

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 228.516 van 25 september 2014
in de zaak A 203.745/XII-6852**

In zake: Kristof DE CUYPER,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dominique Matthys
kantoor houdend te 9000 Gent
Opgeëistenlaan 8
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD HALLE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Lindemans
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 februari 2012, strekt tot de
nietigverklaring van:

“1.Het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de stad
Halle d.d. 12 augustus 2011, waarbij over het agendapunt ‘Personeel —
uitoefenen bijberoep — K. De Cuyper’ wordt beslist als volgt:

‘Enig artikel: Het college neemt kennis van de opstart van het bijberoep en
gaat akkoord met de voorwaarden om elke schijn van belangenvermenging
te vermijden’.

2.Het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de stad
Halle d.d. 23 december 2011, waarbij aangaande het zelfde agendapunt
wordt beslist:

‘Artikel 1: Kennis te nemen van het schrijven dd. 10 november 2011 van de
raadsman van de heer De Cuyper.

Artikel 2: Het standpunt ingenomen in collegezitting van 12 augustus 2011
te behouden waarbij gesteld werd dat elke schijn van belangenvermenging

maar vermeden kan worden als aan een aantal voorwaarden voldaan wordt””.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Jurgen Neuts 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 10 juni 2014.

Staatsraad Geert Debersaques heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Dominique Matthys en Els Gypen, loco advocaat Dominique Matthys, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Dirk Lindemans, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Jurgen Neuts 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. Verzoeker is diensthoofd ruimtelijke ordening bij de stad Halle.

Op 6 februari 2011 meldt hij aan het college van burgemeester en schepenen van de stad Halle “[zijn] intentie om een bijberoep uit te oefenen als zelfstandig stedenbouwkundig adviseur/consulent voor projecten/dossiers buiten het grondgebied van Groot-Halle”.

3.2. Op de mondelinge vraag tot verduidelijking van de directeur grondgebiedzaken van de stad Halle, omschrijft verzoeker op 26 februari 2011 zijn geplande bijberoep als volgt:

“[...]

Bijberoep houdt in:

Mijn deskundigheid inzake stedenbouw aanbieden aan derden zoals onder andere

- verduidelijken van voorschriften BPA's, RUP's, verkaveling
 - advies verlenen betreft wetgeving, omzendbrieven, uitvoeringsbesluiten, decreten, dossiersamenstelling, beroepsprocedures deputatie
 - adviseren bij het organiseren van en als spreker optreden tijdens infomomenten
 - plaatsbeschrijvingen, muurovernames, meldingen, premieaanvragen
 - organiseren en deelnemen aan vormingen gezien de complexiteit en steeds veranderende wetgeving. Praktijk en theorie komen samen aan bod
- Bijberoep houdt niet in: werfopvolging, opmaak van ontwerpen, uitgebreide dossiersamenstelling als zelfstandig architect en projecten/dossiers op grondgebied van Groot-Halle.

In een project waar stadsbestuur Halle een actieve partner is, treed ik niet op vanuit mijn bijberoep. Bv: gezamenlijk sporthalproject tussen Halle en buurgemeente op grondgebied van buurgemeente.”

3.3. Op 29 april 2011 besluit het college van burgemeester en schepenen van de stad Halle het volgende:

“Artikel 1: Het college stelt vast dat de [rechtspositieregeling] van de stad Halle geen weigering toelaat. Aan de personeelsdienst wordt gevraagd om de [rechtspositieregeling] op dit punt naar de toekomst te herzien.

Artikel 2: Het college sluit zich aan bij het negatief advies van het managementteam en adviseert aan [verzoeker], diensthoofd ruimtelijke ordening, om het bijberoep van zelfstandig stedenbouwkundig adviseur niet uit te oefenen.

Artikel 3: Indien de betrokkene het voorafgaand advies niet volgt wordt van hem een voorstel gevraagd van deontologische code in verband met de transparantie m.b.t. het bijberoep, inschatting van het omgaan met een mogelijke schijn van belangenvermenging, wat hij zal doen om deze te vermijden en hoe hij het probleem zal oplossen als het zich voordoet.”

