RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 220.192 van 5 juli 2012
in de zaak A. 198.426/XII-6429

In zake: Franciscus DE COCK
die woonplaats kiest te 2260 Westerlo
Hogeheide 12

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

Guy VAN HIRTUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wim Mertens en Marc Boes
kantoor houdend te 3580 Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep ingesteld op 4 december 2010, strekt tot de nietigverklaring van 1° het besluit van 16 september 2010 van de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand tot benoeming van G. Van Hirtum als burgemeester van Westerlo, 2° het advies van 31 augustus 2010 van de gouverneur van Antwerpen, en 3° de eedaflegging op 30 september 2010 door G. Van Hirtum als burgemeester.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 212.334 van 31 maart 2011 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

Guy Van Hirtum heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 11 mei 2011. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Iris Verheven heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 april 2012.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Verzoeker, die verschijnt, advocaat Pieter-Jan Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joris Gebruers, die loco advocaten Wim Mertens en Marc Boes verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Iris Verheven 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. G. Van Hirtum, sinds 1996 burgemeester van de gemeente Westerlo, wordt na de gemeenteraadsverkiezingen van 8 oktober 2006 als burgemeester voorgedragen. In zijn advies van 13 december 2006 stelt de gouverneur van de provincie Antwerpen voor de herbenoeming uit te stellen:

> "De voordrachtakte is ontvankelijk. Uit de inlichtingen, verstrekt door de Procureur-Generaal van Antwerpen, blijkt evenwel dat lastens de heer Van Hirtum een opsporingsonderzoek gevoerd wordt inzake milieu-inbreuken en mogelijke corruptie in dit verband. De Procureur des Konings van Turnhout deelde mij vertrouwelijk mee dat de kans reëel is dat de heer Van Hirtum zal worden vervolgd. In de gegeven omstandigheden is het aangewezen zijn herbenoeming te verdagen tot er meer duidelijkheid komt in deze zaak."

Bij arresten van 5 mei 2010 van het hof van beroep te Antwerpen wordt G. Van Hirtum vrijgesproken van de tenlastelegging van valsheid in geschrifte, respectievelijk veroordeeld wegens inbreuken uit 2003 en 2004 op de afvalstoffenreglementering, meer bepaald het achterlaten van grond. Het arrest stelt vast dat hij aan de algemene zorgvuldigheidsplicht is tekort gekomen. Strafrechtelijk wordt hem een geldboete met uitstel opgelegd. Tevens wordt hem, solidair met twee medebeklaagden, de verplichting opgelegd de achtergelaten afvalstoffen te verwijderen. Op burgerrechtelijk gebied wordt G. Van Hirtum solidair veroordeeld om aan verzoeker, die gemeenteraadslid te Westerlo is en zich namens de gemeente burgerlijke partij stelde, één euro morele schadevergoeding te betalen "nu de Gemeente geconfronteerd wordt met 3 van haar bestuurders die de milieuwetgeving bewust niet hebben nageleefd".

Aangezien alleen cassatieberoep werd ingesteld tegen de veroordeling en niet tegen de vrijspraak voor schriftvervalsing, adviseert het agentschap voor Binnenlands Bestuur in een schrijven van 8 juni 2010 aan de Vlaamse minister bevoegd voor Binnenlands Bestuur om de benoemings-procedure verder te zetten en een nieuw advies van de gouverneur te vragen.

Met een brief van 28 juli 2010 meldt G. Van Hirtum dat een uitspraak over het cassatieberoep "nog een hele tijd" op zich kan laten wachten. Hij verzoekt alvast om aan zijn voordracht een gunstig gevolg te willen geven en hem tot burgemeester te benoemen.

Op 11 augustus 2010 handhaaft het agentschap voor Binnenlands Bestuur zijn eerder advies bij brief van 8 juni 2010.

Op 13 augustus 2010 om een nieuw advies gevraagd, adviseert de gouverneur op 31 augustus 2010 de benoeming positief. Geoordeeld wordt dat de betrokkenheid van G. Van Hirtum bij de milieu-inbreuken "eerder als een 'passieve betrokkenheid' kan beschouwd worden" en dat door de vrijspraak voor valsheid in geschrifte, wat de zwaarste beschuldiging inhield, het belangrijkste bezwaar tegen zijn benoeming wegvalt. Dit is de tweede bestreden beslissing.

