitter
- * De heer Michel Avart (FR)
- * De heer William Van Engelgem (NL)
- * De heer Guy Coomans (FR)

De heren Philippe Nys (gedetacheerd) en Erik Verhaeghe (gepensioneerd) waren niet aanwezig.

Door de aanwezigheid van 4 van de 6 leden met telkens 2 leden van elke taalgroep was het directiecomité geldig samengesteld. Het intern reglement, goedgekeurd door het directiecomité van 12 september 2007 (zie bijlage), bepaalt in artikel 6 immers dat ‘Het directiecomité geldig kan beraadslagen en stemmen wanneer de meerderheid van zijn leden aanwezig is.’ Aangezien in het intern reglement geen sprake is van een absolute meerderheid, kan het Directiecomité geldig beslissen bij aanwezigheid van minimum 3 leden.

Wat de beslissingen betreft, stelt het intern reglement in datzelfde artikel 6: ‘De beslissingen worden bij meerderheid van de uitgebrachte stemmen genomen. Voor de berekening van de stemmen worden de onthoudingen niet in aanmerking genomen. In geval van pariteit der stemmen is de stem van de Voorzitter doorslaggevend.

De beslissingen over individuele personen worden genomen bij geheime stemming.’

Wat de functie A4-programmamanager betreft, heeft de heer Van Engelgem de zitting verlaten.

Hij heeft niet deelgenomen aan de discussie en aan de stemming. Zijn kandidatuur is door de overige leden van het directiecomité met eenparigheid van stemmen aangenomen. De beslissing van het directiecomité is gemotiveerd als volgt:

Uittreksel uit het verslag van het directiecomité

‘Alle kandidaten voldoen op 1 januari 2008 aan de voorwaarden: ambtenaar van de klasse A3 of A4.

Het gaat om een sterke lichting kandidaten die allen over de nodige professionele competenties en vaardigheden beschikken voor de functie zoals vereist in de vacature.

De heer Van Engelgem onderscheidt zich van de andere kandidaten omdat hij als enige voldoende duidelijk het verband heeft gemaakt tussen de functie en de realisatie van het managementplan en het operationele plan van de PDOS. Tijdens het voorbije anderhalf jaar heeft hij zeer actief deelgenomen aan alle managementoefeningen (Pest, Swot, Caf, hij heeft zich bekwaamd in de methodologie van het projectmanagement i.s.m. een externe consultant en hij heeft zich zowel als lid van de stuurgroep, als leidinggevende van het Project management office (PMO) en als lid van de Kerngroep ingespannen in de start en de realisatie van de vele verbeteracties uit het operationeel plan.’

Wat de functie A4-operationele diensten betreft, was geen van de leden van het directiecomité kandidaat en hebben bijgevolg alle aanwezige leden deelgenomen aan de stemming. De kandidatuur van mevrouw Van Welde is door de leden van het directiecomité met eenparigheid van stemmen aangenomen. De beslissing van het directiecomité is gemotiveerd als volgt:

Uittreksel uit het verslag van het directiecomité

‘Alle kandidaten voldoen op 1 november 2008 aan de voorwaarden: ambtenaar van de klasse A3 of A4.

Het gaat om een sterke lichting kandidaten die allen over de nodige professionele competenties en vaardigheden beschikken voor de functie zoals vereist in de vacature.

Mevrouw Van Welde beschikt over de grootste pensioentechnische kennis van alle kandidaten wat haar in staat stelt om nieuwe processen van interne controle te analyseren en synthetiseren.

Zij onderscheidt zich bovendien van de andere kandidaten omdat zij als enige kandidaat sterk de nadruk heeft gelegd op teambuilding, klantgericht werken, opleiding, kennismanagement en participatief management. Als people manager lijkt zij dan ook het meest geschikt om de Nederlandstalige operationele dienst te begeleiden langs het toekomstig veranderingstraject van

onze organisatie tijdens het Capeloproject en om de mogelijke weerstanden te kanaliseren die tijdens de implementatie van de veranderingen zouden kunnen opduiken.

De aanstelling van mevrouw Van Welde heeft als positief gevolg, zonder het als argument in de keuze te gebruiken, dat een betere diversiteit bij de PDOS wordt bereikt’.