3.4. Op 17 mei 2011 deelt verzoeker aan het college van burgemeester en schepenen mee dat “duidelijk [blijkt] dat geen enkele toepasselijke wettelijke noch reglementaire bepaling verbiedt een bijberoep als zelfstandige uit te oefenen” en dat hij “het bijberoep dan ook zal opstarten”. Hij verwijst nog naar zijn aan de directeur grondgebiedzaken op 26 februari 2011 (zie *supra*, punt 3.2.) gegeven verduidelijking om aan te geven “welke principes [hij] steeds in acht zal nemen bij de uitoefening van dit bijberoep, om in overeenstemming te blijven met de deontologische code [...] en andere reglementaire bepalingen [...] van de stad Halle”.

Op 26 mei 2011 laat het college van burgemeester en schepenen weten te zullen “onderzoeken of het schrijven van 26.02.2011 [...] tegemoet komt” aan de vraag tot het uitwerken van een deontologische code.

3.5. Op 12 augustus 2011 neemt het college van burgemeester en schepenen de volgende beslissing:

“PERSONEEL - Uitoefenen bijberoep K De Cuyper

Het College,

Aanleiding en doel

Uitoefening van een bijberoep door Kristof De Cuyper, diensthoofd ruimtelijke ordening, als zelfstandig adviseur en consultant voor projecten/dossiers buiten het grondgebied van Halle,
[...]

Advies en motivering

[...]

We betreuren de beslissing van Kristof om het advies van de stad niet te volgen maar hebben geen juridische middelen om hiertegen op te treden.

Toch blijven we ten eerste bezorgd over de bedreiging van de objectiviteit en de mogelijke belangenvermenging die er kan ontstaan.

Om die reden willen we de randvoorwaarden wat meer expliciet maken en aan het college ter beoordeling voorleggen.

Inspiratie vonden we ook in de omzendbrief van 6 juli 2011 betreffende de deontologische code voor de personeelsleden van de Vlaamse Overheid waaruit we citeren:

[...]

Het advies van VVSG stelde daarnaast expliciet dat een schijn van belangenvermenging vermijden enkel mogelijk is met volledige transparantie.

Het voorstel is om de uitoefening van het bijberoep naast de vermelde voorwaarden aan te vullen als volgt:

1. De medewerker presenteert zich in zijn beroep niet als medewerker van de stad Halle. Hij maakt zijn opdrachtgevers in zijn bijberoep duidelijk dat ze hem niet als personeelslid van de stad Halle mogen voorstellen.
2. Om in volle transparantie te werken bezorgt de medewerker zijn opdrachten en de namen van zijn opdrachtgevers onder gesloten omslag aan de secretaris.
3. Als de medewerker een dossier moet behandelen waar een opdrachtgever in zijn bijberoep bij betrokken is meldt hij dat aan de secretaris die kan oordelen om hem te laten vervangen.
4. Contacten met de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar worden bij de uitoefening van het bijberoep uitgesloten.

[...]

Besluit:

Enig artikel. Het college neemt kennis van de opstart van het bijberoep en gaat akkoord met de voorwaarden om elke schijn van belangenvermenging te vermijden.”

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.6. Bij brief van 10 november 2011 protesteert verzoeker via zijn raadsman tegen de voormelde beslissing. Hij doet daarbij het volgende gelden:

“Namens cliënt protesteer ik formeel tegen de inhoud van deze beslissing, die strijdig is met de van toepassing zijnde wettelijke regelgeving.

Het moge trouwens duidelijk zijn: de collegebeslissing bevat zelf de vaststelling dat de rechtspositieregeling van de Stad Halle geen weigering toelaat (art. 1, van de beslissing) en het is volstrekt onaanvaardbaar dat uw college in een beslissing zo ver gaat te stellen dat, niettegenstaande de meer dan tegemoetkomende initiatieven van cliënt zelf om duidelijk te maken dat hij er steeds zal over waken in de uitoefening van zijn bijberoep geen enkele handeling te stellen die zou kunnen wijzen op belangenvermenging en zelfs een schijn van belangenvermenging, de uitoefening van dit bijberoep toch zou moeten worden aangevuld met een aantal supplementaire voorwaarden, zoals opgenomen in het collegebesluit van 12 augustus 2011.