Het advies volgend, benoemt de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand op 16 september 2010 G. Van Hirtum tot burgemeester van Westerlo met ingang van diezelfde dag. Dit is de eerste bestreden beslissing, die wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 5 oktober 2010.

Op 30 september 2010 legt tussenkomende partij de eed af als burgemeester. Dit is de derde bestreden beslissing.

Op 11 januari 2011 verwerpt het Hof van Cassatie het voormelde cassatieberoep van G. Van Hirtum op strafrechtelijk gebied. Wel

vernietigt het Hof het arrest van het hof van beroep in zoverre het hem, op vordering van verzoeker in naam van de gemeente Westerlo, solidair veroordeelt tot betaling van een morele schadevergoeding van één euro.

IV. Belang

4. Verwerende en tussenkomende partijen betwisten dat verzoeker van het vereiste belang doet blijken. Onder meer wordt toegelicht dat verzoeker niet concreet zegt en staaft dat hij de roeping heeft om burgemeester te worden, dat hij weliswaar de rechtmatigheid van de benoeming van tussenkomende partij betwist maar dit neerkomt op een "pure *actio popularis*", en dat een functioneel belang ontbreekt vermits hij er niet in slaagt aan te tonen welke prerogatieven van zijn mandaat of van de gemeenteraad waartoe hij behoort, miskend zouden zijn.

5. Overeenkomstig artikel 59, § 1, van het gemeentedecreet wordt de burgemeester door de Vlaamse regering benoemd uit de verkozenen voor de gemeenteraad. Die kunnen daartoe kandidaten voordragen, maar de Vlaamse regering kan "te allen tijde om een nieuwe voordracht verzoeken". Verzoeker, gemeenteraadslid en als fractieleider van zijn partij naar eigen zeggen "de natuurlijke tegenkandidaat-burgemeester", doet bijgevolg terecht gelden dat "alle gemeenteraadsleden in beginsel roeping blijven hebben om benoemd te worden". Gelet op die principiële roeping, waarop verzoeker zich uitdrukkelijk beroept, mag hij geacht worden belang te hebben bij het annulatieberoep tegen de benoeming van een ander tot burgemeester.

De exceptie is ongegrond.

V. Ontvankelijkheid ratione materiae

6. Volgens verwerende partij is de tweede bestreden beslissing, het advies van de gouverneur, een voorbereidende handeling die niet als zodanig kan worden vernietigd. Tussenkomende partij is ook van die mening en acht

tevens de derde bestreden beslissing, de eedaflegging, niet voor vernietiging vatbaar.

7. Het advies van de gouverneur is een zuiver voorbereidende handeling. Kan zijn onwettigheid nuttig worden aangevoerd tegen de benoemingsbeslissing, zelf komt het advies niet voor vernietiging in aanmerking. In zoverre is de exceptie gegrond.

Wat de aanvechtbaarheid betreft van de eedaflegging, waardoor de benoeming effect kan sorteren en de wettelijke uitoefening van het ambt van burgemeester mogelijk wordt, blijft de Raad van State bij de zienswijze in het arrest nr. 19.029 van 30 mei 1978 dat ze in beginsel ontvankelijk tot voorwerp van een annulatieberoep kan worden gemaakt. Het is een zienswijze, overigens, die de verwerende partij in de laatste memorie expliciet bijvalt, daarbij overwegende "dat wanneer gevraagd wordt een benoemingsbesluit van burgemeester uit de rechtsorde te verwijderen, het ook mogelijk moet zijn om de eedaflegging uit de rechtsorde te doen verwijderen". In zoverre de exceptie de derde bestreden beslissing viseert, wordt ze dan ook verworpen.

VI. Ontvankelijkheid ratione temporis

8. Tussenkomende partij werpt op dat het beroep te laat is ingediend "zeker wat betreft de eerste bestreden beslissing". Zij is van oordeel dat verzoeker ten laatste op 24 september 2010 een voldoende kennis had van het bestaan en de draagwijdte van het besluit van 16 september 2010.