In alle benoemingsdossiers die tijdens het directiecomité zijn behandeld, is telkens de kandidatuur getoetst aan de deelnemingsvoorwaarden. Er is in de evaluatie van alle voorstellen tot benoeming eveneens rekening gehouden met de rangschikking. In het geval van een aanstelling A3 tijdens het dezelfde directiecomité is bij voorbeeld de beslissing als volgt gemotiveerd:

‘Aangezien beide kandidaten over de nodige competenties en vaardigheden beschikken en hierdoor als evenwaardige kandidaten worden beschouwd, wordt voorrang gegeven aan X op basis van een hogere dienstanciënniteit.’

Om al deze redenen besluit het directiecomité uw bezwaar als onterecht en kan bijgevolg niet terugkomen op de genomen beslissingen.”

3.6. Bij ministerieel besluit van 2 april 2009 wordt W. Van Engelm bevorderd tot de klasse A4 in de betrekking van auditeur-generaal van financiën A42 in de betrekking van programmamanager.

Bij ministerieel besluit van dezelfde datum wordt G. Van Welde bevorderd tot de klasse A4 in de betrekking van auditeur-generaal van financiën A42 in de betrekking bij de operationele diensten.

Dit zijn de bestreden besluiten. Ze zijn bij uittreksel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 4 juni 2009.

3.7. Bij ministerieel besluit van 7 oktober 2009 wordt W. Van Engelm met pensioen gesteld, met ingang van 1 oktober 2009. Op 13 november 2009 wordt dit besluit gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

3.8. Bij ministerieel besluit van 16 juni 2010 wordt J. Janssens benoemd in de aldus vacant verklaarde betrekking van auditeur-generaal van financiën A42 programmamanager van de Nederlandstalige taalrol bij de PDOS en

dit met ingang van 1 oktober 2009. Op 4 augustus 2010 wordt dit besluit gepubliceerd in het Belgisch Staatblad (ed. 2).

3.9. Met een dienstnota van 5 oktober 2010 wordt de betrekking van J. Janssens vacant verklaard, aangezien hij belast wordt met een opdracht van algemeen belang.

3.10. Bij ministerieel besluit van 16 december 2010 wordt E. De Paepe benoemd in voornoemde betrekking. Op 28 januari 2011 wordt dit besluit gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad (ed. 2).

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. In beide zaken hebben zowel de verzoeker als zijn advocaat een memorie van wederantwoord ingediend. Nadien heeft verzoekers advocaat laten weten dat zij niet langer optreedt als raadvrouw van de verzoeker en gevraagd om haar memories van wederantwoord voor onbestaande te houden.

Er is bijgevolg grond om in beide zaken de memories van wederantwoord die door de verzoekers advocaat zijn ingediend, uit de debatten te weren.

V. Samenvoeging

Standpunt van de partijen

5. De verzoeker vraagt dat de beide beroepen worden samengevoegd omdat de wezenlijke elementen van de beide vorderingen zozeer samen hangen dat het in het belang van de goede rechtsbedeling is ze samen als één zaak te behandelen en er in één arrest uitspraak over te doen. Hij is van oordeel dat de vaststellingen of de beslissingen met betrekking tot de ene vordering een weerslag zullen hebben op de uitkomst van de andere vordering.

6. De verwerende partij meent dat een afzonderlijke behandeling van de beide beroepen aangewezen is omdat ze beide een ander voorwerp hebben, het om twee verschillende functies met afzonderlijke functiebeschrijvingen gaat, de feitelijke gegevens van de zaak niet identiek zijn en de middelen en het verweer ertegen verschillen.

7. De verzoeker repliceert dat de omstandigheid dat beide beroepen een verschillend voorwerp hebben niet ter zake doet, aangezien de beide benoemingsprocedures volledig simultaan verlopen zijn. Ook het feit dat één van de middelen niet identiek is in de beide beroepen doet geen afbreuk aan het gegeven dat de andere middelen zozeer samenhangen dat vaststellingen of beslissingen in de ene zaak invloed zullen hebben op de andere zaak.

Beoordeling

8. De verwerende partij betoogt terecht dat de beroepen verschillende beslissingen tot voorwerp hebben die elk het resultaat zijn van een afzonderlijke procedure en dat de vergelijking van de titels en verdiensten gebeurd is op grond van een verschillende functieomschrijving. Bovendien stelt de verzoeker ten onrechte dat het resultaat van de ene zaak een gevolg heeft voor de uitkomst van de andere zaak, in die zin dat de vernietiging van één van beide bestreden bevorderingen, de vernietiging van de andere met zich zou meebrengen.