Deze bijkomende voorwaarden, met uitzondering van de eerste, die mijn cliënt als vanzelfsprekend beschouwt, kunnen niet worden aanvaard, omdat zij enerzijds indruisen tegen de bescherming van de privacy van de klanten en het beroepsgeheim waartoe [cliënt] t.a.v. deze klanten verplicht is, en anderzijds de essentie van het bijberoep uithollen wanneer verbod wordt opgelegd om contact op te nemen met de stedenbouwkundige ambtenaar.

Om deze redenen verzoekt cliënt mij u uitdrukkelijk te laten weten dat hij zich onmogelijk gehouden kan zien tot naleving van gemelde bijkomende voorwaarden.

Mocht uw college ooit daaromtrent een andere mening zijn toegedaan, dan weze nu reeds duidelijk gesteld dat een dergelijke visie van het college onmogelijk in overeenstemming kan worden gebracht met de wettelijk en reglementaire bepalingen die op de beroepsuitoefening van cliënt van toepassing kunnen worden gemaakt”.

3.7. Op 23 december 2011 neemt het college van burgemeester en schepenen kennis van deze brief en beslist “het standpunt ingenomen in collegezitting van 12 augustus 2011 te behouden waarbij gesteld werd dat elke schijn van belangenvermenging maar vermeden kan worden als aan een aantal voorwaarden voldaan wordt”.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Ambtshalve exceptie wat de tweede bestreden beslissing betreft

Uiteenzetting van de ambtshalve exceptie

4. Het auditoraat werpt in zijn verslag ambtshalve op dat het beroep tegen de tweede bestreden beslissing *ratione materiae* niet ontvankelijk is. Geoordeeld wordt dat de brief van 10 november 2011 waarbij “geprotesteerd” wordt tegen de eerste bestreden beslissing, niet kan worden beschouwd als een - uitdrukkelijk - verzoek tot heroverweging van de eerste bestreden beslissing. De tweede bestreden beslissing kan derhalve evenmin worden begrepen als een “nieuwe beslissing” na willig beroep.

5. In de laatste memorie blijft verzoeker “de mening toegedaan dat de brief van zijn raadsman van 10 november 2011 wel degelijk moet worden aanzien als een verzoek tot heroverweging, waardoor het antwoord van 23 december 2011 dus wel het karakter verkrijgt van een nieuwe beslissing en zodoende vatbaar is voor vernietiging”.

Beoordeling

6. Wanneer de ontvankelijkheid van het beroep in vraag wordt gesteld - en zulks des te meer wanneer dit gebeurt in het beredeneerd verslag dat over de zaak is opgesteld door het daartoe aangestelde lid van het auditoraat - dan moet die partij daarover een standpunt innemen en de nodige verduidelijkingen bijbrengen.

Verzoeker heeft evenwel in zijn laatste memorie zich ertoe beperkt louter te stellen dat hij de mening toegedaan blijft dat de tweede bestreden beslissing een aanvechtbare rechtshandeling is. Hij verzuimt echter om op de bespreking in het auditoraatsverslag nog inhoudelijk te reageren.

7. De Raad van State ziet geen reden om het anders te zien en aldus, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, besluit de Raad van State dat de tweede bestreden beslissing geen aanvechtbare handeling is.

De ambtshalve exceptie is gegrond.

8. Onder “de bestreden beslissing” wordt hierna enkel de eerste bestreden beslissing van 12 augustus 2011 begrepen. Het navolgende onderzoek van het voorliggende beroep beperkt zich tot deze beslissing.

