RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

nr. 216.180 van 7 november 2011
in de zaak A. 196.343/IX-6786

In zake : Carine MISSIAEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Vincent De Wolf
kantoor houdend te 1060 Brussel
Guldenvlieslaan 68/9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID (RSZ)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Michel van Dievoet
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 56
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 29 april 2010, strekt tot de nietigverklaring van:

- de beslissing van de administrateur-generaal van de RSZ van 3 maart 2010 om de cumulatieaanvraag van Carine Missiaen te weigeren (eerste bestreden beslissing);
- "voor zoveel als nodig", de beslissing van het directiecomité van de RSZ van 22 februari 2010 om de cumulatieaanvraag van Carine Missiaen te weigeren (tweede bestreden beslissing).

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 Joke Goris 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 24 oktober 2011.

Staatsraad Jeroen Van Nieuwenhove heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Benoit Snoeks, die loco advocaat Vincent De Wolf verschijnt voor de verzoekster, en advocaat Michel Dievoet, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Joke Goris 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 is als attaché bij de directie Logistiek van de verwerende partij verantwoordelijk voor de organisatie en coördinatie van de aankopen, meer bepaald de behoefteanalyse, de opmaak van bestekken, het

voeren van de gunningprocedures en de administratieve opvolging van de overheidsopdrachten.

3.2. Op 4 november 2009 dient de verzoekster een aanvraag voor een cumulatiemachtiging - gedateerd op 2 november 2009 - in bij haar hiërarchische meerdere, Philippe Benoît, adviseur-generaal. Zij verklaart een nevenactiviteit als zelfstandige uit te willen oefenen, waarbij zij advies zou verlenen aan aanbestedende diensten (door overheden gesubsidieerde of beheerde organisaties, niet-federale overheden, ...).

In een begeleidende brief motiveert zij haar aanvraag als volgt:

> "De activiteit waar ik een cumulatietoelating voor aanvraag, is er een van occasionele dienstverlening, op zelfstandige basis. Deze zal eruit bestaan aanbestedende diensten (vooral kleinere overheden, gesubsidieerde organen...) te begeleiden bij gunningsprocedures. Dit zal me toelaten mijn ervaringsgebied te verbreden en mijn bekwaamheid te verdiepen. Het zal me in contact brengen met andere gunningspraktijken en ik zal nieuwe inzichten kunnen verwerven vanuit een ander perspectief.
>
> Ik zie dit in de eerste plaats als een persoonlijke verrijking, maar het zal tevens de RSZ ten goede komen, daar hij zal kunnen beschikken over een meer ervaren aankoopambtenaar.
>
> Het spreekt vanzelf dat het bijstaan van een andere aanbestedende dienst bij het uitschrijven van een overheidsopdracht, nooit kan leiden tot een belangenconflict met de RSZ. De RSZ kan immers op geen enkele wijze betrokken partij zijn.
>
> Zoals het hoort, stel ik me meteen volledig in regel met alle sociale en fiscale vereisten, al denk ik niet dat ik ooit het niveau van 'kostendekkend' zal overstijgen. Ik verwacht dan ook dat de RSZ geen bezwaar zal maken tegen deze nevenactiviteit, die natuurlijk ook volledig buiten mijn diensturen zal uitgeoefend worden."

3.3. In een e-mailbericht van 10 november 2009 licht de verzoekster aan haar hiërarchische meerdere nader toe waarom haar cumulatieaanvraag gunstig beoordeeld kan worden. Die argumenten luiden als volgt:

> "Argumenten voor toestemming voor cumulatie
>
> 1. Een conflictsituatie in het kader van tegengestelde belangen is onmogelijk, aangezien de RSZ nooit betrokken partij kan zijn als ik een andere aanbestedende dienst bijsta bij een procedure.

2. De RSZ heeft inderdaad ongeveer een maandwedde geïnvesteerd in mijn opleiding en de nodige uren dienstvrijstelling om naar de cursus te gaan. Mijn werk (toen in de drukkerij) heeft daar nooit onder geleden.

De examens heb ik voorbereid in mijn vakanties of met recuperatie-uren.

Een investering in de grootteorde van een maandwedde lijkt me geen voldoende basis om meer dan vijf jaar later het aanwenden van de verworven kennis buiten de dienstactiviteit te verhinderen. Bovendien zijn er, op het ogenblik dat de vorming werd aangevraagd en toegestaan, geen afspraken in die zin gemaakt.

Door een activiteit in bijberoep uit te oefenen, verandert er niets aan de waarde van die investering voor de RSZ. In tegendeel zelfs: de bredere ervaring die ik hiermee opdoe, zal ik ook voor mijn opdracht bij de RSZ kunnen gebruiken.

3. De gebruikte kennis is er trouwens geen die ‘eigen is aan de RSZ’ of ontwikkeld door de RSZ, en die niet elders of voor doelen buiten de RSZ zou mogen worden aangewend. De RSZ is gewoon een van de vele organisaties die verplicht zijn de wetgeving overheidsopdrachten toe te passen.

