

Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973).

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE

A R R E S T

Nr. 100 559 van 7 november 2001

A. 78 118/VIII-2489

In zake: **RAEPERS** Georges,
die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Eric GILLET, advocaat,
Brand Whitlocklaan 30
1200 Brussel,

tegen:

de stad Bergen,
die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Tangui VANDENPUT, advocaat,
Louizalaan 390 bus 12
1030 Brussel.

DE RAAD VAN STATE, VIIIe KAMER,

Gezien het op 3 april 1998 ingediende verzoekschrift, waarbij Georges RAEPERS de nietigverklaring vordert van het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de stad Bergen van 30 december 1997, waarbij hij "per 1 januari 1998 als bestuurssecretaris op arbeidscontract wordt aangesteld";

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van de heer LOMBAERT, auditeur bij de Raad van State;

Gelet op de beschikking van 8 januari 2001, waarbij de neerlegging van het dossier en het verslag ter griffie wordt gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 2 augustus 2001, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 26 oktober 2001;

Gehoord het verslag van mevrouw GEHLEN, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. DEPRE, loco Mr. GILLET, advocaat, die voor verzoeker verschijnt, en van Mr. VERMER, loco Mr. VANDENPUT, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van de heer LOMBAERT, eerste auditeur;

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

Overwegende dat de volgende gegevens dienstig zijn voor het onderzoek van het beroep:

1. Op 24 januari 1991 stelt het college van burgemeester en schepenen van de stad Bergen vast "dat de stad er als provinciehoofdplaats vaak toe gebracht wordt deel te nemen aan openbare evenementen", "dat voor die evenementen de aanwezigheid vereist is van een personeelslid dat gespecialiseerd is in protocollaire aangelegenheden" en "dat de heer Georges RAEPERS over de vereiste bekwaamheidsbewijzen beschikt om toegang te hebben tot de betrekking van bestuurssecretaris". Het college besluit verzoeker in die hoedanigheid aan te stellen "als communicatie-attaché in de dienst Public Relations van 1 februari tot 31 december 1991"; er wordt gepreciseerd dat die aanstelling "betrokkene geen enkel bijzonder recht verleent met het oog op een benoeming in vast verband in een al dan niet soortgelijk ambt". De formatie van het vastbenoemd personeel van het hoofdbestuur telde toen dertien betrekkingen van bureauchef of bestuurssecretaris; er was ook een formatie van het tijdelijk personeel, waarin geen enkele betrekking van bestuurssecretaris voorkwam.

Die aanstelling wordt tot 30 juni 1992 verlengd bij een besluit dat dezelfde motivering bevat.

2. Op 2 april 1992 besluit het college van burgemeester en schepenen verzoeker te muteren van de dienst Public Relations naar de dienst Documentatie-Archieven.

3. Op 14 mei 1992 besluit het college van burgemeester en schepenen de tijdelijke aanstelling van verzoeker als bestuurssecretaris te verlengen tot 31 december 1992; in de aanhef van die handeling wordt niet meer verwezen naar de vereiste aanwezigheid van een personeelslid "dat gespecialiseerd is in protocollaire aangelegenheden"; in het dispositief van die handeling wordt de functie van de betrokkene niet vermeld, maar wordt gesteld dat de aanstelling geen recht verleent op een benoeming in vast verband.

5. Op 25 juni 1992 stelt het schepencollege dat "er grond is om alle dienstige maatregelen te treffen om het contract van de heer RAEPERS te beëindigen op 31.12.1992" en besluit het om hem "een opzegging te geven van zes maanden die ingaat op 1.7.1992, onder voorbehoud van het verkrijgen van een nieuwe machtiging van het Waals Gewest om zijn aanstelling voor het jaar 1993 te verlengen". Van die opzegging is geen kennis gegeven aan verzoeker.

6. Het college van burgemeester en schepenen, dat het fiat van de bevoegde minister had ontvangen, stelt op 7 januari 1993 voor verzoeker tijdelijk aan te stellen tot 31 december 1993.

7. Op 24 juni 1993 belast het college van burgemeester en schepenen de personeelsdienst met het aanleggen van een wervingsreserve van bestuurssecretarissen. Verzoeker neemt deel aan het eerste examenonderdeel dat daartoe op 8 november 1993 wordt georganiseerd. Hij haalt evenwel geen 50% en wordt afgewezen.