9. In haar verslag argumenteert de auditeur, ter verwerping van de exceptie, dat ook voor de besluiten die door de leden van de regering worden genomen ingevolge de delegatie krachtens artikel 69 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, de bekendmakingsregels van artikel 84 gelden, en dat de besluiten waarbij burgemeesters benoemd worden naar vast gebruik bekendgemaakt worden, wat er op wijst dat die bekendmaking

naar het oordeel van de overheid een karakter van openbaar nut heeft en wat de verwachting heeft gewekt dat benoemingen van burgemeesters in het Belgisch Staatsblad zullen worden bekendgemaakt, zodat met het instellen van het vernietigingsberoep mag worden gewacht tot de traditionele bekendmaking heeft plaatsgehad.

Tussenkomende partij spreekt dat niet tegen in een laatste memorie, die zij immers niet indient, en ook de Raad van State ziet geen reden ertoe om het anders te zien. De aangevochten benoeming gepubliceerd zijnde in het Belgisch Staatsblad van 5 oktober 2010, was de beroepstermijn nog niet verstreken toen er op 4 december 2010 het onderhavige beroep tegen werd ingesteld. De exceptie wordt verworpen.

VII. Grond van de zaak

Standpunt van verzoeker

10. Verzoeker leidt een *eerste middel* af uit de "Schending van de verplichting tot materiële en formele motivering en van de zorgvuldigheidsplicht". Zijns inziens is de voorbereiding van het benoemingsbesluit niet met de vereiste zorgvuldigheid gebeurd en volgt daaruit "dat de bestreden beslissingen zowel formeel als materieel, onvoldoende en onjuist gemotiveerd zijn".

In de eerste plaats bekritiseert verzoeker dat de gouverneur verzuimd heeft het advies van de procureur-generaal in te winnen ofschoon dit niet alleen gangbaar is, maar bovendien verplicht gesteld door "een verordenende ministeriële omzendbrief die met eigenlijke rechtsregels moet gelijkgesteld worden". Toegevoegd wordt dat "het laatste nuttige advies van het parketgeneraal dateert van de eerste (poging tot) voordracht in 2006" en dat er intussen, in de laatste vier jaar vóór de aangevochten benoeming, andere feiten kunnen zijn waarvan tussenkomende partij verdacht is geworden of waarvoor hij vervolgd of veroordeeld werd.

Voorts meent verzoeker dat “bepaalde onderdelen van de veroordeling [van tussenkomende partij] zoals de gerechtelijk opgelegde sanering van de vervuilde grond op eigen kosten, en de veroordeling wegens de toegebrachte morele schade op geen enkel moment hebben meegewogen in het advies van de gouverneur, of de administratieve voorbereidende beslissingen”. De nota’s van de administratie en van het advies van gouverneur geven blijk van een gebrek aan neutraliteit, en zijn tendentieus door, in verband met de moraliteit van de tussenkomende partij, de nadruk te leggen op de betichting waarvoor zij de vrijspraak bekwam (schriftvervalsing) en door de milieudelicten waarvoor zij veroordeeld werd impliciet als minder zwaarwegend te beschouwen.

11. In het verzoekschrift wordt in een *tweede middel* de schending aangevoerd van de omzendbrief BB-2006/17 van 27 oktober 2006, “die rechtstreeks afdwingbaar is”. Volgens de memorie van wederantwoord laten de termen van de omzendbrief “er geen enkele twijfel over bestaan dat de opportuniteit van de vraag tot advies aan de procureur-generaal niet kan geapprecieerd worden door de adviesverlenende gouverneur”. Alle stappen van de omzendbrief “dienen dan ook rigoureus gevolgd te worden”.

Verzoeker herhaalt in de laatste memorie dat de omzendbrief verordenend is op het stuk van het opvragen van het advies van de procureur-generaal. Ook verwijst hij nog naar “het hangend wetgevend initiatief die de rechtsonzekerheid moet wegnemen door ‘het inwinnen van het advies van de procureur-generaal’ in te schrijven in het gemeentedecreet zelf”. Ten slotte doet hij gelden dat hoe dan ook de omzendbrief moet “kunnen worden ingeroepen tegen de overheid die ze heeft opgesteld, wat een logische invulling is van het principe dat van een overheid mag verwacht worden dat ze haar eigen richtlijnen respecteert”.

Beoordeling

12. Met verzoeker wordt aangenomen dat het in verband met een zorgvuldige voorbereiding van het besluit tot benoeming van een burgemeester, tot de gangbare praktijk behoort om voorafgaandelijk het advies van de procureur-generaal over de voorgedragen kandidaat in te winnen.