Dit zijn, denk ik, de enige mogelijke rechtsgronden om een cumulatie niet toe te staan. En het is volgens mij duidelijk dat geen ervan aan de orde is. Als bijkomende argumentatie kan ik nog geven:

4. De aanleiding om deze stap te zetten is niet het vooruitzicht op financieel voordeel, al is een beetje zakgeld meer dan welkom. Het is meer het verlangen dieper op bepaalde problematieken te kunnen ingaan en op de hoogte te blijven van wat in de sector leeft. Het hoofdzakelijk administratief uitvoerende aspect van mijn dagtaak op de RSZ geeft hier te weinig kans toe. Ik wens bij te blijven met de evoluties in mijn vakgebied, wat ik niet kan door me in mijn kantoor op te sluiten.

5. Vrijwel al de consulenten en de lesgevers in privé-bedrijven die advies geven aan aanbestedende diensten, zijn ambtenaren (of militairen) die vaak nog actief in dienst zijn, of in een ander statuut dat toelaat tijdelijk elders te werken. Ik ben geen uitzondering. Het is trouwens de enige mogelijke wijze om met beide voeten in de praktijk te blijven.

6. Als zelfstandige kan ik opdrachten weigeren die niet in overeenstemming zijn met mijn functie als ambtenaar. In opdracht van een dienstverlenend bedrijf zou dit moeilijker zijn. Daarom deze in eerste opzicht voor mij moeilijke keuze van een bedrijfje te beginnen.

7. Het deel van de activiteiten dat tijdens de kantooruren moet doorgaan (zoals ontmoetingen bij de aanbestedende diensten), zal gedekt worden door verlofdagen of compensatie-uren. Mijn krediet volstaat voorlopig ruimschoots.

8. Het is een ongezonde toestand dat slechts een persoon over een degelijke basiskennis beschikt. Door minder aanwezig te zijn, niet meer 's avonds en tijdens de vakanties thuis door te werken voor de RSZ en beetje bij beetje mijn compensatie-uren op te nemen, zal misschien de noodzaak duidelijk worden meer personen ter beschikking te stellen, minstens voor het uitvoerend werk van de aankoopactiviteit.”

3.4. Op 21 december 2009 bespreekt het directiecomité van de verwerende partij de cumulatieaanvraag en beslist het een advies in te winnen bij het Bureau voor Ambtelijke Ethiek en Deontologie van de FOD Budget en Beheerscontrole, om na te gaan of er een mogelijk belangenconflict bestaat tussen de functie van aankoopambtenaar die de verzoekster vervult en de functie die zij als zelfstandige wenst uit te oefenen.

3.5. In een e-mailbericht van 23 december 2009 vraagt de adviseur-generaal aan de verzoekster om te motiveren waarom zij meent dat er geen belangenconflict ontstaat of zal ontstaan, indien het directiecomité de cumulatieaanvraag zou goedkeuren.

De verzoekster beantwoordt deze mail nog dezelfde dag. Haar argumentatie luidt als volgt:

> "Hoe kan er een belangenconflict ontstaan ?
>
> Als ik een andere aanbestedende dienst help bij het voeren van een aankoopprocedure, kan de RSZ nooit betrokken partij zijn. De RSZ zal immers nooit inschrijven op een overheidsopdracht. Ik kan dus nooit de beslissing van de aankopende dienst voor of tegen de RSZ beïnvloeden. En wat in orde zijn van de inschrijvers t.o.v. de RSZ betreft, gelden voor andere aanbestedende diensten dezelfde wettelijke regels, die bovendien nog strikter worden, met de laatste wetswijziging. Men moet inschrijvers die niet in orde zijn weigeren. Ook onder de Europese drempel (vroeger 'kon' men ze uitsluiten op basis van RSZ-schulden, maar het was niet verplicht).
>
> En anderzijds zal ik nooit een bedrijf bijstaan een offerte in te dienen. Ook daar kan er dus geen belangenconflict ontstaan, omdat ik meer informatie zou verstrekken aan één van de inschrijvers, of omdat ik een offerte waar ik zelf aan meegewerkt zou hebben, zou moeten beoordelen.
>
> Hoewel mijn actiedomein parallel zal lopen met mijn taak bij de RSZ, blijven beide 'carrières' strikt gescheiden. Alleen de opgedane kennis en ervaring zal aanvullend zijn. Ik doe in zekere zin 'hetzelfde', maar de aankoopdossiers van de RSZ kunnen niets te maken hebben met die van mijn klanten. Net zo min als bijvoorbeeld informaticatoepassingen die een van onze personeelsleden van de directie informatica in zijn vrije tijd zou ontwikkelen en verkopen, aanleiding zouden geven tot belangenconflicten ten opzichte van de RSZ, gewoon omdat die persoon ook voor de RSZ programmeert.
>
> Er is een enorm verschil met bijvoorbeeld extern advies geven over de toepassing van de wetgeving sociale zekerheid, omdat de betrokken ambtenaar adviezen zou kunnen geven die tegen de belangen van de RSZ ingaan, door aanwijzingen te geven over de tekortkomingen in de reglementering of

achterpoortjes. Bovendien bestaat daar de mogelijkheid tot rechtstreeks ingrijpen in het dossier van de betrokken werkgever bij de RSZ. De RSZ kan echter geen enkel belang in aankoopdossiers van andere aanbestedende diensten laten gelden. Ik kan op geen enkel manier enige invloed hebben op het dossier van een aanbestedende dienst bij de RSZ, zelfs indien deze toevallig ook als werkgever zou ingeschreven zijn.