Niettemin zijn drie van de vier middelen in beide zaken identiek en zoals hierna zal blijken leidt één van deze identieke middelen tot een vernietiging van één van de bestreden bevorderingen. Er is dan ook grond om in het kader van een goede rechtsbedeling de beide zaken samen te voegen.

VI. Ontvankelijkheid van het beroep

a) exceptie van de verwerende partij

Standpunt van de partijen

9. De verwerende partij werpt in beide zaken als exceptie op dat de verzoeker geen belang heeft bij zijn beroep gericht tegen de twee benoemingsbesluiten omdat hij verzuimd heeft de unanieme voordracht van het directiecomité te bestrijden.

Zij houdt voor dat artikel 27bis van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939 betreffende de evaluatie en de loopbaan van het rijkspersoneel (hierna: het koninklijk besluit van 7 augustus 1939) -dat bepaalt dat voor een benoeming in niveau A voorrang gegeven wordt aan de kandidaat die eenparig als eerste door het directiecomité wordt voorgedragen en dat de minister, indien hij niet met het eenparig voorstel instemt en een andere van de vijf kandidaten benoemt, dit behoorlijk moet motiveren- zo begrepen moet worden dat de minister gebonden is door het voorstel van het directiecomité, in die zin dat hij geen kandidaat kan benoemen die niet werd voorgedragen. Een niet-voorgedragen kandidaat kan dan ook niet meer benoemd worden binnen het raam van de aan de gang zijnde benoemingsprocedure, zodat de weigering om een kandidaat voor te dragen deze kandidaat meteen benadeelt, zodat wat hem betreft het een voor vernietiging vatbare beslissing is. Aangezien niet de verzoeker, maar wel een andere kandidaat met eenparigheid van stemmen door het directiecomité is voorgedragen, en de verzoeker deze niet-voordracht niet heeft bestreden, kan hij, zelfs bij een vernietiging van de bestreden benoemingsbesluiten, zelf niet voorgedragen en derhalve ook niet bevorderd worden.

10. De verzoeker repliceert dat een benoemingsprocedure een complexe administratieve rechtshandeling is waarbij de vernietiging van de eindbeslissing kan worden uitgesproken op grond van de onregelmatigheid van één

van de voorbereidende handelingen, ongeacht of deze louter voorbereidend dan wel rechtstreeks grievend is en afzonderlijk bestreden kan worden.

Beoordeling

11. Artikel 26 van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939 bepaalt dat er voor elke bevordering die afhankelijk is van het vacant zijn van een betrekking een voorstel wordt uitgebracht. Voor het niveau A wordt het voorstel, dat maximaal vijf kandidaten per vacante betrekking mag omvatten, gedaan door het directiecomité. Artikel 27bis van voormeld besluit bepaalt dat in het niveau A voor de bevordering door verhoging naar de hogere klasse voorrang wordt gegeven aan degene van de kandidaten bedoeld in artikel 26, eerste lid, die bij eenparigheid door het directiecomité is voorgesteld en dat indien de minister meent niet te kunnen instemmen met het eenparig voorstel van het directiecomité en een andere van de vijf kandidaten voordraagt, hij zijn voorstel met bijzondere redenen moet omkleden. Die bepalingen moeten aldus worden begrepen dat de minister gebonden is door het voorstel van het directiecomité wanneer het met eenparigheid heeft beslist tot voordracht, in die zin dat hij alsdan geen kandidaat kan benoemen die niet door het directiecomité werd voorgesteld. Dat heeft dan tot gevolg dat, zoals te dezen het geval is voor de verzoeker, een kandidaat die niet wordt voorgesteld door het directiecomité niet meer benoemd kan worden binnen het raam van de aan de gang zijnde benoemingsprocedure, zodat de weigering om hem voor te stellen hem onmiddellijk benadeelt en voor hem een voor vernietiging vatbare handeling is.