De omzendbrief BB-2006/17 van 27 oktober 2006 van de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering (*BS* 24 november 2006), waarvan verzoeker de schending aanvoert, brengt dat aldus tot uiting:

> "De gouverneur wint ook het advies in van de procureur-generaal in van de procureur-generaal bij het hof van beroep van het rechtsgebied waarin de gemeente gelegen is. In dat advies moet minstens vermeld worden of er een informatie- of onderzoeksprocedure of gerechtelijke vervolgingen ten laste van de voorgedragen kandidaat-burgemeester hangende zijn.
> Als het advies van de procureur-generaal bij het hof van beroep te weinig preciseringen geeft over de ten laste gelegde feiten of over de ernst van een ingediende klacht, moet de gouverneur aanvullende inlichtingen aan het parket vragen."

Overigens is er, zoals verzoeker ter terechtzitting opmerkt, een wetgevend initiatief gaande om in het gemeentedecreet te doen inschrijven dat de gouverneur, die voor elke benoeming een omstandig advies moet uitbrengen over de geschiktheid van de kandidaat om het ambt van burgemeester te vervullen, "het advies in[wint] van de procureur bij het hof van beroep van het rechtsgebied waarin de gemeente van de kandidaat-burgemeester gelegen is" (*Parl.St.* Vl.Parl. 2011-2012, nr. 1467/5, 5). Verantwoord wordt: "Aangezien in sommige gevallen wel een advies van de gouverneur wordt gevraagd maar de gouverneur geen advies van de procureur-generaal bij het hof van beroep zou vragen, lijkt het wenselijk die bepalingen uit de omzendbrief BA 2006/17 van 27 oktober 2006 decretaal te verankeren."

13. Te dezen is er door de gouverneur ook effectief een advies over tussenkomende partij aan de procureur-generaal gevraagd.

In het advies van 7 december 2006 werd gewag gemaakt van twee opsporingsonderzoeken, een inzake milieu-inbreuken en een ander inzake "mogelijke corruptie in het kader van het bewuste milieudossier". Het advies bracht de gouverneur ertoe op 13 december 2006 zelf voor te stellen de herbenoeming van tussenkomende partij te verdagen "tot er meer duidelijkheid komt in deze zaak".

Het advies van 7 december 2006 is gevolgd door brieven van de procureur-generaal van 24 mei 2007 en 13 juli 2007, en brieven van 17 april 2008 en 6 mei 2008 van de procureur des Konings, waarmee de gouverneur over het verdere verloop van de betrokken zaken op de hoogte is gehouden.

Nadat tussenkomende partij bij arresten van 5 mei 2010 werd veroordeeld wegens inbreuken op de afvalstoffenreglementering, meer bepaald het achterlaten van grond, respectievelijk werd vrijgesproken van de tenlastelegging van valsheid in geschriften, vraagt de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand met een brief van 13 augustus 2010 om een nieuw advies aan de gouverneur.

In dit advies van 31 augustus 2010 wordt de benoeming van tussenkomende partij gunstig geadviseerd op grond van volgende motieven:

> "De heer Van Hirtum werd door zowel de Correctionele Rechtbank als door het Hof van Beroep van Antwerpen vrijgesproken voor de beschuldiging van valsheid in geschriften. Het parket tekende geen cassatieberoep aan tegen de vrijspraak. De termijn om in cassatieberoep te gaan tegen deze vrijspraak is tevens verstreken waardoor de vrijspraak voor de beschuldiging definitief is.
> Voor de milieu-inbreuken werd de heer Van Hirtum ook vrijgesproken door de Correctionele Rechtbank maar niet door het Hof van Beroep. Het Hof veroordeelde hem in hoofdzaak tot een geldboete of een vervangende gevangenisstraf. De heer Van Hirtum heeft evenwel cassatieberoep ingesteld tegen deze veroordeling.