8. Bij een besluit van het schepencollege van 15 december 1993 wordt de aanstelling van verzoeker nogmaals verlengd, deze keer tot 31 december 1994; in de aanhef van dat besluit wordt vastgesteld dat de betrokkene zijn functie in tijdelijk verband uitoefent "binnen de perken van de formatie van het hoofdbestuur".

Op 10 november 1994 besluit het college van burgemeester en schepenen de aanstelling van verzoeker "als tijdelijk bestuurssecretaris" te verlengen "totdat een vaste benoeming in dat ambt kan worden verleend".

9. Op 2 april 1996 herziet de gemeenteraad de personeelsformatie, inzonderheid op grond van de overweging "dat het erop aankomt de nieuwe formatie realistisch op te stellen door zo veel mogelijk in de vaste personeelsformatie te voorzien in een aantal betrekkingen dat overeenstemt met het huidige personeelsbestand". Voortaan is er een vaste personeelsformatie met inzonderheid tien betrekkingen van administratief bureauchef, een formatie in afbouw en een formatie van arbeidscontractanten, waarin twee betrekkingen van bestuurssecretaris voorkomen. De formatie van het tijdelijk personeel wordt afgeschaft.

10. Op 30 december 1997 stelt het college van burgemeester en schepenen, met verwijzing naar de nieuwe personeelsformatie, dat er grond is om de administratieve situatie van verzoeker te herzien en besluit het om hem aan te stellen "als arbeidscontractant in de hoedanigheid van bestuurssecretaris in een van de beide vacante betrekkingen in de formatie van de arbeidscontractanten van het hoofdbestuur en zulks met ingang van 01.01.1998". Dat is de bestreden handeling.

Een arbeidsovereenkomst van bediende voor onbepaalde tijd is aan verzoeker voorgelegd, maar hij heeft geweigerd haar te tekenen. Hij blijft zijn functie evenwel uitoefenen;

Overwegende dat de verwerende partij betwist dat de Raad van State in casu bevoegd is doordat het beroep volgens haar strekt tot het laten erkennen van het subjectieve recht van verzoeker om in vast verband te kunnen werken, welke betwisting tot de exclusieve bevoegdheid van de justitiële gerechten behoort; dat hetgeen werkelijk in het geding is volgens haar wel degelijk de erkenning van zulk een recht is; dat zij het bewijs daarvan ziet in de bewoordingen van het inleidend verzoekschrift en in de vergelijking door verzoeker van zijn situatie met die van een bediende in geval van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd;

Overwegende dat de bestreden handeling geen overeenkomst is, maar de unilaterale beslissing die daarvan los kan worden gezien om verzoeker op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst te nemen; dat verzoeker betoogt dat met die beslissing voorbijgegaan wordt aan zijn rechtspositie van vast personeelslid dat definitief is geworden, doordat hij sedert verscheidene jaren een permanente betrekking van de personeelsformatie bekleedt; dat hij zich niet beroept op een subjectief recht op een benoeming in vast verband, maar dat hij betoogt dat de verwerende partij zijn rechtspositie verkeerd heeft beoordeeld door hem als een tijdelijk personeelslid te bestempelen; dat, zoals de verwerende partij in

haar laatste memorie toegeeft, de Raad van State bevoegd is om kennis te nemen van het beroep waarvan het onderwerp aldus is bepaald;

Overwegende dat de verwerende partij een exceptie opwerpt die ontleend wordt aan gebrek aan belang bij het beroep; dat ze uiteenzet dat verzoeker aanvoert dat hij de rechtspositie van een in vast verband benoemd personeelslid bezit, doch dat hij niet geslaagd is voor het wervingsexamen dat door artikel 11 van het personeelsstatuut van de stad is voorgeschreven en dat hij dan ook geen aanspraak kan maken op die rechtspositie;