Dit betekent evenwel niet dat de verzoeker die de voorbeslissing, met name de weigering om hem voor te stellen, niet afzonderlijk bestreden heeft, geen belang meer zou hebben bij de vernietiging van het eindbesluit, te weten de bestreden bevordering. Een bevorderingsprocedure is immers een complexe administratieve rechtshandeling waarbij tegen de eindbeslissing kan worden aangevoerd dat ze steunt op onregelmatige voorbeslissingen. Dit is precies wat de verzoeker doet aangezien hij in verschillende middelen de onregelmatigheid van

de voordracht van het directiecomité aanvoert. Gesteld dat één van die middelen gegrond is dan zal dit leiden tot de vernietiging van het eindbesluit en dan zal de verwerende partij, indien zij de procedure overdoet, deze moeten hernemen vanaf het stadium waarop ze misgelopen is, te weten bij het advies van het directiecomité. Indien een vernietigingsarrest met gezag van gewijsde vaststelt dat het advies onregelmatig is, blijft dit advies niet overeind en kan de verwerende partij er zich niet meer op beroepen.

12. De exceptie wordt verworpen.

b) ambtshalve exceptie

13. Op 3 februari 2011 deelt de verwerende partij aan de Raad van State mee dat W. Van Engelgem sinds 1 oktober 2009 op pensioen is, dat J. Janssens bij ministerieel besluit van 16 juni 2010 vanaf die datum in de betrekking die hij bekleedde werd benoemd en dat, na een nieuwe vacantverklaring van dezelfde betrekking op 16 december 2010, E. De Paepe daarin werd benoemd.

De verzoeker heeft de benoeming van J. Janssens niet bestreden. Het benoemingsbesluit van 16 juni 2010 is dan ook definitief geworden. Die definitieve beslissing heeft tot gevolg dat de verzoeker niet meer in de geambieerde betrekking kan benoemd worden zodat hij niet langer blijk geeft van het rechtens vereiste actueel belang.

De omstandigheid dat zich, na het opvullen van de vacature door de benoeming van J. Janssens, voor de verzoeker opnieuw een mogelijkheid heeft aangediend om in dezelfde betrekking benoemd te worden - met name door de nieuwe vacantverklaring, nadat J. Janssens belast werd met een opdracht van algemeen belang - en dat die mogelijkheid opnieuw verdwenen is wegens de benoeming van E. De Paepe bij ministerieel besluit van 16 december 2010, vermindert niets aan de vaststelling dat het belang van de verzoeker in de loop van de procedure teloorgegaan is. Er is derhalve een hiaat in het voortduren tot aan de

uitspraak van huidig arrest van het belang van de verzoeker. Het beroep is daarom niet langer ontvankelijk.

Wat voorafgaat beïnvloedt geenszins het belang van de verzoeker bij het tweede beroep gericht tegen de benoeming van G. Van Welde.

VII. Onderzoek van het tweede middel in de zaak A. 193.539/IX-6462

Standpunt van de partijen

14. De verzoeker voert de schending aan van artikel 26bis, § 1, van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939. Hij stelt dat de betekening van het voorstel van rangschikking door het directiecomité van 16 december 2008 geen melding maakt van: 1° de rangschikking van de kandidaten, 2° de mogelijkheid om een klacht in te dienen tegen dat voorstel, 3° de mogelijkheid om te vragen door het directiecomité te worden gehoord en 4° het deel van de notulen van de zitting van het directiecomité betreffende het voorstel van rangschikking. Hierdoor heeft hij niet op een zinvolle manier een bezwaarschrift kunnen indienen en konden de eventuele fouten die door het directiecomité eventueel gemaakt werden, niet worden rechtgezet waardoor noch het directiecomité, noch de benoemende overheid hun bevoegdheden op correcte wijze konden uitoefenen. Niettemin heeft de verzoeker op 7 januari 2009 een bezwaarschrift ingediend tegen het voorstel van het directiecomité. Bij brief van 26 januari 2009 is hem meegedeeld dat zijn bezwaar werd afgewezen, maar ook deze mededeling voldoet niet aan de voorschriften van artikel 26bis omdat er geen melding werd gemaakt van het feit dat hij een nieuwe schriftelijke klacht kon indienen tegen de bevestiging van de eerste rangschikking.