Bovendien is het in het voordeel van de RSZ als andere aanbestedende diensten hun gunningsprocedures correct voeren (en de uitvoering van de opdrachten correct afdwingen). Als de bedrijven vertrouwen hebben dat hun offerte in het kader van een overheidsopdracht correct zal behandeld worden, en dat de enige mogelijkheid gekozen te worden het indienen is van een goede offerte, zullen ze ook meer geneigd zijn het spel volgens de regels te spelen. Dit zal de kwaliteit van de offerten die ook de RSZ ontvangt, ten goede komen. Op deze wijze kunnen de werkingskredieten of investeringskredieten van de RSZ efficiënter aangewend worden.

Ik heb trouwens beslist op zelfstandige basis te beginnen, net om te vermijden dat een mogelijke werkgever me onder druk zou kunnen zetten handelingen te verrichten die niet in overeenstemming zijn met mijn integriteit als ambtenaar (of met mijn integriteit zonder meer).

En, zoals ik reeds formeel beloofd heb: de cumulatie-activiteit zal plaatsvinden buiten mijn actieve dienst. Ook daar kan de RSZ geen nadeel ondervinden. In tegendeel, de mogelijkheid mij verder te ontwikkelen buiten mijn functie bij de RSZ, zal een motivatie zijn mijn kennis en kunde te blijven opbouwen en te delen met anderen die in dit vakgebied actief zijn, en op wiens kennis ik, indien nodig, eveneens een beroep zal kunnen doen."

3.6. In zijn advies van 12 januari 2010 formuleert het Bureau voor Ambtelijke Ethiek en Deontologie een aantal bezwaren voor wat betreft het risico op een belangenconflict.

3.7. Op 22 februari 2010 onderzoekt het directiecomité opnieuw de cumulatieaanvraag aan de hand van het advies van het Bureau voor Ambtelijke Ethiek en Deontologie. Het directiecomité sluit zich aan bij de bezwaren in dit advies. Dit is de tweede bestreden beslissing.

3.8. Op 3 maart 2010 beslist de administrateur-generaal de cumulatieaanvraag van de verzoekster te weigeren. Dit is de eerste bestreden beslissing, die als volgt gemotiveerd is:

"[…] De volgende argumenten werden door het Bureau voor Ambtelijke Ethiek en Deontologie aangehaald om aan te tonen dat, als de activiteit in

cumulatie zou worden uitgeoefend, er een risico op een belangenconflict bestaat:

- de activiteit uitgeoefend in cumulatie is van dezelfde aard als uw huidige beroepsactiviteit, wat het risico inhoudt dat de beide activiteiten met elkaar vermengd worden en er dus een belangenconflict ontstaat;
- een cumulatieactiviteit gebaseerd op de technische knowhow eigen aan een belangrijke activiteit in de Instelling, in casu de openbare aanbestedingen, draagt een eventueel belangenconflict in zich;
- de RSZ zou de activiteit in cumulatie met veel omzichtigheid eventueel kunnen toestaan als ze er zelf voordeel uit zou halen; dit voordeel blijkt geenszins uit uw aanvraag;
- om uw expertise inzake openbare aanbestedingen op te bouwen, hebt u relevante vakopleidingen gevolgd die door de RSZ gefinancierd werden; er is een reëel belangenconflict als u die expertise dan zomaar voor eigen rekening ter beschikking stelt van derden;
- het risico bestaat dat de hulpmiddelen van de RSZ (zoals databanken, juridische analyses, interne informatie, professionele fiches, bevoorrechte informatie) gebruikt worden voor privé-doeleinden, en het is voor de RSZ moeilijk na te gaan of de activiteiten uitgeoefend tijdens de diensturen betrekking hebben op uw functie in de RSZ dan wel activiteiten zijn die u in cumulatie uitoefent (de beide activiteiten zijn immers identiek van aard);
- kleine organisaties of gesubsidieerde organen waarvoor u in cumulatie zou werken, zouden zich gerustgesteld kunnen voelen door de technische ‘aura’ van de RSZ inzake openbare aanbestedingen;
- een producent die, in het kader van een openbare aanbesteding van de RSZ, producten of diensten levert aan onze instelling, kan dezelfde zijn als de producent die levert in het kader van een openbare aanbesteding gedaan door een van uw toekomstige klanten, wat op zijn minst ook een belangenconflict kan inhouden.

Het Directiecomité heeft de bovenstaande argumenten in zijn zitting van 22 februari 2010 onderzocht en tot de zijne gemaakt. Ik meen dan ook dat ik op basis van de bovenstaande argumenten geen gunstig gevolg kan geven aan uw cumulatie-aanvraag.”

De eerste bestreden beslissing wordt op 8 maart 2010 meegedeeld aan de verzoekster, die tekent voor ontvangst. Tezelfdertijd wordt haar een afschrift meegedeeld van het advies van het Bureau voor Ethiek en Administratieve Deontologie.

3.9. In een aangetekende brief van 9 maart 2010, gericht aan de administrateur-generaal, stelt de verzoekster dat haar cumulatieaanvraag ambtshalve werd goedgekeurd overeenkomstig artikel 12, § 4, van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het Rijkspersoneel,

aangezien er geen beslissing is genomen binnen twee maanden of -indien bijkomende informatie wordt gevraagd- drie maanden na het indienen van de aanvraag.