Overwegende dat verzoeker antwoordt dat "wanneer een personeelslid, zelfs op onregelmatige wijze, in dienst is genomen, wat bijvoorbeeld het geval is wanneer de arbeidsverhouding verkeerd is gekwalificeerd of wanneer de indienstneming in tijdelijk verband ten onrechte verlengd is, de onregelmatigheid die zich heeft voorgedaan er weinig toe doet, ook als het gaat om de onregelmatigheid een personeelslid in dienst te hebben genomen dat niet aan alle voorwaarden voldeed"; dat hij daarop laat volgen dat hij, toen het wervingsexamen georganiseerd is, het stadium van de werving reeds achter de rug had; dat hij daaruit concludeert dat de exceptie verband houdt met de zaak zelf;

Overwegende dat verzoeker in het enige middel dat hij tot staving van zijn beroep aanvoert, stelt dat hij sedert zijn indienstneming onder de regeling voor ambtenaren valt, dat de betrekking die hij sedertdien zonder onderbreking heeft bekleed een vaste betrekking en geen tijdelijke betrekking is en dat hij dan ook moet worden beschouwd als een in vast verband benoemd ambtenaar; dat als voor die stelling wordt geopteerd, het er weinig toe zou doen dat verzoeker niet geslaagd is voor een wervingsexamen; dat de exceptie inderdaad verband houdt met de zaak zelf;

Overwegende dat verzoeker een enig middel ontleent "aan schending van de wet van 30 juli 1903 op de vastheid der gemeentebedieningen en inzonderheid van artikel 2 ervan, van de nieuwe gemeentewet en inzonderheid van artikel 145 ervan, van het organieke reglement betreffende de werving, de proeftijd, de onverenigbaarheden, de dienstanciënniteit, de toegang tot betrekkingen, de uitoefening van hogere ambten, de bevordering en de definitieve ambtsneerlegging van het gemeentepersoneel, uitgevaardigd tijdens de vergadering van de gemeenteraad van de stad Bergen d.d. 29 juni 1987, van het in 1997 herziene statuut van het personeel van de stad Bergen en van de algemene rechtsbeginselen, inzonderheid van de beginselen van behoorlijk bestuur en goed beheer"; dat hij tegen de bestreden handeling inbrengt dat hij daarin op grond van een arbeidsovereenkomst

wordt aangesteld in een vacante betrekking van de formatie van de arbeidscontractanten, terwijl hij sedert zijn indiensttreding onder de rechtspositie van ambtenaar valt, dat hij nooit in het kader van een arbeidsovereenkomst heeft gewerkt en dat het bestaan van zulk een overeenkomst niet kan worden verondersteld, aangezien de rechtspositie van ambtenaar de regel is voor degenen die bij een gemeente werkzaam zijn; dat hij betoogt dat de verwerende partij de betrekking die hij sedert februari 1991 ononderbroken heeft vervuld, ten onrechte als een tijdelijke betrekking heeft bestempeld en dat die betrekking een betrekking van de personeelsformatie is; dat hij benadrukt dat de handelingen waarbij hij door de verwerende partij aangeworven en aangesteld is altijd unilateraal zijn gesteld; dat hij, steunend op de bepalingen van het statuut van het personeel van de stad Bergen betreffende een proeftijd van twaalf maanden, uit de tijd die sedert zijn eerste aanstelling is verstreken, afleidt dat hij zijn proeftijd heeft volbracht en dat hij in vast verband is benoemd; dat hij een bevestiging van het volbrengen van de proeftijd ziet in de omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst die hem wordt voorgesteld geen proefbeding omvat;

Overwegende dat verzoeker de stelling uit zijn verzoekschrift, namelijk dat hij onder de rechtspositie van ambtenaar valt en dat hij geacht moet worden in vast verband in dienst te zijn genomen, in zijn memorie van wederantwoord bevestigt en nader uiteenzet; dat hij zich er eveneens op toelegt het argument van de verwerende partij betreffende zijn niet-slagen voor de wervingsexamens te weerleggen; dat hij uiteenzet dat hij, toen hij zich in 1993 voor dat examen heeft laten inschrijven, erop gewezen heeft dat hij zulks deed "onverminderd een correcte kwalificatie van de bestaande situatie" en dat zijn deelname aan het examen "geen enkele erkenning impliceerde van de rechtspositie van de examinandus"; dat hij daarop laat volgen dat hij zich niet voor een later examen kon laten inschrijven omdat hij de leeftijdsgrens had bereikt; dat hij erop wijst dat hoewel twee wervingsreserves zijn aangelegd, de verwerende partij ervoor gekozen heeft hem in zijn betrekking te behouden en niet uit die wervingsreserve te putten; dat hij het volgende stelt: "Waar het op aankomt, is de bedoeling van de verwerende partij aan het licht te brengen en de enige regelmatige rechtspositie met die bedoeling in overeenstemming te brengen"; dat volgens hem die bedoeling er duidelijk in bestaan heeft in vast verband in dienst te nemen en de enige situatie die met die bedoeling overeenstemt die is van een in vast verband benoemd ambtenaar;