B. Exceptie wat de eerste bestreden beslissing betreft

Uiteenzetting van de exceptie

9. De verwerende partij betwist in de memorie van antwoord dat de bestreden beslissing een administratieve rechtshandeling is in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Het betreft volgens haar een loutere mededeling van een standpunt over een deontologische verplichting, namelijk de principiële (on)verenigbaarheid van het bijberoep met de status van personeelslid. De bestreden beslissing wijzigt de rechtstoestand van verzoeker niet.

10. In de laatste memorie handhaaft de verwerende partij haar exceptie en voegt er nog aan toe dat uit de omstandigheid dat in een bepaalde aangelegenheid standpunt wordt ingenomen door een administratieve overheid die onbevoegd is om in die aangelegenheid een bindende beslissing te nemen, niet kan worden afgeleid dat de betrokken overheid haar bevoegdheden heeft overschreden, maar wel dat het slechts gaat om een loutere stellingname, net omdat de betrokken overheid niet bevoegd is om in deze materie op een bindende wijze op te treden.

Volgens de verwerende partij zijn de voorwaarden die het college van burgemeester en schepenen formuleerde, uitsluitend “randvoorwaarden”, met “als uitsluitend oogmerk [...] de bedreiging van de objectiviteit en de mogelijke belangenvermenging - en dus een negatieve impact op de werking van het college zelf - te vermijden”. Zij blijft er bij dat het aldus de loutere mededeling betreft van het standpunt van het college van burgemeester en schepenen, “gebaseerd op een eigen interpretatie van verordenende bepalingen [...]”. Bovendien zijn zij slechts een precisering van de voorwaarden die [verzoeker] zelf in zijn brief van 26 februari 2011 aan het college heeft voorgesteld om mogelijke belangenvermenging te vermijden”. Volgens de verwerende partij impliceert de uitdrukkelijke opname in de bestreden beslissing van de vermelding dat het college van burgemeester en schepenen niet de juridische middelen heeft om verzoeker te verbieden zijn gemeentelijke functie te cumuleren met een bijberoep, of om aan een dergelijke cumul bindende voorwaarden te verbinden, net dat de beslissing slechts een advies is, “waarmee het college [verzoeker] tracht aan te sporen om elke mogelijke belangenvermenging te vermijden”. De niet-naleving van dit advies om belangenvermenging te voorkomen kan evenwel niet worden gesanctioneerd. De verzoeker kon dat advies naast zich neerleggen en heeft dat ook gedaan.

Beoordeling

11. Een beroep tot nietigverklaring dient krachtens artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een administratieve rechtshandeling tot voorwerp te hebben. Onder rechtshandeling in de zin van de voormelde bepaling dient te worden verstaan een handeling waarbij wordt

beoogd rechtsgevolgen te doen ontstaan of te beletten dat zij tot stand komen, met andere woorden waarbij wordt beoogd wijzigingen aan te brengen in een bestaande rechtstoestand, dan wel zodanige wijzigingen te beletten.

12. In de bestreden beslissing “gaat” het college van burgemeester en schepenen “akkoord” met de “voorwaarden om elke schijn van belangenmenging te vermijden”. Daarbij wordt onder meer opgelegd dat verzoeker “zijn opdrachten en de namen van zijn opdrachtgevers [inzake de uitoefening van zijn bijberoep] onder gesloten omslag aan de secretaris [bezorgt]” en dat “contacten met de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar [...] bij de uitoefening van het bijberoep uitgesloten [worden]”.

Die beslissing geeft aan dat de verwerende partij daarmee aan verzoeker eenzijdig verplichtingen -en alsoz beperkingen- heeft willen opleggen die verzoeker bij de uitoefening van zijn bijberoep dient na te leven. Deze verplichtingen die duidelijk verder gaan dan een “precisering van de voorwaarden die [verzoeker] zelf in zijn brief van 26 februari 2011 aan het college heeft voorgesteld”, raken de essentie van de wijze van uitoefening van de statutair toegelaten uitoefening van een bijberoep en strekken er in wezen toe de wijze van uitoefening van het bijberoep te regelen. Deze verplichtingen raken op ongunstige wijze de rechtstoestand van verzoeker wat de uitoefening van het bijberoep betreft. Het gebrek aan uitdrukkelijke verwijzing naar de tuchtrechtelijke gevolgen in de bestreden beslissing, alsook het feitelijk uitblijven daarvan doet daaraan geen afbreuk. Ook dat deze voorwaarden slechts “randvoorwaarden” zouden zijn, een legitiem doel - bedreiging van de objectiviteit en de mogelijke belangenvermenging – betrachten en hun inspiratie vinden in andere teksten, doet aan deze vaststelling geen afbreuk: ook dergelijke voorwaarden kunnen zoals te dezen, de rechtstoestand van verzoeker raken.