3.10. In een e-mailbericht van 15 maart 2010, gericht aan de administrateur-generaal, laat de verzoekster weten dat zij haar aangetekende brief van 9 maart 2010 wenst in te trekken. Zij stelt dat zij de aangehaalde argumenten in eerste instantie aanvoelde alsof haar oprechte bedoelingen in twijfel werden getrokken, waardoor zij de zaken wellicht scherper stelde dan noodzakelijk, waarvoor zij zich verontschuldigt.

3.11. In een brief van 22 maart 2010, gericht aan de verzoekster, geeft de administrateur-generaal nadere toelichting bij de gevolgde werkwijze. Hij wijst erop dat het Directiecomité onder meer moet nagaan of de beoogde cumul risico's inhoudt inzake belangenvermenging of zelfs de schijn daarvan, en dit vanuit het oogpunt van de medewerker en van externen zoals klanten en leveranciers. Om het dossier zo juist mogelijk te beoordelen, werd het voorgelegd aan het Bureau voor Ambtelijke Ethiek en Deontologie.

3.12. In een aangetekende brief van 23 maart 2010, gericht aan de administrateur-generaal, verduidelijkt de verzoekster dat zij bereid blijft om over de vrees voor belangenvermenging van gedachten te wisselen. Zij uit tevens haar bereidheid om in uitzonderlijke gevallen in samenspraak met haar hiërarchie tijdelijke maatregelen te overwegen om elke vorm van onverenigbaarheid uit te sluiten.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunten van de partijen

4. De verwerende partij werpt op dat het beroep tot nietigverklaring onontvankelijk is in zoverre het gericht is tegen de tweede

bestreden beslissing. De beslissing tot weigering van de cumulatiemachtiging is genomen door de voorzitter van het directiecomité, overeenkomstig artikel 12, § 4, van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het Rijkspersoneel. De bespreking van het advies van het Bureau voor Ambtelijke Ethiek en Deontologie op de vergadering van het directiecomité van 22 februari 2010 maakt slechts een voorbereidende handeling uit en is niet voor vernietiging vatbaar.

5. De verzoekster gaat niet in op deze exceptie.

Beoordeling

6. Aangezien beslissingen over het verlenen of weigeren van een machtiging tot cumulatie overeenkomstig artikel 12, § 4, van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 in beginsel door de voorzitter van het directiecomité worden genomen, zonder dat die ertoe gehouden is voorafgaandelijk advies in te winnen van het directiecomité of van enige andere instantie, is de bespreking van de aanvraag tot cumulatie op de vergadering van het directiecomité van 22 februari 2010 een voorbereidende handeling die de voorzitter van het directiecomité geenszins bindt en die de rechtspositie van de verzoekster niet beïnvloedt. De omstandigheid dat de voorzitter van het directiecomité uit eigen beweging het standpunt van het directiecomité vraagt vooraleer hij beslist over de aanvraag tot cumulatie, neemt niet weg dat de “beslissing” van het directiecomité van 22 februari 2010 een louter voorbereidende handeling is die niet op ontvankelijke wijze met een beroep tot nietigverklaring kan worden aangevochten.

Het beroep is onontvankelijk in zoverre het is gericht tegen de tweede bestreden beslissing. De eerste bestreden beslissing wordt hierna aangeduid als “de bestreden beslissing”.

V. Onderzoek van de middelen

A. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een tweede middel wordt de schending aangevoerd van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het zorgvuldigheidsbeginsel en van het motiveringsbeginsel.

De verzoekster argumenteert dat de administrateur-generaal in de bestreden beslissing de overwegingen uit het advies van het Bureau voor Ambtelijke Ethiek en Deontologie overneemt en tot de zijne maakt. Die motivering kan evenwel de weigering van de cumulatiemachtiging niet rechtvaardigen. De verzoekster heeft in haar brief van 10 november 2009 argumenten weergegeven om haar cumulatieaanvraag in te willigen. In een brief van 23 december 2009 heeft ze daar nog een aantal argumenten aan toegevoegd en is zij ook ingegaan op het vermeende risico van een belangenconflict.

Het eerste onderdeel van de motivering van de bestreden beslissing houdt in dat de activiteit uitgeoefend in cumulatie van dezelfde aard is als de huidige beroepsactiviteit van de verzoekster, wat het risico inhoudt dat de beide activiteiten met elkaar vermengd worden en er dus een belangenconflict ontstaat. Deze argumentatie is volgens de verzoekster onduidelijk: ofwel wordt er gerefereerd aan het risico dat zij haar aanvullende activiteit tijdens haar werkuren uitoefent, hetgeen haar op straffe van tuchtsancties verboden is; ofwel wordt gesteld dat de gezamenlijke uitoefening van haar zelfstandige activiteit en van haar ambt hoe dan ook een belangenconflict inhoudt, hetgeen concreet niet mogelijk is omdat de verzoekster steeds aan de kant van de aanbestedende overheden zal staan.

Het tweede onderdeel van de motivering komt erop neer dat een cumulatieactiviteit die gebaseerd is op een technische knowhow een eventueel belangenconflict in zich draagt. Het valt evenwel niet in te zien hoe deze knowhow concreet een risico van een belangenconflict zou kunnen inhouden.

In een derde onderdeel van de motivering wordt gesteld dat niet blijkt dat de cumulatie, zelfs indien met veel omzichtigheid toegestaan, enig voordeel voor de verwerende partij zou opleveren. Het spreekt echter voor zich dat de verscheidenheid aan situaties die de verzoekster buiten haar kantooruren zal ontmoeten, ook haar kennis inzake openbare aanbestedingen ten goede zal komen, hetgeen ook een meerwaarde inhoudt voor de verwerende partij.