Overwegende dat verzoeker in zijn laatste memorie in de eerste plaats met klem benadrukt dat er geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ondertekend; dat hij vervolgens poogt aan te tonen dat niet voldaan is aan de

voorwaarden op grond waarvan een gemeente personeelsleden op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst kan nemen; dat hij uitlegt dat zijn opdracht niet beperkt is in de tijd en dat ze in de personeelsformatie voorkomt, terwijl ze daarin niet als tijdelijk vermeld wordt, en dat het om een niet nader bepaalde opdracht gaat; dat hij daarop laat volgen dat hij steeds geweigerd heeft de arbeidsovereenkomst te tekenen en dat er bijgevolg geen overeenstemmende wil van de partijen bestond om arbeidsbetrekkingen in contractueel verband aan te knopen, zodat hij zijn ambt in rechtspositioneel verband uitoefent; dat hij betoogt dat ingeval aangenomen mocht worden dat hij onder een arbeidsovereenkomst valt "hoewel geen arbeidscontract is getekend en tijdelijke aanwijzingen als bestuurssecretaris elkaar zonder onderbreking hebben opgevolgd", zulks zou betekenen dat een personeelslid gedurende zijn volledige loopbaan tijdelijke zou kunnen blijven, ook al oefent hij steeds hetzelfde ambt uit, wat tot gevolg zou hebben dat zijn situatie "nog onzekerder zou zijn als die van een bediende met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd", aangezien volgens artikel 10 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten een opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zonder een aan de werknemer toe te schrijven onderbreking, moet worden gelijkgesteld met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd; dat hij de Raad van State verzoekt om aan het Arbitragehof een prejudiciële vraag voor te leggen over de verenigbaarheid van het voormelde artikel 10 met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, "doordat dit artikel zonder dat daar een redelijke grond voor bestaat, niet van toepassing is op werknemers die in rechtspositioneel verband werken in overheidsdienst, inzonderheid bij een gemeentebestuur, en herhaaldelijk in hetzelfde ambt kunnen worden benoemd, terwijl die opeenvolging van benoemingen voor bepaalde tijd niet geacht worden een vaste benoeming te vormen";

Overwegende dat de vraag wat met het middel moet gebeuren, afhangt van de kwalificatie van de juridische situatie van verzoeker net voor de bestreden handeling gesteld is; dat de partijen het erover eens zijn dat die situatie van rechtspositionele aard was; dat het geschil betrekking heeft op de vraag of die rechtspositionele situatie blijvend of tijdelijk was;

Overwegende dat een benoeming in vast verband in principe niet kan worden verondersteld, daar ze het gevolg dient te zijn van een bewuste handeling van de tot benoemen bevoegde overheid; dat de eenzijdige handelingen houdende de opeenvolgende aanstellingen van verzoeker ondubbelzinnig vermelden dat het om tijdelijke aanstellingen gaat, waarbij telkens gepreciseerd wordt dat "deze aanstelling betrokkene geen enkel bijzonder recht verleent met het oog op een benoeming in vast verband in een al dan niet soortgelijk ambt"; dat de verwerende partij aldus duidelijk

