

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 242.535 van 4 oktober 2018
in de zaak A. 221.360/IX-9324**

In zake: Evy POINT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Vande Castele
kantoor houdend te 2900 Schoten
Klamperdreef 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CENTRALE DIENST VOOR SOCIALE EN CULTURELE
ACTIE VAN HET MINISTERIE VAN
LANDSVERDEDIGING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Tim Souverijns en Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het verzoek

1. Met een verzoek, ingesteld op 28 januari 2017, vraagt de verzoekende partij haar bij wijze van arrest een schadevergoeding tot herstel toe te kennen naar aanleiding van arrest nr. 236.827 van 20 december 2016.

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.

Eerste auditeur Geert De Bleeckere 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 24 september 2018.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Philippe Vande Castele, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Tim Souverijns, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Geert De Bleekere 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. Verzoekster is als statutair ambtenaar tewerkgesteld bij de Centrale Dienst voor Sociale en Culturele Actie van het ministerie van Landsverdediging (hierna: de CDSCA), benoemd in niveau A, klasse A3.

De CDSCA is een bij artikel 1 van de wet van 10 april 1973 ‘houdende oprichting van een Centrale Dienst voor sociale en culturele actie van het Ministerie van Landsverdediging’ opgerichte publiekrechtelijke rechtspersoon die onder de controle staat van de minister van Landsverdediging (thans: de minister van Defensie). Het betreft een instelling van openbaar nut van categorie B,

onderworpen aan de wet van 16 maart 1954 ‘betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut’.

3.2. Op 29 november 2013 stelt het beheerscomité van de CDSCA het personeelsplan voor 2014 vast. Daarin wordt opgenomen dat een nieuwe adviseur-generaal in het Nederlandse taalkader moet worden benoemd omwille van de pensionering van de titularis ervan, W.V., op 30 november 2014. In het personeelsplan wordt verduidelijkt dat het gaat om een bevordering naar een hogere klasse (A3 naar A4).

3.3. Tijdens zijn vergadering van 17 december 2013 beslist de directieraad om deze betrekking via een interne bevorderingsprocedure in te vullen.

3.4. Op 22 april 2014 verklaart de minister van Landsverdediging “de betrekking met functiecode en -titel ‘DSA713, Directeur-generaal sociale zaken’, in de vakrichting ‘Algemeen Beheer’, vacant voor interne bevordering naar de hogere klasse op 1 december 2014”. Overeenkomstig het koninklijk besluit van 20 december 2007 ‘houdende de classificatie van de functies van niveau A’ is dit een functie van de klasse A4.

Vijf ambtenaren, onder wie verzoekster, stellen zich kandidaat.

3.5. Bij ministerieel besluit nr. 93.460 van 10 oktober 2014 wordt J.G., adviseur in de klasse A3, met ingang van 1 december 2014 bevorderd tot de klasse A4 met de titel van adviseur-generaal bij de CDSCA in een betrekking van het Nederlandse taalkader.

3.6. Bij arrest nr. 236.827 van 20 december 2016 vernietigt de Raad van State op vordering van verzoekster voornoemd ministerieel besluit nr. 93.460 van 10 oktober 2014 op grond van de volgende overwegingen:

“[D]e CDSCA [is] bij artikel 1 van het koninklijk besluit van 26 april 2007 [‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 november 2006 betreffende de

aanduiding en de uitoefening van de management- en staffuncties in sommige instellingen van openbaar nut'] dat in werking is getreden op 3 juni 2007 onder het toepassingsgebied gebracht van het koninklijk besluit van 16 november 2006 dat de aanduiding van de management- en de staffuncties regelt. Uit de aanhef van dat besluit van 26 april 2007 blijkt de wens van de Regering om het principe van mandaten te veralgemenen. Er wordt nog verder overwogen dat met het oog op de harmonisering van de regels inzake het federaal administratief openbaar ambt, het systeem van management- en staffuncties dient te worden ingevoerd in (onder meer) de CDSCA. Aldus is de door de (wijzigings)wet van 27 december 2006 geboden mogelijkheid om de mandaatfuncties in de CDSCA te integreren ook effectief benut waardoor sedert 3 juni 2007 ontegensprekelijk het hele koninklijk besluit van 16 november 2006 op de CDSCA van toepassing is.