Voorts kan uit de enkele omstandigheid dat een administratieve overheid onbevoegd is om te dezen een bindende beslissing te nemen, niet worden afgeleid dat de beslissing van deze onbevoegde overheid slechts een loutere niet-bindende stellingneming kan zijn die de rechtstoestand van verzoeker niet zou kunnen beïnvloeden, los van de vraag of deze zienswijze aldus niet zou impliceren dat elke beslissing die uitgaat van een onbevoegde overheid zou

neerkomen op de vaststelling dat een beroep tegen een dergelijke beslissing niet ontvankelijk zou zijn.

Voorts belet de uitdrukkelijke vermelding in de bestreden beslissing dat de verwerende partij geen juridische middelen heeft om op te treden tegen de opstart van de uitoefening van het bijberoep, op zich niet dat de verwerende partij, zoals te dezen, zich wel bevoegd achtte om de wijze van uitoefening van dit bijberoep te reguleren, door het opleggen van voorwaarden die deze uitoefening beperken of regelen op een wijze dat dit de rechtstoestand van betrokkene raakt. Dat tot slot de verwerende partij wel degelijk de opvatting had deze uitoefeningsvoorwaarden als verbindend te zien, blijkt te dezen ten overvloede uit haar brief van 12 maart 2012 aan verzoeker, waarin zij, naar aanleiding van de kennisneming van het voorliggende annulatieberoep, meldt dat “het college [...] er dan ook van uit[gaat] dat [verzoeker] in afwachting van een eventuele uitspraak door de Raad van State, de voorwaarden opgelegd door het college in verband met de uitoefening van [zijn] bijberoep verder naleeft”.

13. De exceptie is niet gegrond.

V. Onderzoek van het ambtshalve middel

Uiteenzetting van het middel

14. Volgens het auditoraatsverslag is er reden om ambtshalve de onbevoegdheid van de steller van de akte op te werpen en dit op grond van de volgende overwegingen.

Uit artikel 105, § 1 en § 2, 9°, van het Gemeentedecreet volgt dat het aan de gemeenteraad staat de “beperkingen en voorwaarden voor cumulatie van activiteiten in overheids- of in privé-dienst vast te stellen” in de rechtspositieregeling. Die bevoegdheid kan, naar luid van artikel 43, § 2, 4° van het Gemeentedecreet, niet aan het college van burgemeester en schepenen worden gedelegeerd. In de rechtspositieregeling van het gemeentepersoneel van de stad Halle is ter zake deze beperkingen en voorwaarden niets bepaald. In de betreden beslissing legt het college van burgemeester en schepenen beperkingen

en voorwaarden op waaronder verzoeker zijn ambt bij de stad Halle kan cumuleren met het door hem gewenste bijberoep. Uit wat voorafgaat, besluit het auditoraat, volgt dat de bestreden beslissing is genomen door een niet bevoegde overheid.

15. De verwerende partij betwist deze conclusie niet. Na kennisneming van het verslag van het auditoraat, heeft zij immers niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven. Zij verzuimt immers om op de bespreking van het ambtshalve middel in het auditoraatsverslag nog inhoudelijk te reageren.

De Raad van State ziet geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en aldus, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, bevindt de Raad van State het ambtshalve middel gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 12 augustus 2011 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Halle waarbij wordt beslist over de aanvraag van Kristof De Cuyper tot het uitoefenen van een bijberoep.

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 25 september 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest