

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 128.620 van 1 maart 2004
in de zaak A. 141.836/IX-3927.**

In zake : Luc VAN BRANTEGEM,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. MATTHYS,
kantoor houdende te GENT,
Sint-Annaplein 34

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van
Financiën.

tussenkomende partij :

Nicole ROOBROECK,
wonende te TERNAT,
Dronkenborrestraat 30/1.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE IXe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat Luc VAN BRANTEGEM op 22 september 2003 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van het koninklijk besluit van 4 april 2003 waarbij Nicole ROOBROECK wordt benoemd tot de graad van auditeur-generaal van financiën bij de Administratie van fiscale zaken op datum van 1 juni 2002 en van de impliciete weigering om hem in die graad te benoemen;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de vernietiging vordert van dezelfde beslissing;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur M. LEFEVER;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 7 januari 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 26 januari 2004;

Gehoord het verslag van staatsraad L. HELLIN;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. MATTHYS, die verschijnt voor verzoeker, van inspecteur J. DE VLEESCHOUWER, die verschijnt voor de verwerende partij, en van de tussenkomende partij;

Gehoord het andersluidend advies van eerste auditeur M. LEFEVER;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat Nicole ROOBROECK met een verzoekschrift van 15 oktober 2003 vraagt om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat:

1.1. Op 12 december 2002 verschijnt een oproep tot de kandidaten voor vacante betrekkingen van auditeur-generaal van financiën onder andere bij de administratie van fiscale zaken.

1.2. Onder meer verzoeker en de tussenkomende partij kandideren voor de betrekking die vacant is bij de directie 3/3 vennootschapsbelasting. Verzoeker rangschikt zich volgens anciënniteit onder de Nederlandstalige kandidaten op de vierde plaats, de tussenkomende partij op de derde.

1.3. Het directiecomité van de federale overheidsdienst financiën onderzoekt de kandidaturen op zijn zitting van 14 februari 2003. Het stelt unaniem de benoeming voor van verzoeker op grond van de volgende overwegingen :

“De h. Luc VAN BRANTEGEM oefende van 1982 tot heden functies uit met specifieke en doorgedreven bevoegdheden op het vlak van de vennootschapsbelasting, de rechtspersonenbelasting, de belasting niet-inwoners / vennootschappen en de roerende voorheffing.

Tot september 1998 was hij werkzaam bij de directe belastingen, met name op de dienst die zich specifiek met de voormelde materies bezighoudt (t.t.z. de vennootschapsbelasting en haar aanverwante componenten). Gedurende de laatste tien jaar van die periode (1988-1998) werd hij daarenboven systematisch betrokken bij de op stapel staande wetswijzigingen terzake (uitwerken van krachtlijnen of voorontwerpen van wet inzake die materies, bespreking ervan in verschillende interdepartementale werkgroepen en parlementaire commissies).

Sinds oktober 1998 is hij werkzaam bij de AFZ, directie 3/3 -vennootschapsbelasting, alwaar hij onafgebroken nauw betrokken is geweest bij legistiek-technisch complexe dossiers. In de hoedanigheid van deskundige heeft hij in het recente verleden deelgenomen aan de werkzaamheden van de Hoge Raad van Financiën inzake de hervorming van de vennootschapsbelasting, hervorming die hij overigens thans mede concreet gestalte heeft gegeven. Daar-enboven wordt hij ook betrokken bij de modernisering van de EU-richtlijnen op het vlak van de vennootschapsbelasting, en bij het transfer pricing beleid. Als lid van de Commissie voor boekhoudkundige normen heeft hij een bijzonder goed beeld van de invloed van de boekhoudwetgeving op de vennootschapsbelasting.

Hij heeft daarenboven minstens 15 jaar ondervinding met betrekking tot de conceptie en redactie van wettelijke bepalingen. In het bijzonder inzake de vennootschapsbelasting (en haar afgeleide componenten) bezit hij een uitstekende legistiek-technische ervaring, en zulks zowel op het algemene vlak, als met betrekking tot bepaalde belangrijke deelgebieden, zoals de herstructurering van groepen, de beurssector, de banksector en de energiesector.

Zijn profiel beantwoordt volledig aan de gewenste eigenschappen om de Directie 3/3 - Vennootschapsbelasting bij de AFZ als auditeur-generaal van financiën te leiden”.

Over de tussenkomende partij mevrouw ROOBROECK wordt het volgende gezegd :

“Mevr. Nicole ROOBROECK, derde gerangschikte Nederlandstalige kandidaat, oefende bij de Directe Belastingen van ongeveer 1976 tot begin 1997 vooral werkzaamheden uit op het vlak van de internationale fiscaliteit. De eerste vijf jaren was zij tewerkgesteld op de directie bevoegd met het afsluiten van dubbelbelastingverdragen, nadien had zij bevoegdheden inzake de toepassing van deze verdragen (in die functie heeft zij ervaring inzake transfer pricing opgedaan). Van april 1997 tot oktober 1999 had zij de leiding over de directie die hoofdzakelijk belast was met het opstellen en wijzigen van reglementaire uitvoeringsbepalingen t.a.v. de directe belastingen (uitvoerings-KB's / uitvoerings-MB's). Nadien was zij bevoegd voor bepaalde procedureproblemen en de Task Force Geschillen.

Zij oefende gedurende deze periodes geen functies uit met specifieke en doorgedreven bevoegdheden op het vlak van de vennootschapsbelasting, de rechtspersonenbelasting, de belasting niet-inwoners/vennootschappen en de roerende voorheffing.

Zij heeft geen doorgedreven ondervinding met betrekking tot de conceptie en redactie van wettelijke bepalingen. Immers haar ervaring op het stuk van de dubbelbelastingverdragen (eind de jaren '70) is terzake niet relevant (te specifieke procedure en te lang geleden). Voorts kan worden gesteld dat haar korte ervaring m.b.t. het opstellen en wijzigen van bepaalde uitvoerings - KB's en MB's, zonder relevante ervaring op legistiek vlak inzake eigenlijke wetswijzigingen (o.m. het WIB 92), terzake onvoldoende is.

In het bijzonder inzake de vennootschapsbelasting (en haar afgeleide componenten) kan zij geen legistiek-technische ervaring laten gelden, en zulks zowel op het algemene vlak, als met betrekking tot bepaalde belangrijke deelgebieden, zoals de herstructurering van groepen, de beurssector, de banksector en de energiesector.

Haar profiel beantwoordt derhalve niet aan de gewenste eigenschappen om de Directie 3/3 -Vennootschapsbelasting bij de AFZ te leiden”.

Het voorstel tot benoeming wordt op 25 februari 2003 aan de kandidaten betekend.

1.4. Op 11 maart 2003 dient de tussenkomenende partij bezwaar in tegen het voorstel. Het directiecomité behandelt het bezwaar op zijn vergadering van 26 maart 2003. Nadat de tussenkomenende partij is gehoord gaat de adjunct-administrateur-generaal van de belastingen nader in op de argumenten die zij in haar bezwaarschrift heeft ontwikkeld. In de notulen wordt dit als volgt weergegeven :

“Hoewel de h. DELPORTE de capaciteiten en de kwaliteiten van mevr. ROOBROECK erkent, wenst hij toch te reageren op wat zij heeft gezegd en geschreven in haar bezwaarschrift van 11 maart 2003.

Wanneer werd gezegd dat mevr. ROOBROECK geen functies uitoefende met specifieke doorgedreven bevoegdheden op het vlak van de vennootschapsbelasting, de rechtspersonenbelasting, de belasting niet-inwoners/vennootschappen en de roerende voorheffing, wordt hiermee bedoeld dat zij geen ervaring kan laten gelden op afdelingen of directies van centrale diensten (hetzij het vroegere Hoofdbestuur der directe belastingen, hetzij de vroegere Dienst van de fiscale coördinatie, hetzij de AOIF, hetzij de AFZ) die deze materies tot hun eigenlijke basisbevoegdheden hebben (of hadden). De h. VAN BRANTEGEM daarentegen oefende van 1982 tot heden functies uit op dergelijke directies; van midden 1982 tot september 1998: directie “vennootschapsbelasting” van het Hoofdbestuur der directe belastingen en van oktober 1998 tot heden: directie “vennootschapsbelasting” van de AFZ.

Wat de argumentatie betreft dat zij geen doorgedreven ondervinding heeft met betrekking tot de conceptie en de redactie van wettelijke bepalingen, kan worden gesteld dat zij slechts weinig legistieke ervaring kan laten gelden en dan nog hoofdzakelijk op het vlak van de dubbelbelastingverdragen. Deze ervaring dateert echter van eind jaren ‘70 en dermate specifiek (overwegend het afsluiten van internationale akkoorden met buitenlandse delegaties) dat zij niet kan vergeleken worden met de internrechtelijke fiscale legistiek. De h. VAN BRANTEGEM daarentegen wordt sinds 1998 systematisch betrokken bij quasi alle belangrijke wetswijzigingen en hervormingen inzake de vennootschapsbelasting en aanverwante componenten.

Er werd ook gesteld dat mevr. ROOBROECK inzake de vennootschapsbelasting (en haar afgeleide componenten) geen legistiek-technische ervaring kan laten gelden en dit zowel op algemene vlak als met betrekking tot bepaalde belangrijke deelgebieden zoals de herstructurering van groepen, de beurssector, de banksector en de energiesector. Deze argumentatie wordt blijkbaar niet ontkend wanneer zij stelt: “Dat ik de laatste jaren (...) geen specifieke en doorgedreven bevoegdheden had is mijn fout niet.” De h. VAN BRANTEGEM kan, zoals hoger reeds eerder aangehaald, een zeer grote ervaring laten gelden inzake

de vennootschapsbelasting en dit zowel op praktisch, theoretisch als legistiek vlak. Hij wordt zonder twijfel binnen de fiscale administratie als dé autoriteit beschouwd op het vlak van herstructureringsverrichtingen van groepen en de energiesector. Getuige hiervan zijn zijn talloze tussenkomsten als technicus binnen de administratie, in interkabinettenwerkgroepen, in diverse commissies (al dan niet supra-nationaal) en in het parlement.

Het wordt zeker niet ontkend dat mevr. ROOBROECK kennis bezit van de vennootschapsbelasting, alsmede het deelgebied inzake transfertprijzen. Niettemin moet ongetwijfeld worden gesteld dat haar ervaring zich geenszins situeert op het vlak van de vennootschapsbelasting (noch fiscaal-technisch, noch legistiek), maar eerder praktijk gericht is, inzonderheid op het vlak van de niet-internrechtelijke aspecten van fiscaliteit (met name de “toepassing” van de dubbelbelastingverdragen). Daarentegen kan de h. VAN BRANTEGEM een doorgedreven ervaring laten gelden van minstens 15 jaar op het vlak van de vennootschapsbelasting en aanverwante componenten en dit zowel praktisch, theoretisch als legistiek”.

Het directiecomité beslist hierop eenparig het bezwaar van de tussenkomende partij zonder enig ander gevolg in het dossier op te bergen.

1.5. Bij koninklijk besluit van 4 april 2003 wordt de tussenkomende partij benoemd tot auditeur-generaal bij de Administratie van fiscale zaken. Dit besluit is als volgt gemotiveerd :

“Overwegende, in het licht van het door Mevrouw Nicole ROOBROECK ingediend beroep, het door het Directiecomité geformuleerd voorstel tot gevolg heeft dat haar zou voorbijgegaan worden;

Overwegende dat het aangewezen is, teneinde de gelijkheid van kansen tussen mannen en vrouwen in de openbare diensten te bevorderen, erover te waken dat in de mate van het mogelijke de aanwezigheid van vrouwen in alle niveaus van de hiërarchie, de hoogste inbegrepen, verzekerd wordt;

Overwegende dat het Directiecomité niet heeft ontkend, tijdens zijn zitting van 26 maart 2003, de kennissen van mevrouw ROOBROECK inzake vennootschapsbelasting;

Overwegende dat er derhalve niet moet overgegaan worden tot de voorbijgang van mevrouw ROOBROECK.”.

2. Over de ontvankelijkheid.

2.1. Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat de vordering niet ontvankelijk is voor zover ze gericht is tegen de impliciete weigering om verzoeker te benoemen aangezien de bestreden bevordering er één naar keuze is;

2.2. Overwegende dat over die exceptie slechts uitspraak zou moeten worden gedaan indien aan de beide, cumulatieve voorwaarden om tot de schorsing

van de tenuitvoerlegging over te gaan is voldaan, wat te dezen, zoals zal blijken, niet het geval is;