Artikel 3, § 1, van datzelfde besluit bepaalt dat zodra de weging van de managementfunctie van administrateur-generaal of van directeur-generaal ten minste leidt tot klasse 3 in toepassing van artikel 17, §§ 2 en 3, van datzelfde besluit, de managementfuncties (in de betrokken instelling), naargelang de bepalingen van de oprichtingswet van de instelling, de volgende zijn: (1) administrateur-generaal of directeur-generaal; (2) de adjunct-administrateur-generaal of adjunct-directeur-generaal én (3) de managementfunctie -1. Op grond van de functiebeschrijving en de daarin beschreven verantwoordelijkheden is het aannemelijk dat de te begeven functie (DSA713, Directeur-generaal Sociale Zaken in de vakrichting Algemeen beheer, klasse A4) in aanmerking komt om te worden aangeduid als een managementfunctie die moet worden uitgeoefend binnen het kader van een mandaat. Om daarover uitsluitsel te hebben is echter een in ministerraad overlegd koninklijk besluit vereist in de zin van artikel 3, § 3, van datzelfde besluit van 16 november 2006. Het genoemde artikel 3, §§ 3 draagt de Koning op om bij besluit waarover in de ministerraad werd beraadslaagd en na akkoord van de ministers van Ambtenarenzaken en Begroting – naast de functie van administrateur-generaal of directeur-generaal – ‘de functie van adjunct-administrateur-generaal of van adjunct-directeur-generaal, alsook het aantal managementfuncties -1 en het aantal staf-functies’ vast te stellen.

Het belang van het genoemde artikel 3, § 3, blijkt uit het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 16 november 2006. Uit dat verslag blijkt, aldus gevolg gevend aan het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State bij het ontwerpbesluit, dat om redenen van uniformiteit, de Koning – en, dus, niet de betrokken minister zoals aanvankelijk in het ontwerpbesluit was voorzien –, ermee werd belast om, buiten de functie van administrateur-generaal (resp. directeur-generaal), ‘de functie van adjunct-administrateur-generaal of van adjunct-directeur-generaal, alsook het aantal managementfuncties -1 en het aantal staffuncties’ vast te stellen. Die vaststelling vereist een in ministerraad overlegd koninklijk besluit, genomen na het akkoord van de ministers van Begroting en Ambtenarenzaken, waaruit alvast blijkt dat het moet gaan om een door de ministerraad gedragen beslissing waarbij ook de begrotingsimpact in ogenschouw wordt genomen.

19. Wat de CDSCA betreft, is precies dat, zo blijkt uit de feiten, niet gebeurd. De verwerende partij verklaart dat door te verwijzen naar ‘budgettai-

re' en 'politieke' redenen. Welke de redenen ook moge zijn, er ligt – anders dan artikel 3, § 3, van het koninklijk besluit van 16 november 2006 voorschrijft – geen koninklijk besluit voor waarbij, naast de functie van administrateur-generaal, het aantal management- en, in voorkomend geval, (het aantal) staffuncties voor de CDSCA zijn vastgelegd.