> Zonder afbreuk te doen aan de ernst van de milieu-inbreuken, kan in casu uit het arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen een eerder formalistische betrokkenheid van de heer Van Hirtum worden afgeleid. Zo stelt het arrest dat 'De eerste beklaagde (dhr Van Hirtum) ondertekende en/of parafeerde uiteraard de gunning en de daaraan verbonden documenten (...)'.
> Door de vrijspraak voor valsheid in geschrifte, wat de zwaarste beschuldiging inhield zoals u ook stelt in uw brief van 13 augustus 2010, valt het belangrijkste bezwaar tegen de benoeming van de heer Van Hirtum mijn inziens weg.
> Voor wat betreft de inbreuken op het Afvalstoffendecreet is er nog geen finale uitspraak over de betrokkenheid van de heer Van Hirtum waarbij, zoals hierboven reeds gesteld, deze betrokkenheid eerder als 'een passieve betrokkenheid' kan beschouwd worden.
> Gelet op het voorgaande ben ik dan ook van oordeel dat het niet nodig is de heer Van Hirtum nog langer de benoeming tot burgemeester te ontzeggen."

Het benoemingsdossier wordt uiteindelijk met een brief van 10 september 2010 vanwege de administratie aan de Vlaamse minister voorgelegd. De brief bevat onder meer "de gebruikelijke gegevens van de kandidaat-burgemeester en van zijn gemeente", waaronder de vermelding, conform het uittreksel uit het strafregister van 25 augustus 2010 dat de tussenkomende partij met een brief van 28 juli 2010 bezorgde, dat haar strafregister geen veroordelingen vermeldt.

Op 16 september 2010 benoemt de Vlaamse minister de tussenkomende partij tot burgemeester.

14. Uit wat voorafgaat volgt dat het zonder belang is of de ministeriële omzendbrief van 27 oktober 2006, tenminste wat het inwinnen van het advies van de procureur-generaal betreft, al dan niet verordenend is of een richtlijn die de auteur zichzelf heeft opgelegd of een louter beleidsmatige leidraad. De omzendbrief blijkt immers hoe dan ook niet miskend.

Immers heeft de gouverneur zich wel degelijk laten voorlichten en adviseren door de procureur-generaal en heeft zij vanwege het parket klaarblijkelijk ook alle nuttige aanvullende inlichtingen verkregen over de

voortgang in de twee gesignaleerde dossiers. Niet zonder pertinentie merkt verwerende partij op dat het niet goed denkbaar is dat het parket en het parket-generaal “daarbij dan mogelijkerwijze zouden verzuimen om melding te maken van eventuele andere vervolgingen”.

Waar bovendien de minister bij het nemen van de aangevochten beslissing over een geüpdatet uittreksel uit verzoekers strafregister beschikte, mocht hij er in de gegeven omstandigheden geredelijk van uitgaan dat de door hem in acht te nemen zorgvuldigheid niet vereiste dat (door de gouverneur) nóg eens bij de procureur-generaal te rade werd gegaan.

15. Uit wat voorafgaat volgt eveneens dat de gouverneur bij het uitbrengen van haar advies van 31 augustus 2010 goed kennis had van de lastens tussenkomende partij uitgesproken arresten en dat zij die terdege in haar beoordeling heeft betrokken. Dat zij in haar advies niet expliciet is ingegaan op de veroordeling van tussenkomende partij, in het arrest van het hof van beroep, om de achtergelaten grond te verwijderen en tot betaling van een morele schadevergoeding van één euro aan verzoeker, optredend namens de gemeente, spreekt dat niet tegen. De veroordelingen tot verwijdering van de grond en tot het betalen van één euro morele schadevergoeding omdat de milieuwetgeving bewust niet is nageleefd, hangen rechtstreeks samen met, en zijn niet los te zien van, de door de gouverneur expliciet in aanmerking genomen veroordeling wegens “milieu-inbreuken”, te weten het achterlaten van de grond in strijd met de afvalstoffenreglementering.

16. Blijft het feit dat volgens verzoeker de gouverneur, en dus ook de Vlaamse minister die de gouverneur volgt, een andere afweging had moeten maken en namelijk meer belang en gewicht moest hebben toegekend aan de veroordeling van tussenkomende partij voor de milieudelicten.

Verzoeker mag dat vinden, maar hij kan er de Raad van State niet van overtuigen dat de gouverneur en de Vlaamse minister, door er een andere

mening op na te houden, de grenzen te buiten zijn gegaan van de ruime discretionaire beoordelingsbevoegdheid waarover zij in dat verband beschikken.

17. Zowel het eerste als het tweede middel zijn ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. Verzoeker wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 juli 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Dierk Verbiest**