Een vierde onderdeel van de motivering betreft het ter beschikking stellen voor eigen rekening van expertise die opgebouwd is door opleidingen waarin de verwerende partij heeft geïnvesteerd. Die opleiding, die neerkomt op het equivalent van een maandwedde, is evenwel nooit ten nadele gegaan van het werk dat de verzoekster toentertijd uitoefende en is inmiddels al vijf jaar geleden.

In een vijfde onderdeel wordt verwezen naar het risico dat de verzoekster infrastructuur van de verwerende partij zou benutten voor privédoeleinden en dat het moeilijk is te controleren of de verzoekster zich tijdens haar diensturen niet inlaat met privéactiviteiten, aangezien die identiek van aard zijn. De verzoekster heeft de verwerende partij niet alleen reeds tweemaal gerustgesteld op dit punt, maar bovendien kan men haar geen beroepsfouten verwijten die ze nog niet heeft begaan.

In een zesde onderdeel wordt gesteld dat de klanten van de verzoekster zich gerustgesteld zouden kunnen voelen door de “technische aura” van de verwerende partij inzake openbare aanbestedingen. De verzoekster heeft

evenwel niet de bedoeling om reclame te maken door haar hoedanigheid van ambtenaar bij de verwerende partij te gebruiken.

Een zevende onderdeel betreft het belangenconflict dat zou ontstaan indien een producent zowel voor een klant van de verzoekster als voor de verwerende partij wordt uitgekozen naar aanleiding van een openbare aanbesteding. Een producent zal een openbare aanbesteding in beide gevallen enkel toegewezen kunnen krijgen met eerbiediging van de van kracht zijnde reglementering.

Hieruit blijkt dat de motivering van de bestreden beslissing geen rekening houdt met de opmerkingen en de toelichting van de verzoekster en dus niet draagkrachtig is. Er is ook niet overgegaan tot een volledig en zorgvuldig onderzoek van de omstandigheden van de cumulatieaanvraag.

8. In haar memorie van wederantwoord voegt de verzoekster daar nog aan toe dat in het advies van het Bureau voor Ambtelijke Ethiek en Deontologie wordt gesteld dat er geen juridische redenen zijn om de cumulatieaanvraag te weigeren, tenzij indien het bestaan van een belangenconflict kan worden aangetoond, en dat de risico's op het bestaan van een dergelijk belangenconflict moeten worden ingeschat door de overheid die beslist over de cumulatieaanvraag. Op het einde van het advies wordt ook gewag gemaakt van een "eventueel" belangenconflict. Aangezien de bestreden beslissing geen analyse heeft gemaakt van het effectief voorhanden zijn van een belangenconflict, ligt een schending voor van het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekster stipt ook aan dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord nalaat te antwoorden op de weerlegging van de motieven in het verzoekschrift. Die motieven zijn overigens op één uitzondering na gebaseerd op de argumenten die de verzoekster aanhaalde in haar cumulatieaanvraag. Daarbij worden haar argumenten evenwel niet beantwoord, maar enkel genegeerd. Zo wordt niet uiteengezet hoe "activiteiten met elkaar

vermengd" kunnen raken. De verzoekster ziet alleszins niet in hoe dit mogelijk zou zijn, aangezien het gaat om verschillende overheden met verschillende aankoopdossiers. De verzoekster verklaarde zelf dat de verwerende partij nooit betrokken kan zijn bij een procedure waarin de verzoekster een andere aanbestedende overheid bijstaat. De verwerende partij toont het tegendeel niet aan, maar beweert enkel dat dit noodzakelijk het geval zou zijn omdat de activiteit in cumulatie van dezelfde aard is als de beroepsactiviteit.

De stelling van de verwerende partij dat overheidsopdrachten een technische knowhow veronderstelt die eigen is aan een belangrijke activiteit in de instelling, gaat niet op, aangezien de regeling ter zake grotendeels gebaseerd is op Europees recht en gemeenschappelijk is voor elke aanbestedende overheid in België. De verwerende partij verliest ook niet de investering die zij heeft gedaan in de opleiding die de verzoekster heeft gevolgd. Overigens zou niets haar verhinderen om de instelling definitief te verlaten en de verworven kennis elders aan te wenden. De databanken die ze gebruikt in haar functie van ambtenaar zijn voor de meeste aanbestedende overheden en in een aantal gevallen voor elke burger vrij beschikbaar. De verzoekster benadrukt dat zij haar functie bij de verwerende partij en haar activiteit als onafhankelijk consulent strikt gescheiden wil houden. Ten slotte valt niet in te zien hoe een belangenconflict kan ontstaan indien één leverancier of dienstverlener zowel voor de verwerende partij als voor een klant van de verzoekster zou worden geselecteerd. Tenzij indien er een klaarblijkelijke band zou bestaan tussen de verzoekster en die leverancier of dienstverlener kan er geen probleem rijzen, aangezien de gunning van een overheidsopdracht door de aanbestedende overheid gebeurt met eerbiediging van de relevante regelgeving.

Beoordeling

9. De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen verplichten de overheid in

de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op een “afdoende” wijze.