Dat klemt des te meer nu aan de Raad van State evenmin een beslissing van de ministerraad in de zin van artikel 17, § 2, van het koninklijk besluit van 16 november 2006 is voorgelegd noch is de Raad van State enige beslissing in die zin van de ministerraad bekend. Conform het genoemde artikel 17, § 2, komt het de ministerraad toe het gewicht van de functie van de administrateur-generaal van de CDSCA vast te leggen. Zodra de weging van de management-functie van administrateur-generaal of van directeur-generaal ten minste leidt tot klasse 3 zijn er zoals hiervoor is uiteengezet de managementfuncties de volgende: administrateur-generaal, adjunct-administrateur-generaal en de managementfunctie -1, in die hiërarchische orde. Dat bevreedt des te meer nu uit een door de eerste tussenkomende partij bijgebracht stuk – ook al kan dat stuk bezwaarlijk worden aangezien als een beslissing van de ministerraad in de zin van artikel 17, § 2 – niettemin aantoon dat alvast het wegingscomité de functie van administrateur-generaal situeert in de klasse 3 wat, zoals gezegd is, cruciaal is met het oog op de toepassing van artikel 3, § 1, van het koninklijk besluit van 16 november 2006. Anders dan de verwerende partij voorhoudt is het dan ook zeker niet ondenkbaar dat er, wat de CDSCA betreft, naast de functie van administrateur-generaal en adjunct-administrateur-generaal, nog andere functies zouden worden aangeduid als managementfunctie en zulks tot op het niveau N-1. Het genoemde stuk betreft een brief van 20 januari 2014 van de voorzitter van het directiecomité van de federale overheidsdienst 'Personeel en Organisatie' gericht aan de minister van Landsverdediging waarbij de voorzitter meldt dat de vergadering van het wegingscomité de functie van administrateur-generaal van de CDSCA situeert in salarisband 3. In die brief wijst hij er – overigens terecht – op dat het de ministerraad is die ingevolge artikel 17, § 2, van het koninklijk besluit van 16 november 2006 de weging vastlegt, na akkoord van de ministers van Ambtenarenzaken en Begroting. Om ongekende redenen is die weging niet aan de ministerraad voorgelegd.

Door het verzuim een uitvoeringsbesluit in de zin van artikel 3, § 3, van het koninklijk besluit van 16 november 2006 te nemen, kan het koninklijk besluit van 16 november 2006 wat de selectie en de aanstelling van de management- en staffuncties in de CDSCA betreft, niet worden toegepast. Het wordt daardoor immers onmogelijk (mede) in het licht van artikel 3, § 1, van datzelfde besluit dat naast de functies van administrateur-generaal en adjunct-administrateur-generaal ook voorziet in de managementfunctie -1, om uit te maken of de te begeven functie een managementfunctie -1 is of niet. Enkel het in het genoemde artikel 3, § 3, bedoelde koninklijk besluit kan daaromtrent uitsluitsel geven. Dat verzuim maakt het tevens onmogelijk de tot benoemen bevoegde overheid aan te duiden.

In die omstandigheden mag het nalaten van het aanduiden en het bepalen van het aantal management- en staffuncties niet in het nadeel van verzoekster spelen. Niet alleen heeft die nalatigheid implicaties inzake de tot benoeming bevoegde overheid (de Koning of de minister), maar ook voor de gehele selec-

tieprocedure (externe selectiecommissie Selor of interne selectieprocedure) en de uitoefening van de functie (binnen het kader van een mandaat of niet).

Wanneer een overheid bij wet of reglementair besluit met de uitoefening van een bevoegdheid wordt belast, staat het haar niet vrij hieraan geen uitvoering te geven. Zij beschikt weliswaar over een discretionaire bevoegdheid om te beoordelen over de wijze waarop zij hieraan uitvoering zal geven, maar het komt haar niet toe hieraan geen uitvoering te verlenen. Zonder het in artikel 3, § 3, bedoelde koninklijk besluit diende de minister in de gegeven omstandigheden bij het opstarten van de procedure, dit is alvorens de te begeven functie vacant te verklaren moeten vaststellen dat, bij gebrek aan een koninklijk besluit ter uitvoering van artikel 3, § 3 van het koninklijk besluit van 16 november 2006, de selectie- en benoemingsprocedure niet kon worden opgestart. Door dit alsnog te doen heeft hij zich onrechtmatig een bevoegdheid toegeëigend die hem niet toekwam.