15. De verwerende partij antwoordt dat zij de kandidaten, om de nodige transparantie aan de dag te leggen en hen niet te lang in het ongewisse te laten omtrent de resultaten van de beraadslaging, reeds bij nota van de voorzitter van 16 december 2008 individueel op de hoogte heeft gebracht van de voordracht

die het directiecomité had uitgebracht, maar dat de notulen van de vergadering op dat ogenblik nog niet officieel waren goedgekeurd zodat er nog geen uittreksel van kon worden overgemaakt. Nog vóór dit kon gebeuren heeft de verzoeker op 7 januari 2009 een bezwaarschrift ingediend en aldus in wezen geanticipeerd op de officiële betekening van het uittreksel van de notulen. Het directiecomité heeft dan tijdens zijn zitting van 19 januari 2009 het bezwaarschrift besproken en in zijn antwoord van 26 januari 2009 aan de verzoeker de bespreking van de ingediende kandidaturen en de motivering van zijn keuze, zoals die voorkomt in de notulen van de vergadering van 15 december 2008, opgenomen. Zij heeft aldus zo snel mogelijk aan de verzoeker alle nuttige informatie overgemaakt om hem in kennis te stellen van de motieven die aan het voorstel tot bevordering van de bevorderde kandidaten ten grondslag lagen.

Waar de verzoeker voorhoudt dat ook bij de mededeling van het antwoord op zijn eerste bezwaarschrift de bepalingen van artikel 26bis van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939 niet werden nageleefd omdat hem niet de mogelijkheid werd gegeven om een tweede bezwaarschrift in te dienen, antwoordt de verwerende partij dat er hem geen nieuwe bezwaarmogelijkheid moest worden verleend, omdat het directiecomité na behandeling van het eerste bezwaarschrift niet is overgegaan tot het opmaken van een nieuwe voordracht, terwijl dit krachtens artikel 26bis, § 3, de voorwaarde is om een nieuw bezwaar te kunnen indienen.

Waar de verzoeker voorhoudt dat hij niet de mogelijkheid heeft gehad om te vragen om door het directiecomité te worden gehoord, antwoordt de verwerende partij dat de verzoeker voldoende kennis had van de mogelijkheden om tegen het voorstel van het directiecomité bij datzelfde comité bezwaar in te dienen, wat hij overigens op 7 januari 2009 heeft gedaan en dit zonder te vragen om de notulen te kunnen inzien of er een afschrift van te krijgen en zonder uitdrukkelijk te vragen om gehoord te worden. Bovendien heeft de voorzitter van het directiecomité op 12 januari 2009 een onderhoud met de verzoeker gehad om de motivering van de voordracht toe te lichten.

De verzoekster in tussenkomst sluit zich bij deze uiteenzetting aan en besluit tot de ongegrondheid van het tweede middel.

16. In zijn memorie van wederantwoord repliceert de verzoeker dat de wens van de verwerende partij om de nodige transparantie te geven aan de beslissingen die ze neemt, geen afbreuk mag doen aan de dwingende, op straffe van nietigheid voorgeschreven bepalingen van artikel 26bis, § 1, van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939. De transparantie was bovendien al gerealiseerd doordat op 15 december 2008 per e-mail de genomen beslissingen aan de kandidaten waren meegedeeld, zodat het niet langer nodig was om de daaropvolgende officiële beslissingen mee te delen in de wetenschap dat niet aan de vormvereisten van artikel 26bis, § 1, voldaan kon worden aangezien er nog geen goedgekeurde notulen konden worden bijgevoegd.

Waar de verwerende partij aanvoert dat de verzoeker als hoge ambtenaar op de hoogte moest zijn van de beroepstermijnen en de bezwaarprocedure, repliceert de verzoeker dat één en ander geen afbreuk doet aan de verplichte naleving van op straffe van nietigheid voorgeschreven bepalingen. Van het directiecomité mag bovendien evenzeer verwacht worden dat het op de hoogte is van het bestaan van deze bepalingen en ze naleeft.

Dat de verzoeker op 7 januari 2009 een bezwaarschrift heeft ingediend doet evenmin afbreuk aan het feit dat de bepalingen van artikel 26bis van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939 gerespecteerd moesten worden. Het bezwaarschrift werd louter uit voorzorg ingediend, want indien de verzoeker niet binnen de tien werkdagen een bezwaarschrift indiende kon het directiecomité zijn beslissing als definitief beschouwen en latere beroepen afwijzen met het argument dat ze laattijdig waren. De verzoeker blijft er dan ook bij dat het niet respecteren van de bepalingen van artikel 26bis van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939 hem verhinderd heeft om op een zinvolle wijze een bezwaarschrift in te dienen.

17. In haar laatste memorie schrijft de verwerende partij dat de verplichting van artikel 26bis, § 1, 3°, van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939 om samen met de rangschikking ook het deel van de notulen van de zitting van het directiecomité betreffende het voorstel van rangschikking mee te delen aan de kandidaten een substantiële vormvereiste is die zowel in het belang van de bestuurdde als in het belang van de goede werking van het bestuur is voorgeschreven en dat een gebrekkige naleving van een dergelijke vorm slechts kan worden ingeroepen wanneer de onregelmatigheid de betrokkene in zijn belangen heeft geschaad. Volgens de verwerende partij bestaat het doel van de verplichting van voormeld artikel 26bis, § 1, 3°, erin dat kandidaten op een dienstige wijze gebruik kunnen maken van het hun geboden bezwaarrecht, zodat de eventuele fouten die het directiecomité gemaakt zou hebben, rechtgezet kunnen worden en is met andere woorden vereist dat een kandidaat toegang heeft tot de notulen van het directiecomité om na te gaan of de beoordeling over zijn persoon op een correcte wijze tot stand is gekomen. Aan dit doel is, aldus de verwerende partij, voldaan, aangezien in het antwoord op het bezwaarschrift van de verzoeker van 26 januari 2009 het uittreksel uit de notulen van de vergadering van het directiecomité van 15 december 2008 en dus de motieven die aan de voordrachten ten grondslag lagen, is opgenomen. Bovendien heeft de verzoeker -die zich in zijn bezwaarschrift het recht voorbehouden heeft om na kennisname van de motivering omtrent de keuze van de voorgestelde kandidaten een aanvullend bezwaarschrift in te dienen- verzuimd om een aanvullend bezwaarschrift in te dienen.

Voorts merkt de verwerende partij op dat de verzoeker geen enkel concreet element aanvoert dat zou kunnen staven dat hij grotere aanspraken op bevordering kon laten gelden dan de bevorderde kandidaten.

Ten slotte wijst zij erop dat tijdens het onderhoud dat de voorzitter van het directiecomité op 12 januari 2009 met de verzoeker heeft gehad de redenen aan bod gekomen zijn waarom niet voor de verzoeker gekozen werd en zij voegt ter staving hiervan een e-mail van 12 januari 2009 bij waarin aan de

verzoeker naar aanleiding van dat gesprek een aantal aanbevelingen naar de toekomst toe worden gedaan.

Beoordeling

18. Artikel 26bis, § 1, van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939, zoals van toepassing op het tijdstip van het tweede bestreden besluit, bepaalt hetgeen volgt:

“§ 1. In niveau A wordt, wanneer een betrekking voorzien is door bevordering tengevolge van een oproep voor kandidaatstelling binnen een federale overheidsdienst, het voorstel van rangschikking dat is opgemaakt voor elke vacante bevorderingsbetrekking, schriftelijk betekend aan alle kandidaten die hun kandidatuur geldig hebben ingediend.

Deze betekening behelst ten minste de volgende elementen:

- 1° de rangschikking van de kandidaten;
- 2° het aangeven aan de ambtenaar die zich benadeeld acht van de mogelijkheid binnen tien werkdagen na de betekening een klacht bij het directiecomité in te dienen en van de mogelijkheid te vragen door dit comité te worden gehoord;
- 3° het deel van de notulen van de zitting van het directiecomité betreffende het voorstel van rangschikking.

Deze aanvraag wordt schriftelijk gericht aan de voorzitter van het directiecomité.

De raadpleging gebeurt met naleving van het vertrouwelijk karakter van de feiten die op andere ambtenaren zouden betrekking hebben.”

19. Artikel 26bis, § 1, 3°, dat is ingevoerd bij koninklijk besluit van 29 april 2001 tot wijziging van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939 betreffende de evaluatie en de loopbaan van het rijkspersoneel (hierna: het koninklijk besluit van 29 april 2001), bepaalt dat samen met de rangschikking ook het deel van de notulen van de zitting van het directiecomité betreffende het voorstel van rangschikking aan de kandidaten moet worden meegedeeld. Blijkens de aanhef van het koninklijk besluit van 29 april 2001 is deze bepaling ingevoerd ingevolge rechtspraak van de Raad van State, met name het arrest nr. 86.733 van 7 april 2000, inzake Cormeau, waarin geoordeeld werd dat kandidaten voor een bevordering het recht om bezwaar in te dienen tegen de voorstellen van de

directieraad niet nuttig kunnen uitoefenen wanneer hen geen kennis wordt gegeven van de notulen van de vergadering van de directieraad.

20. Anders dan de verzoeker aanvoert is het artikel 26bis, § 1, 3°, niet op straffe van nietigheid voorgeschreven, aangezien niet in een sanctie voorzien is bij de niet-naleving ervan. Wel moet worden aangenomen dat de in het artikel opgenomen verplichting een substantiële vormvereiste is, vermits deze (mede) in het belang van de kandidaten voor een bevordering is ingesteld. De miskennen van een dergelijke substantiële vormvereiste leidt niet automatisch tot een vernietiging, enkel wanneer de ambtenaar door de miskennen in zijn belangen is geschaad.

21. Te dezen wordt niet betwist dat de notificaties van de voorstellen van het directiecomité aan de verzoeker het deel van de notulen van de zitting van het directiecomité betreffende het voorstel van rangschikking niet bevatten, zodat niet is voldaan aan de verplichting van artikel 26bis, § 1, 3°. De vraag rijst bijgevolg of de verzoeker aldus al dan niet op zinvolle wijze een bezwaar kon indienen en aldus in zijn belangen werd geschaad.

22. De verwerende partij antwoordt dat de verzoeker aan de basis ligt van het feit dat hij een bezwaarschrift heeft ingediend zonder de motivering van het directiecomité te kennen omdat hij zijn bezwaar te snel -dit wil zeggen alvorens hij kennis had van de notulen van de directieraad- heeft ingediend. Deze stelling kan niet worden bijgevalen. Het kan de verzoeker niet ten grieve geduid worden dat hij de notificaties van 16 en 17 december 2008 heeft beschouwd als de betekening bedoeld in artikel 26bis, § 1, van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939 nu deze volgde op een eerdere officieuze mededeling per e-mail waarin werd gesteld, dat de officiële notificatie in de loop van de week zou volgen, en vervolgens een bezwaarschrift heeft ingediend. Evenmin kan de verwerende partij zich verschuilen achter het feit dat zij de notulen nog niet kon meedelen omdat ze nog niet waren goedgekeurd. Er was immers geen dwingende reden die

verhinderde dat er met de officiële notificatie werd gewacht tot dat wel het geval zou zijn geweest.

23. De handelwijze van de verwerende partij heeft voor gevolg dat de verzoeker verplicht was, om een bezwaarschrift in te dienen, zonder dat hij kennis had van de motieven, waarop het directiecomité zijn voordracht steunde, gelet op de termijn van tien dagen bepaald door artikel 26bis van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939.

24. De verwerende partij voegt daaraan toe dat de voorzitter van het directiecomité op 12 januari 2009 met de verzoeker een onderhoud heeft gehad en hem de motivering van de voordrachten heeft toegelicht. Dit onderhoud dateert van na het indienen van het bezwaarschrift en doet geen afbreuk aan het feit dat de verzoeker genoodzaakt was om bezwaar in te dienen zonder de motieven van het directiecomité te kennen.

Dezelfde redenering geldt ten aanzien van de stelling van de verwerende partij dat het antwoord van 26 januari 2009 op het bezwaarschrift van de verzoeker wél het uittreksel uit de notulen van de vergadering van het directiecomité van 15 december 2008 bevatte. Het antwoord is er uiteraard pas gekomen nadat de verzoeker zonder kennis van de motieven van het directiecomité een bezwaarschrift heeft moeten indienen.

25. Dat de verzoeker geen aanvullend bezwaarschrift heeft ingediend kan hem ook niet ten grieve geduid worden aangezien een aanvullend bezwaarschrift niet in de bezwaarprocedure voorzien is. Evenmin kan hem aangerekend worden dat hij geen nieuw bezwaarschrift heeft ingediend aangezien het antwoord van 26 januari 2009 geen melding maakt van deze mogelijkheid.

26. De verzoeker heeft zijn bezwaarrecht tegen het voorstel van het directiecomité niet op nuttige wijze kunnen uitoefenen.

Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De zaken A. 193.538/IX-6461 en A. 193.539/IX-6462 worden samengevoegd.

2. De Raad van State vernietigt het ministerieel besluit van 2 april 2009 waarbij Ghislaine Van Welde wordt bevorderd in het Nederlands taalkader tot de klasse A4 met de titel van auditeur-generaal van financiën met ingang van 1 november 2008.

De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

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

4. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de beroepen tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 maart 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