Dat de motivering “afdoende” moet zijn impliceert enerzijds dat de opgelegde motivering in rechte en in feite evenredig moet zijn met het belang van de genomen beslissing, en anderzijds dat zij draagkrachtig moet zijn, dit is dat de motieven de beslissing moeten kunnen dragen. De beslissing dient duidelijk de redenen te vermelden waarop de overheid haar beslissing steunt.

Om uit te maken of aan de door de wet van 29 juli 1991 opgelegde formele motiveringsverplichting is voldaan, kan enkel rekening worden gehouden met de motieven uiteengezet in de beslissing zelf. Een motivering door verwijzing naar andere stukken is evenwel een afdoende motivering, indien de inhoud van het stuk waarnaar wordt verwezen aan de bestuurde ter kennis is gebracht, dit stuk zelf afdoende gemotiveerd is, de voorstellen of adviezen in de uiteindelijke beslissing worden bijgevallen én er geen tegenstrijdige adviezen zijn.

Overeenkomstig het beginsel van de materiële motiveringsplicht moeten er voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven bestaan, wat onder meer inhoudt dat die motieven steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld.

De zorgvuldigheidsplicht bij de feitenvinding impliceert dat het bestuur slechts na een behoorlijk onderzoek van de zaak en met kennis van alle relevante gegevens een beslissing mag nemen.

10. Het gegeven dat in de bestreden beslissing wordt gesteund op de overwegingen in het advies van het Bureau voor Ambtelijke Ethiek en Deontologie, houdt op zich beschouwd geen schending in van de voormelde motiveringsplicht of van de zorgvuldigheidsplicht. Uit de bestreden beslissing

blijkt immers dat de administrateur-generaal deze motieven heeft overgenomen en tot de zijne gemaakt. De verzoekster bevestigt overigens dat zij een kopie heeft ontvangen van het betrokken advies.

11. De overheid die weigert een cumulatieaanvraag in te willigen, moet niet aantonen dat de beoogde nevenactiviteit noodzakelijk zal leiden tot belangenconflicten. Het inwilligen van een cumulatieaanvraag overeenkomstig artikel 12 van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het Rijkspersoneel betekent niet dat zich geen belangenconflicten meer kunnen voordoen, bedoeld in artikel 9 van hetzelfde besluit. De overheid vermag evenwel te oordelen dat een beoogde nevenactiviteit een verhoogd risico inhoudt op belangenconflicten en dat een cumulatieaanvraag om die reden niet kan worden ingewilligd. Anders dan de verzoekster voorhoudt, moet de overheid die beslist over de cumulatieaanvraag dan ook geen analyse maken voor het daadwerkelijk voorhanden zijn van een belangenconflict.

In de bestreden beslissing worden verscheidene uiteenlopende redenen vermeld om de cumulatieaanvraag niet in te willigen, waarbij herhaaldelijk wordt gesteund op het risico van belangenconflicten. De verwerende partij vermocht aan een dergelijk risico een groter belang te hechten voor de specifiek beoogde nevenactiviteit, die neerkomt op het begeleiden van aanbestedende diensten bij gunningprocedures voor overheidsopdrachten, dan voor andere nevenactiviteiten waarvoor een cumulatiemachtiging wordt gevraagd.

De motivering van de bestreden beslissing verwijst naar verscheidene specifieke en concrete aspecten van de functie van de verzoekster als aankoopambtenaar enerzijds en van haar beoogde nevenactiviteit als consulent inzake overheidsopdrachten anderzijds. Anders dan de verzoekster voorhoudt, kan in de gegeven omstandigheden niet worden besloten tot een onvolledig of onzorgvuldig onderzoek van de omstandigheden van de cumulatieaanvraag.

12. Voor wat betreft de concrete beoordeling van de wenselijkheid van de machtiging tot cumulatie wordt er in de bestreden beslissing vooreerst op gewezen dat de aard van de beroepsactiviteit en van de beoogde nevenactiviteit dezelfde is, hetgeen tot belangenconflicten kan leiden. Meer concreet wordt daarbij onder meer gerefereerd aan de mogelijkheid dat een producent die op grond van een openbare aanbesteding producten of diensten levert aan de verwerende partij, dezelfde kan zijn als een producent die wordt geselecteerd door één van de klanten van de verzoekster. Tevens wordt erop gewezen dat het buiten de instelling toepassen van technische expertise inzake overheidsopdrachten die door de verzoekster specifiek verworven is binnen de instelling waaraan zij verbonden is, tot belangenconflicten kan leiden. Ook de intrinsieke moeilijkheid van de controle van het gebruik van middelen en tijd van de verwerende partij voor de beoogde nevenactiviteiten wordt in de overwegingen betrokken.

De kritiek van de verzoekster op deze argumentatie komt er in wezen op neer dat de zo-even geschetste risico's van belangenconflicten zich niet kunnen voordoen omdat het gaat om andere aanbestedingsprocedures voor andere overheden, omdat de verzoekster in beide activiteiten aan de kant van de aanbestedende overheid staat en omdat de aanbestedingsprocedures enkel de toepassing van een reglementering inhouden waarover uiteindelijk de aanbestedende overheid beslist. Tevens stelt de verzoekster dat het misbruik van middelen en tijd van de verwerende partij een beroepsfout zou inhouden waarvan zij niet bij voorbaat kan worden beticht.

Ook al kan die kritiek tot op zekere hoogte pertinent lijken, toch komt ze in wezen neer op een andere zienswijze omtrent het risico van belangenconflicten dan de beoordeling van de overheid die over de cumulaanvraag heeft beslist. Die laatste beoordeling kan alleszins niet kennelijk onredelijk worden genoemd, mede gelet op de onzekerheid van deze overheid

omtrent de concrete wijze waarop de verzoekster haar nevenactiviteit zou opvatten indien ze een cumulatiemachtiging zou hebben verkregen.

13. De overige door de verzoekster bekritiseerde onderdelen van de motivering betreft overwegingen die, ook indien de kritiek van de verzoekster terecht zou zijn, ondergeschikt zijn aan de zo-even aangehaalde overwegingen met betrekking tot de risico's van belangenconflicten, die op zich beschouwd in rechte en in feite aanvaardbaar zijn en een voldoende grond vormen voor de bestreden beslissing.

14. Anders dan de verzoekster voorhoudt, moet de overheid die beslist over de cumulatieaanvraag, niet punt per punt op haar argumentatie antwoorden bij het nemen van de bestreden beslissing. Uit de bestreden beslissing moet wel blijken dat de argumentatie van de verzoekster mee werd betrokken bij de boordeling van de cumulatieaanvraag en waarom deze argumentatie niet werd aanvaard.

Te dezen blijkt de argumentatie van de verzoekster in hoofdzaak neer te komen op een andere appreciatie van de risico's en de mogelijke nadelen van een cumulatie dan op een weerlegging ervan. De omstandigheid dat de overheid op niet kennelijk onredelijke gronden die risico's en nadelen anders beoordeelt dan de verzoekster, kan allerminst worden gelijkgesteld met het "negeren" van de argumentatie van de verzoekster. Voorts blijkt dat de meeste van de argumenten van de verzoekster, zoals zij die in de begeleidende brief bij haar cumulatieaanvraag en in haar twee latere e-mailberichten uiteenzet, betrekking hebben op dezelfde thema's als diegene die in de motivering van de bestreden beslissing voorkomen, zij het dan dat in de bestreden beslissing hieromtrent een andere en, zoals hiervoor uiteengezet, niet kennelijk onredelijke zienswijze wordt ingenomen.

15. Het tweede middel is niet gegrond.

B. Eerste middel

Standpunt van de partijen

16. In een eerste middel wordt de schending aangevoerd van artikel 12 van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937. Tevens wordt machtsoverschrijding aangevoerd, meer bepaald de onbevoegdheid van de steller van de akte.

De verzoekster argumenteert dat de bestreden beslissing is genomen op 3 maart 2010, bijna vier maanden nadat zij haar aanvraag tot cumulatie had ingediend. Overeenkomstig artikel 12 van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 beschikte de verzoekster over een ambtshalve cumulatiemachtiging sinds 3 februari 2010. De gevraagde machtiging kon haar bijgevolg niet meer worden geweigerd vanaf die datum. De bestreden beslissing moet dan ook worden vernietigd, zodat de verzoekster gemachtigd is de beoogde nevenactiviteit uit te oefenen.

17. De verwerende partij antwoordt dat de aanvraag van de cumulatiemachtiging valt onder het algemene verbod van artikel 9 van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937. Dit verbod voor de ambtenaar om zich te plaatsen in een toestand van belangenconflicten gaat voor op eventuele machtigingen die de verwerende partij kan verlenen en op de termijnen bedoeld in artikel 12 van hetzelfde besluit. Zelfs indien de overheid gehouden zou zijn om de machtiging ambtshalve te verlenen, moet zij nog steeds het voormelde artikel 9 eerbiedigen. De vermeende gebonden bevoegdheid in hoofde van de administrateur-generaal op grond van artikel 12, § 4, derde lid, van het voormelde besluit kan met andere woorden geen afbreuk doen aan de algemene beginselen van artikel 9, die van openbare orde zijn.

De zelfstandige activiteit die de verzoekster wenst uit te oefenen, geeft aanleiding tot belangenconflicten met haar functie als

aankoopambtenaar. Er kan dan ook geen cumulatiemachtiging voor worden verleend, ook niet ambtshalve.

18. In haar memorie van wederantwoord stelt de verzoekster vooreerst dat de door haar beoogde nevenactiviteit geenszins een belangenconflict doet ontstaan. Er is geen reden om artikel 9 van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 te laten voorgaan op artikel 12 van hetzelfde besluit, aangezien artikel 9 niet van openbare orde is. Beide bepalingen moeten op gelijke wijze worden nageleefd. Overeenkomstig artikel 12 moet de cumulatie worden toegestaan, met dien verstande dat de overheid van mening mag zijn dat de uitoefening van de gewenste activiteit artikel 9 miskent en dat zij bijgevolg elke maatregel mag nemen die zij noodzakelijk acht.

Het Bureau voor Ambtelijke Ethiek en Deontologie vestigde in zijn advies overigens zelf de aandacht op de toepasselijkheid van artikel 12, § 4, tweede lid, van het voormelde besluit.

In ondergeschikte orde stelt de verzoekster dat, indien artikel 9 van het voormelde besluit toch voorrang zou hebben op artikel 12, het aangewezen is om het eerste middel te onderzoeken in het licht van het tweede middel. Als immers na onderzoek van het tweede middel blijkt dat er geen belangenconflict is, zou de argumentatie van de verwerende partij met betrekking tot het eerste middel niet langer relevant zijn.