De argumentatie van de verwerende partij waar zij in haar laatste memorie uiteen zet dat er geen bepaling is die stelt dat de minister van Landsverdediging niet bevoegd is om het bestreden besluit te nemen zodat er geen schending is van een bevoegdheidsbepalende regel, overtuigt niet. Integendeel, een administratieve overheid, te dezen de minister, heeft krachtens het in artikel 105 van de Grondwet vervatte publiekrechtelijk algemeen rechtsbeginsel geen andere bevoegdheid dan degene die haar uitdrukkelijk is toegewezen. Het is dus vereist dat een uitdrukkelijke bevoegdheidsgrondslag kan worden aangeduid waaraan de minister zijn bevoegdheid om te benoemen ontleent. Uit hetgeen hiervoor is uiteengezet blijkt dat dat te dezen onmogelijk is. Naar de omschrijving van het begrip ‘benoemende overheid’ in artikel 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1973 luidens hetwelk de benoemingsbevoegdheid de minister toevalt wanneer deze niet bij wet of reglementair besluit aan een andere overheid is toevertrouwd, kan te dezen niet zomaar worden teruggegrepen net omwille van de integratie van de management- en staffuncties binnen de CDSCA door het koninklijk besluit van 26 april 2007 waarbij de CDSCA ingevolge de wens van de wetgever onder het toepassingsgebied van het besluit van 16 november 2006 werd gebracht en dat in zijn artikel 10 de bevoegdheid om in een management- of staffunctie te benoemen aan de Koning [heeft] toevertrouwd zodat het onontbeerlijk is dat deze functies kunnen worden geïdentificeerd.

Ook het beroep op het beginsel van de scheiding der machten faalt. De Raad van State duidt de te begeven functie niet zelf aan als een managementfunctie. Hij komt enkel tot het oordeel eensdeels dat het aannemelijk is ervan uit te gaan dat de weging van de functie van administrateur-generaal van de CDSCA zou kunnen leiden tot de klasse drie (gelet op het oordeel van het wegingscomité) en dat het anderdeels evenzo aannemelijk is dat de te begeven functie zou kunnen worden aangeduid als een managementfunctie -1. Daartoe moeten evenwel de door de vigerende regelgeving bepaalde procedures worden nageleefd precies opdat de door die regelgeving aangeduide overheden uitsluitend (zouden) bieden zoals de regelgeving vereist.

Evenmin overtuigt het beroep op het continuïteitsbeginsel. Met het oog op het vrijwaren van de continuïteit waren andere mindere verregaande maatregelen mogelijk. Immers, indien een functie vacant is, kan de continuïteit worden

verzekerd doordat de ambtenaren van onmiddellijke lagere rang tijdelijk de uitoefening van de functie kunnen waarnemen. Daarenboven kan het continuïteitsbeginsel slechts worden ingeroepen binnen de tijdsduur die in redelijkheid is vereist voor te dezen het aanduiden van de status van het te begeven ambt, zijnde een management-, een staffunctie of geen van beide. Het kan bezwaarlijk worden aangenomen dat het nog redelijk is te achten dat in 2014 nog steeds geen koninklijk besluit in de zin van artikel 3, § 3 van het besluit van 16 november 2006 kan worden voorgelegd wat de CDSCA betreft. Het continuïteitsbeginsel stelt de overheid immers niet vrij van de verplichting om de continue werking van haar overheidsdiensten en -instellingen op een regelmatige wijze te verzekeren.

20. Het eerste onderdeel van het eerste middel is in de aangegeven mate gegrond.

Er bestaat aanleiding om de bestreden beslissing te vernietigen.”

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

Probleemstelling

4. In haar verzoekschrift wijst verzoekster (enkel) de Belgische Staat aan als de verwerende partij.

5. In het kader van de voorafgaande maatregelen heeft het auditoraat niet de Belgische Staat maar de CDSCA als verwerende partij aangewezen, omdat deze instelling de verwerende partij was in de procedure die heeft geleid tot het arrest van 20 december 2016, naar aanleiding waarvan huidig verzoek tot schadevergoeding tot herstel op grond van artikel 11bis RvS-Wet wordt ingesteld.