heeft gewezen op de precare aard van de band die zij met verzoeker wenste aan te gaan; dat de bewijskracht van de akten vereist dat rekening wordt gehouden met die wilsuiking; dat tijdelijke aanstellingen die gedurende geruime tijd steeds vernieuwd worden, geen vaste benoeming worden; dat die constatering in casu des te meer geldt daar verzoeker niet geslaagd is voor het wervingsexamen waarvan sprake is in artikel 11 van het administratief statuut van het personeel van de stad Bergen; dat hij weliswaar voorbehoud heeft gemaakt toen hij zich voor dat examen heeft laten inschrijven; dat uit zijn inschrijving zelf een streven tot regularisatie blijkt en dus de wetenschap dat zijn situatie onzeker was; dat, bij ontstentenis van een beslissing van de overheid om hem tot de proeftijd toe te laten, de diensten die hij verricht heeft gedurende een periode die even lang is als de proeftijd niet met een proeftijd kunnen worden gelijkgesteld; dat het aanvaarden van de stelling van verzoeker zou neerkomen op het dulden van het op willekeurige gronden voorbijgaan aan de wervingsvoorwaarden voor een benoeming in vast verband; dat volgens de Nieuwe Gemeentewet van 24 juni 1988 de wet van 30 juli 1903 op de vastheid der gemeentebedieningen niet meer van toepassing is op de stad Bergen; dat die wet overigens tot niets anders strekt dan tot het opleggen van de verplichting om de regels van het toezicht na te leven waarin zij voorziet voor het geval dat tijdelijke personeelsleden of personeelsleden op proef die permanente functies uitoefenen afgezet of ontslagen worden; dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat verzoeker, op het ogenblik waarop men zich moet plaatsen om de wettigheid van de bestreden handeling te beoordelen, namelijk net voor die handeling, geen aanspraak kon maken op een benoeming in vast verband en de rechtspositie van een tijdelijk ambtenaar bezat; dat hij geen belang heeft bij de nietigverklaring van de handeling waardoor een dienstverband op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zonder proefperiode, in de plaats komt van een tijdelijke aanstelling die per definitie tot wederopzeggens toe bestaat;

Overwegende dat het waar is dat iemand die een reeks aanstellingen als tijdelijk ambtenaar heeft genoten in een onzekerder situatie verkeert als degene die opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd afsluit; dat de situatie van laatstgenoemde geregeld wordt door artikel 10 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, waarvan het eerste lid als volgt luidt: "Wanneer de partijen verscheidene opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd hebben afgesloten zonder dat er een onderbreking is, toe te schrijven aan de werknemer, worden zij verondersteld een overeenkomst voor onbepaalde tijd te hebben aangegaan, behalve wanneer de werkgever het bewijs levert dat deze overeenkomsten gerechtvaardigd waren wegens de aard van het werk of wegens andere wettige redenen"; dat de prejudiciële vraag die verzoeker door de Raad van

State aan het Arbitragehof wil laten voorleggen op zijn minst impliciet steunt op een schending van het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie dat verankerd is in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet; dat het systeem van de prejudiciële vraag het Arbitragehof niet in staat stelt om een wetsbepaling te vernietigen, maar alleen om vast te stellen dat die bepaling strijdig is met de bevoegdheidsverdelende regels of een schending inhoudt van bepaalde artikelen van de Grondwet, zodat die bepaling bijgevolg door de bodemrechter niet kan worden toegepast; dat in casu niet beweerd wordt dat artikel 10 van de voormelde wet van 3 juli 1978 als zodanig op het geschil zou moeten worden toegepast; dat als het Arbitragehof de stelling van verzoeker zou volgen en vaststellen dat er een verschil in behandeling bestaat tussen twee verschillende categorieën - de bediende die opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd heeft afgesloten en het personeelslid dat achtereenvolgens in tijdelijk verband is aangesteld - die constatering alleen zou kunnen worden afgeleid uit een leemte in de wet die de Raad van State niet vermag aan te vullen; dat het antwoord op de vraag bijgevolg geen belang heeft voor de oplossing van het geschil en dat er geen grond is om die vraag aan het Arbitragehof voor te leggen;

Overwegende dat het beroep niet-ontvankelijk is bij gebrek aan belang,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op 7 000 frank, komen ten laste van verzoeker.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting, op zeven november tweeduizend één door:

de Hr.	GEUS,	kamervoorzitter,
Mevr.	GEHLEN,	staatsraad,
Mevr.	GUFFENS,	staatsraad,
Mevr.	HONDERMARCQ,	griffier.

De Griffier,

De Voorzitter,

M.-Cl. HONDERMARCQ.

J.-Cl. GEUS.

VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.