Beoordeling

19. Artikel 9 van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 luidt als volgt:

> "Art. 9. § 1. De rijksambtenaar plaatst zich niet en laat zich niet plaatsen in een toestand van belangenconflicten, dit wil zeggen in een toestand waarin hij door zichzelf of door een tussenpersoon een persoonlijk voordeel heeft dat van die aard is om de onpartijdige en objectieve uitoefening van zijn ambt te beïnvloeden of de gewettigde verdenking te doen ontstaan van zulke invloed.

§ 2. Wanneer een ambtenaar van oordeel is dat hij een belangenconflict heeft of vreest te hebben, brengt hij zijn hiërarchische meerdere hierover onmiddellijk op de hoogte. Deze verleent hem hiervan schriftelijk akte.

In geval van een erkend belangenconflict, neemt de hiërarchische meerdere de passende maatregelen om er een einde aan te stellen.

De rijksambtenaar kan op elk ogenblik schriftelijk om het advies van de voorzitter van het directiecomité, of van diens afgevaardigde, vragen over een toestand waarin hij zich in de toekomst zou kunnen bevinden, dit om te weten of deze de oorzaak zou kunnen zijn van een belangenconflict. Het advies wordt hem schriftelijk verstrekt binnen de maand."

Artikel 12 van hetzelfde besluit luidt als volgt:

"Art. 12. [...] § 3. Wanneer hij het nodig acht, vraagt de hiërarchische meerdere aan de ambtenaar bijkomende informatie of verantwoordingsstukken.

De hiërarchische meerdere zendt de vraag, langs hiërarchische weg, met zijn beoordeling, aan de voorzitter van het directiecomité of aan zijn afgevaardigde.

De voorzitter van het directiecomité of zijn afgevaardigde, vraagt wanneer hij het nodig acht, aan de ambtenaar bijkomende informatie of verantwoordingsstukken.

§ 4. De beslissing de machtiging tot cumulatie te verlenen of te weigeren wordt genomen door de voorzitter van het directiecomité. Hij kan die bevoegdheid delegeren behalve voor de titularissen van de management- en staffuncties.

De beslissing de machtiging tot cumulatie te verlenen of te weigeren wordt genomen door de Minister indien de aanvraag uitgaat van de voorzitter van het directiecomité.

Bij gebreke aan een beslissing binnen de twee maanden na de aanvraag, wordt de machtiging voor cumulatie ambtshalve verleend. De termijn wordt op drie maanden gebracht als gebruik wordt gemaakt van § 3, eerste en derde lid.

[...]".

20. De verzoekster heeft de aanvraag tot cumulatiemachtiging ingediend op 4 november 2009. De bestreden beslissing werd genomen op 3 maart 2010, vier maanden na de aanvraag.

In een e-mailbericht van 23 december 2009 vraagt de hiërarchische meerdere van de verzoekster om bijkomende argumentatie waarom

er volgens haar geen belangenconflict ontstaat of zal ontstaan. Aangenomen dat deze vraag beschouwd kan worden als een vraag om bijkomende informatie in de zin van artikel 12, § 3, van het voormelde besluit, moest de beslissing over de aanvraag uiterlijk op 3 februari 2010 worden genomen. Aangezien de bestreden beslissing eerst op 3 maart 2010 werd genomen, moet met de verzoekster worden vastgesteld dat zij op grond van artikel 12, § 4, derde lid, van het voormelde besluit van rechtswege beschikt over een machtiging tot cumulatie.

De termijn bedoeld in de laatst aangehaalde bepaling moet begrepen worden als een vervaltermijn en niet als een termijn van orde, aangezien uit de bewoordingen van artikel 12 duidelijk kan worden afgeleid dat het louter verstrijken van de betrokken termijn rechtsgevolgen heeft, met name het verlenen van de gevraagde machtiging tot cumulatie. Aangezien hierdoor een beslissing is genomen, zij het van rechtswege, over de aanvraag, verliest de overheid die binnen de betrokken termijn een beslissing had kunnen nemen, de bevoegdheid om alsnog te beslissen over de cumulatieaanvraag.

21. Anders dan de verwerende partij voorhoudt, kan de bestreden beslissing niet gesteund worden op artikel 9 van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937. Deze bepaling bevat een regeling met betrekking tot het voorkomen, het melden en het beëindigen van belangenconflicten. Artikel 9 heeft een algemene draagwijdte en geldt ook voor de gevallen waarin een machtiging tot cumulatie werd verleend. Daaruit kan echter allerminst worden afgeleid dat de bestreden beslissing beschouwd kan worden als een “passende maatregel” als bedoeld in artikel 9, § 2, tweede lid, die een weigering van de cumulatieaanvraag bedoeld in artikel 12 van het voormelde besluit zou kunnen inhouden. Er anders over oordelen zou betekenen dat de vervaltermijn, bedoeld in artikel 12, § 4, derde lid, zonder meer omzeild zou kunnen worden middels een beroep op artikel 9, § 2, tweede lid, hetgeen zou indruisen tegen de logica van de aangehaalde bepalingen.

22. Het eerste middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de administrateur-generaal van de RSZ van 3 maart 2010 om de cumulatieaanvraag van Carine Missiaen te weigeren (eerste bestreden beslissing).

De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

2. 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 7 november 2011, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Daniel Moons,	staatsraad,
Jeroen Van Nieuwenhove,	staatsraad,

bijgestaan door

Vera Wauters,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Vera Wauters **André Vandendriessche**