6. Enkel de CDSCA heeft het administratief dossier neergelegd en een memorie van antwoord en een laatste memorie ingediend.

7. Verzoekster vordert dat de Belgische Staat zou worden aangewezen als verwerende partij, op grond van de stelling dat de Belgische Staat immers de “steller van de handelingen” is die de Raad onwettig bevonden heeft in zijn arrest nr. 236.827; minstens, zo stelt verzoekster, moet de Belgische Staat in de zaak worden geroepen als tussenkomende partij.

Beoordeling

8. Een “steller van de handeling” in de zin van artikel 11bis RvS-Wet die eventueel tot schadevergoeding is gehouden, is de steller van de akte waartegen het initiële annulatieberoep is ingesteld waarvan arrest nr. 236.287 van 20 december 2016 de beroepsprocedure heeft afgesloten. Dit is niet de Belgische Staat, maar de CDSCA.

9. Het auditoraat heeft terecht de CDSCA als verwerende partij aangewezen. Er is geen reden om de Belgische Staat in de zaak te roepen.

V. Nadere omschrijving van het voorwerp van het verzoek

10. Verzoekster vordert, eensdeels, “een schadevergoeding, begroot op het quantum van het verschil in wedde waarop verzoekster recht heeft in geval van een bevordering naar de hogere klasse A4 met ingang van 1 december 2014” (te vermeerderen met vergoedende en gerechtelijke moratoire interesten) en, anderdeels, “een morele schadevergoeding, begroot op 250 €/maand, en dit met ingang van 1 december 2014”, beide tot de datum waarop zij bevorderd zal zijn.

Eerstgenoemde vordering strekt tot de vergoeding van een materieel nadeel dat zij stelt geleden te hebben “door (1) de weigering van haar kandidatuur, (2) de bevordering van [J.G.] met ingang van 1 december 2014 en (3) de onmogelijkheid om de tot benoemen bevoegde overheid aan te duiden”. Hierbij “brengt verzoekster in casu het gegeven in rekening, o.m. met verwijzing naar artikel 11bis van de Grondwet, dat de beoogde bevordering met ingang van 1 december 2014 haar moest toekomen”.

Met betrekking tot de vergoeding van het morele nadeel, stelt verzoekster:

“Als lid van het geslacht dat ondervertegenwoordigd is in de hogere functies van de CDSCA, heeft verzoekster dus ook een moreel nadeel, dit minstens vanaf 1 december 2014 omdat de vacant verklaarde klasse A4-betrekking nu eenmaal werd toegekend, niet aan verzoekster, doch wel aan een mannelijke kandidaat en dat bij gebrek aan een KB nog geen formele bevordering kan plaatsvinden. Met dien verstande dat verzoekster dus aantoont dat ze in de vacant verklaarde klasse A4-betrekking wel bevorderd was geweest en moest worden indien de vastgestelde onwettigheid niet was begaan en de procedure was afgesloten met een wettige bevordering in deze vacante betrekking.”

VI. Ontvankelijkheid van het verzoek

A. Ratione personae

Exceptie

11. Volgens het auditoraat is het verzoek niet ontvankelijk omdat verzoekster het verkeerde standpunt huldigt dat de Belgische Staat de “steller van de handeling” is die de gevraagde schadevergoeding verschuldigd is. Het auditoraat meent “dat deze vaststelling reeds volstaat om het verzoek tot schadevergoeding tot herstel te verwerpen nu dit verzoek niet beantwoordt aan de grondvoorwaarden van artikel 11bis, eerste lid RvS-wet: aangezien de Belgische Staat niet kan beschouwd worden als de steller van de handeling, kan ten laste van de Belgische Staat ook geen schadevergoeding tot herstel gevorderd worden”.

Beoordeling

12. De rechtspleging voor de Raad van State is van inquisitoriale aard, hetgeen inhoudt dat de organen van de Raad van State de rechtspleging leiden. De aanwijzing, door een verzoekende partij, van een verkeerde overheid als tegenpartij heeft geen invloed op de ontvankelijkheid van het verzoek. Artikel 25/2, § 2, tweede lid, van het algemeen procedurereglement (APR) vereist zelfs niet dat een verzoekende partij in het afzonderlijk geformuleerd verzoek uitdrukkelijk een vermelding van de verwerende partij opneemt – dit in tegenstelling tot artikel 2, § 1, 4°, APR met betrekking tot het inleidend verzoekschrift tot

vernietiging. Zoals hiervóór reeds is opgemerkt, heeft het lid van het auditoraat dat belast is met het onderzoek van de zaak en dient te waken over de uitvoering van de aan dat onderzoek voorafgaande maatregelen de aanwijzing van de verwerende partij gecorrigeerd en de correcte overheid als verwerende partij in de zaak betrokken. Die overheid heeft zich in alle stadia van de procedure kunnen verweren.

13. Het door het auditoraat opgeworpen middel van onontvankelijkheid wordt niet bijgevalen.

B. Causaal verband

Exceptie

14. Vooruitlopend op een exceptie zet verzoekster in het inleidend verzoekschrift reeds het volgende uiteen:

“85. Door de toepassing van artikel 11bis RvS-wet te baseren op de vaststelling van een onwettigheid, en niet op een vernietiging op zich, kan een schadevergoeding tot herstel ook gevraagd worden op basis van de incidentele vaststelling van een onwettigheid van een andere bestuurshandeling dan de bestuurshandeling waarvan de vernietiging werd gevraagd. (Parl. St. Senaat 2012-13, nr. 5-2233/1, 8)

86. Verweerder zal misschien betogen dat artikel 11bis RvS-wet in casu niet van toepassing is omdat de Raad in het arrest nr. 236.827 enkel één onwettigheid heeft onderzocht en vastgesteld die sensu stricto geen uitstaans zou hebben met het nadeel dat voorspruit uit de weigering van de kandidatuur van verzoekster en de bevordering van [J.G.] met ingang van 1 december 2014.

Dit herstel zou niet opgaan omdat artikel 11bis RvS-wet vermeldt ‘een nadeel geleden omwille van de onwettigheid van de akte’, en dus niet ‘een nadeel geleden omwille van de onwettige akte’.

87. Deze beperkende lezing van artikel 11bis RvS-wet is ongegrond. Het is al opmerkelijk dat men een nadeel enkel kan lijden omwille van een onwettigheid. Men lijdt immers een nadeel omwille van een akte, en herstel is geboden als de akte onwettig is! Hoe dan ook, het ene nadeel is dus per hypothese herstelbaar, en het andere niet. Dit verschil in behandeling (tussen nadelen waarbij artikel 11bis RvS-wet op het ene nadeel niet van toepassing is) is onredelijk en schendt ook artikel 6 EVRM.

De proceseconomie is ook niet gediend als de Raad van State per hypothese aan de verzoekende partij geen schadevergoeding kan toekennen voor het herstel van het nadeel omwille van de onwettige akte, doch dit per hypothese enkel zou kunnen toekennen indien het nadeel is geleden omwille van een, in beginsel ook door de Raad van State vastgestelde, onwettigheid van deze akte.”

Verzoekster vraagt daarom een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen.

15. Het verzoek tot schadevergoeding is volgens de verwerende partij, hierin bijgevalen door het auditoraat, niet ontvankelijk omdat verzoekster niet aantoont dat het nadeel dat zij lijdt – haar niet-benoeming hoewel de verwerende partij volgens verzoekster daartoe verplicht was – voortvloeit uit de door de Raad vastgestelde onwettigheid, zodat het oorzakelijk verband tussen het nadeel en de vastgestelde onwettigheid ontbreekt.