3. Over de gegrondheid van de vordering tot schorsing.

Overwegende dat luidens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de akte of het reglement een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.1. Overwegende dat verzoeker met betrekking tot de tweede voorwaarde aanvoert dat hij moreel zwaar wordt getroffen; dat de bestreden beslissing overkomt als een feitelijke degradatie die hem zwaar treft zowel persoonlijk als in zijn relatie tot zijn collega's, dat de teleurstelling des te zwaarder overkomt nu door eenieder van de collega's, gelet op het eenparig voorstel tot benoeming van uitsluitend zijn kandidatuur, zijn benoeming praktisch als een voldongen feit werd beschouwd en daarenboven de benoeming van de tussenkomende partij het resultaat is van "zware onrechtvaardigheden"; dat hij, aangezien hij sinds 1 februari 2002 de dagelijkse leiding van de betrokken directie heeft waargenomen, nu een stap achteruit zal moeten zetten en in ondergeschikte positie zijn taak zal moeten verderzetten en dit dan nog onder een persoon waarvan het directiecomité oordeelde dat zij niet de nodige ervaring heeft en niet geschikt is voor de leiding van de bewuste dienst en wiens eigen sollicitatie aantoonde "dat haar motivatie inzake de betrekking waarin zij uiteindelijk werd benoemd helemaal niet zo uitgesproken is"; dat hij bijgevolg "naar de toekomst toe geen rol van betekenis meer zal kunnen vervullen en alleen nog als 'ghostwriter' zal kunnen fungeren onder de vleugels van een dienstchef die zelfs niet ontkent op dat vlak geen ervaring te bezitten"; dat hij de kans niet denkbeeldig acht dat hij, vermits het gaat om een "kleine dienst waar in nauw teamverband en met zeer grote flexibiliteit moet worden gewerkt, hij "noodgedwongen verplicht zal zijn om zijn overplaatsing aan te vragen naar een andere (volgens hem minder interessante dienst) waardoor zijn jarenlang opgebouwde kennis- en ervaringsvoorsprong binnen de snel evoluerende materie van de wetgeving inzake de vennootschapsbelasting helaas volledig teniet zal gaan" wat een verzwakking van zijn concurrentiepositie bij latere vacatures zal meebrengen; dat het waarschijnlijk zijn laatste kans was om ingevolge de Copernicushervorming van

niveau A, ooit nog tot auditeur-generaal te kunnen worden benoemd; dat tenslotte ingevolge de terugwerkende kracht van de bestreden benoeming tot 1 juni 2002 hij elk recht op vergoeding wegens een hogere functie verliest terwijl juist hij en niet de tussenkommende partij in die periode de leiding van de directie 3/3 vennootschapsbelasting waarnam, wat hij als een “flagrante onrechtvaardigheid” aanvoelt;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij hierop antwoordt dat hoewel verzoeker de facto aan het hoofd van de dienst stond, hij en zijn collega's wisten dat hij niet tot effectief diensthoofd was benoemd; dat daarbij noch in het benoemingsbesluit, noch in de daaraan voorafgaande adviezen, enige kritiek gegeven wordt op de manier waarop verzoeker de dienst heeft geleid terwijl uit het benoemingsbesluit blijkt dat de keuze voor een andere kandidaat steunt op elementen die vreemd zijn aan de wijze waarop verzoeker de dienst had geleid; dat het wel begrijpelijk is dat verzoeker erg teleurgesteld is nu hij ondanks het feit dat hij als enige werd voorgesteld voor de benoeming, toch niet wordt benoemd; dat dit evenwel een risico is eigen aan elke benoemingsprocedure en dat het ingeroepen nadeel dan ook zal kunnen worden hersteld door de morele genoegdoening die een eventuele vernietiging zal verschaffen; dat verzoeker in elk geval het niet aannemelijk maakt dat er bijzondere omstandigheden zouden zijn die meebrengen dat dit niet het geval zou zijn; dat hij voorts de leiding van de dienst slechts de facto heeft waargenomen, dus tijdelijk, en slechts was bekleed met de graad van directeur; dat de benoeming van een dienstchef noodzakelijkerwijze meebrengt dat er een hiërarchisch verband ontstaat tussen deze dienstchef en de verzoeker die met een lagere graad is bekleed; dat deze omstandigheid evenwel niet bijzonder is en dat verzoeker trouwens niet functioneel ondergeschikt wordt aan de tussenkommende partij aangezien hij niet onder haar leiding werkt maar wel rechtstreeks onder de leiding van de adjunct-administrateur-generaal van de belastingen; dat er dan ook geen redenen zijn om aan te nemen dat verzoekers carrièremogelijkheden definitief zouden zijn gefnuikt; dat het om verzoekers laatste kans zou gaan om benoemd te kunnen worden tot auditeur-generaal van financiën louter hypothetisch omdat, steeds volgens de verwerende partij, op heden nog niet is bepaald hoe de nieuwe loopbanen van niveau 1 zullen worden geregeld in het kader van de Copernicus-hervorming, laat staan dat er reeds een datum vastgelegd is waarop de eventuele hervorming van de loopbanen in niveau 1 zal doorgaan; dat tenslotte aan verzoeker nog niet effectief een hogere functie toegekend was en bijgevolg ook geen recht op een vergoeding wegens het uitoefenen van een hogere functie zodat de schorsing van de bestreden benoeming dan ook geen recht op die vergoeding zou kunnen doen herleven; dat

overigens dit laatste nadeel bij een eventuele latere vernietiging eenvoudig te herstellen is;

3.3. Overwegende dat de tussenkomenende partij aanvoert dat verzoeker geen onmogelijk te herstellen nadeel aantoonst; dat het haar, gezien de bevestiging van verzoekers kwaliteiten door de administrateur-generaal van de belastingen, “ten zeerste (zou) verwonderen dat (verzoeker) van elke benoemingsbeweging in de toekomst (zou zijn) uitgesloten”; dat zij ter zitting nog stelt dat verzoeker destijds nog onder haar leiding heeft gewerkt;

3.4. Overwegende dat een moreel nadeel in de regel kan worden goedge maakt door de morele genoegdoening die wordt verkregen door de gebeurlijke latere vernietiging van een bestreden beslissing; dat dit des te meer het geval is als de bestreden beslissing een benoeming betreft, zodat een teleurstelling wegens een niet-benoeming geen zo zwaar grievend moreel nadeel oplevert dat het alleen maar door een schorsing van de tenuitvoerlegging zou kunnen worden hersteld; dat immers de kans om niet te worden benoemd precies vervat is in elke benoemingsprocedure waarin verscheidene gegadigden zich geroepen achten; dat alhoewel alleen verzoeker door het directiecomité was voorgedragen en feitelijk was belast met de leiding van de dienst, hij daarom nog niet automatisch ervan mocht uitgaan en de stellige zekerheid mocht verworven hebben dat hij de enige was die daadwerkelijk kon worden benoemd; dat de teleurstelling omwille van zijn niet-benoeming dan ook niet dermate zwaar kan zijn dat het nadeel alleen door een schorsing kan worden hersteld; dat een gebeurlijke latere vernietiging voor verzoeker een ruimschoots voldoende moreel herstel zal opleveren te meer daar het ook geen geheim was voor zijn medewerkers dat hij niet als diensthoofd effectief was benoemd; dat de verwerende partij er ook terecht op wijst dat de bestreden beslissing geen enkele kritiek heeft op verzoekers wijze van dienen zodat hij ook daardoor bezwaarlijk een moreel nadeel zou kunnen ondergaan; dat verzoeker klaarblijkelijk niet tewerkgesteld is in dezelfde dienst als de tussenkomenende partij, zodat het nadeel om als ondergeschikte te moeten werken, zo er nadeel zou kunnen zijn, niet als ernstig kan worden beschouwd; dat overigens verzoeker zelf vroeger reeds een ondergeschikte blijkt geweest te zijn van de tussenkomenende partij; dat uit de uitleg van de verwerende partij, die hiertoe uit de aard van haar opdracht zelf goed geplaats is, blijkt dat het helemaal niet zeker is dat het voor verzoeker een laatste kans zou zijn om nog tot auditeur-generaal te worden benoemd zodat dit ingeroepen nadeel hypothetisch is; dat verzoeker ten slotte niet aantoonst dat hij belast was met

de hogere functie van auditeur-generaal zodat hij het er aan verbonden wedde-
voordeel had moeten genieten; dat integendeel de verwerende partij het aannemelijk
maakt dat er wel plannen waren om hem te belasten met de hogere functie maar dat
die beslissing niet is genomen gelet op de inmiddels getroffen bestreden beslissing;
dat overigens dergelijk materieel nadeel steeds later kan worden hersteld; dat
verzoeker aldus niet genoegzaam aantoont dat hij door de tenuitvoerlegging van de
bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan;

3.5. Overwegende dat aldus niet is voldaan aan een van de voor-
waarden van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State; dat
die vaststelling volstaat om verzoekers vordering af te wijzen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van Nicole ROOBROECK in het
administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten wordt
uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op een
maart 2000 en vier, door :

de H. L. HELLIN, staatsraad, wnd. kamervoorzitter,

Mevr. V. WAUTERS,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

V. WAUTERS.

L. HELLIN.