Verzoekster steunt haar verzoek op het feit dat zij zich kandidaat heeft gesteld en op de Genderwet. De schade waarvoor verzoekster een schadevergoeding tot herstel vordert, staat niet in oorzakelijk verband met de door de Raad van State in zijn arrest nr. 236.827 van 20 december 2016 vastgestelde onwettigheid. Uit de overwegingen van het arrest blijkt immers dat de Raad van State de benoeming van J.G. alleen heeft vernietigd omdat niet uitgemakt kan worden of voor de benoeming van de functie van adviseur-generaal in de klasse A4 de minister dan wel de Koning bevoegd is. Gelet op de door de Raad van State vastgestelde onwettigheid, is het duidelijk dat de verwerende partij geen enkele kandidaat kon benoemen, dus ook niet verzoekster.

16. Verzoekster repliceert dat de onmogelijkheid om een kandidaat te benoemen – wegens het ontbreken van de noodzakelijke uitvoeringsbesluiten, op grond waarvan later herstel *in natura* mogelijk is – haar niet de mogelijkheid ontnemt schadevergoeding tot herstel te vorderen, net omwille van de in arrest nr. 236.827 vastgestelde onwettigheid. De vraag is niet of verzoekster *de iure* nu formeel benoemd kan worden, maar wel of de onmogelijkheid om nu benoemd te

worden aanleiding geeft tot het toekennen van een schadevergoeding tot herstel van het door verzoekster geleden nadeel. De schade wordt nu bepaald door (1) de feiten te reconstrueren indien de overheid de onwettigheid niet had begaan, (2) vervolgens het nadeel vast te stellen en (3) de opgelopen schade te begroten. In arrest nr. 236.827 heeft de Raad geoordeeld dat een benoeming onmogelijk is zonder het voorafgaand aannemen van bepaalde uitvoeringsbesluiten en tevens heeft de Raad in dat arrest het overschrijden van de redelijke termijn vastgesteld. Zonder deze onwettigheid had verzoekster met ingang van 1 december 2014 benoemd kunnen worden.

Verzoekster betwist voorts dat enkel schadevergoeding zou kunnen worden toegekend indien in arrest nr. 236.827 ook uitspraak was gedaan over de andere middelen. De Raad heeft in dat arrest immers de schending van de redelijke termijn vastgesteld die het enige beletsel voor de benoeming van verzoekster vormde en daardoor heeft zij schade geleden die begroot kan worden. De schadevergoeding kan dan ook worden toegekend zonder uitspraak over de andere middelen. De schade bestaat, ongeacht de vastgestelde onwettigheid. De Raad oordeelt niet *ultra petita* aangezien verzoekster in de procedure die geleid heeft tot arrest nr. 236.827 de schending van de Gender-reglementering, het gelijkheidsbeginsel en de behoorlijke vergelijking van titels en verdiensten heeft aangevoerd, zodat de Raad hiervoor ook oog kan hebben bij de begroting van de schade, waarbij in het bijzonder cruciaal is dat verzoekster enkel in concurrentie met J.G. was en dat de Gender-reglementering van toepassing is.

Verzoekster heeft nadeel geleden, ook moreel, door de onwettigheid van de akte. De overheid kon en moest afzien van de benoeming van J.G., maar zij heeft dit niet gedaan. Zonder dit besluit had verzoekster dit nadeel niet geleden.

17. In haar laatste memorie onderstreept verzoekster dat zij de genderproblematiek aanbrengt als gegeven voor de begroting van de schade en niet als een element van onwettigheid van het vernietigde ministerieel besluit.

Beoordeling

18. Bij arrest nr. 236.827 van 20 december 2016 vernietigt de Raad van State ministerieel besluit nr. 93.460 van 10 oktober 2014 waarbij J.G. met ingang van 1 december 2014 wordt bevorderd tot de klasse A4 als adviseur-generaal bij de CDSCA.

Het onlosmakelijk met dit *dictum* verbonden vernietigingsmotief van arrest nr. 236.827 – dat ook gezag van gewijsde heeft – is de vaststelling dat “de minister in de gegeven omstandigheden bij het opstarten van de procedure, dit is alvorens de te begeven functie vacant te verklaren [had] moeten vaststellen dat, bij gebrek aan een koninklijk besluit ter uitvoering van artikel 3, § 3 van het koninklijk besluit van 16 november 2006, de selectie- en benoemingsprocedure niet kon worden opgestart” en dat “[d]oor dit alsnog te doen [...] hij zich onrechtmatig een bevoegdheid [heeft] toegeëigend die hem niet toekwam”.

Met andere woorden, het enkele “gebrek aan een koninklijk besluit” had de minister als orgaan van de CDSCA tot een andere houding moeten brengen, om te vermijden dat “hij zich onrechtmatig een bevoegdheid [heeft] toegeëigend die hem niet toekwam”. Dit vernietigingsmotief geldt ongeacht de verklaring die al dan niet gegeven kan worden voor het uitblijven van dit koninklijk besluit. De overwegingen in hetzelfde arrest in verband met het al dan niet gewettigd zijn van het uitblijven van dit uitvoeringsbesluit van artikel 3, § 3, van het koninklijk besluit van 16 november 2006 ‘betreffende de aanduiding en de uitoefening van de management- en staffuncties in sommige instellingen van openbaar nut’, zijn overwegingen *obiter dictum* – dit is: terzijde gezegd.

19. Aangezien de te begeven functie zelfs niet vacant verklaard mocht worden en de selectie- en benoemingsprocedure niet eens mocht worden opgestart, faalt verzoekster om de in arrest nr. 236.827 vastgestelde onwettigheid in verband te brengen met de misgelopen hogere wedde die zij als het materiële nadeel stelt te lijden ingevolge haar niet-benoeming.

Vergoeding voor enige andere materiële schade vordert zij niet.

20. Dit betekent echter óók dat de discussie tussen partijen in hun memories, inclusief de daarbij geformuleerde prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof over artikel 11*bis* RvS-Wet met betrekking tot het onderscheid tussen de “vastgestelde onwettigheid” en de “onwettige akte”, niet relevant is. De verwerende partij had J.G. niet mogen benoemen, maar zij had evenmin verzoekster mogen benoemen; zij had de procedure zelfs niet mogen opstarten. Als verzoekster stelt dat de éérste stap in huidige vergoedingsprocedure erin bestaat “de feiten te reconstrueren in de hypothese dat de overheid de vastgestelde onwettigheid niet zou hebben begaan”, dan leidt die reconstructie er niet toe dat, zonder de onwettige akte, verzoekster zelfs maar een kans had benoemd te worden. Daartoe immers moet eerst door de Belgische Staat een uitvoeringsbesluit worden aangenomen. In zijn arrest nr. 242.508 van 2 oktober 2018 vernietigt de Raad overigens op vordering van verzoekster de fictief afwijzende beslissing van de Belgische Staat om dit uitvoeringsbesluit tot stand te brengen.

Kortom, “in de hypothese dat de overheid de vastgestelde onwettigheid niet zou hebben begaan”, had zij afgezien van het opstarten van de benoemingsprocedure.

21. Voor zover verzoekster “[a]ls lid van het geslacht dat ondervertegenwoordigd is in de hogere functies van de CDSCA” enig moreel nadeel heeft geleden door tijdelijk de benoeming van J.G. te hebben beleefd, oordeelt de Raad dat het vernietigingsarrest, waardoor de benoeming met terugwerkende kracht uit het rechtsverkeer is verdwenen, morele genoegdoening verschaft die hoe dan ook volstaat als rechtsherstel.

Vergoeding voor enige andere morele schade vordert verzoekster niet.

22. Wat voorafgaat leidt ertoe dat het verzoek moet worden afgewezen, zonder dat moet worden ingegaan op de vraag of enkel de schade vergoed kan worden die specifiek verband houdt met een vastgestelde onwettigheid, dan wel alle schade die veroorzaakt zou zijn door een onwettige akte.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het verzoek.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het verzoek tot schadevergoeding tot herstel, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verweerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 4 oktober 2018, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Geert Van Haegendoren