

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 109.288 van 15 juli 2002
in de zaken A. 69.797/XII-2002.
A. 74.192/XII-21.**

In zake : Bernard DERYCKE,
die woonplaats kiest bij
advocaat Chr. De Ganck,
kantoor houdende te Gent,
Koning Leopold II-laan 95

tegen :

de HOGESCHOOL GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaat E. Bral,
kantoor houdende te Gent,
Henleykaai 3 R.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Bernard Derycke op 11 juli 1996 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- “1. de beslissing van het Bestuurscollege van de Hogeschool Gent, gevormd op diens vergaderingen van 7, 9 en 23 februari 1996, waarbij de cumulatie van de opdracht van de verzoeker als voltijds lector/praktijklector met een beperkte zelfstandige activiteit hem werd geweigerd, waardoor ambtshalve de opdracht van de verzoeker als deeltijds (70 %) werd aangemerkt;
2. de in deze beslissing vervatte impliciete weigering vanwege het Bestuurscollege van de Hogeschool Gent om de verzoeker de cumulatie van zijn voltijdse lesopdracht binnen de Hogeschool Gent met een zelfstandige praktijk van thuisverpleger toe te staan, aldus aan de verzoeker een individuele afwijking op de toepassing van art. 148 Hogeschooldecreet weigerend, in die zin dat zijn op de lijst ingeschreven nevenactiviteit toch geen groot gedeelte van zijn tijd in beslag neemt, zodat zijn opdracht voltijds had kunnen blijven”;

Gezien het verzoekschrift dat Bernard Derycke op 30 april 1997 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- “1. de beslissing van het Bestuurscollege van de Hogeschool Gent, gevormd op diens vergaderingen van 7 en 28 februari 1997, waarbij de cumulatie van de opdracht van de verzoeker als voltijds lector/praktijklector met een beperkte zelfstandige activiteit hem werd geweigerd, waardoor

- ambtshalve de opdracht van de verzoeker als deeltijds (70 %) werd aangemerkt;
2. de in deze beslissing vervatte impliciete weigering vanwege het Bestuurscollege van de Hogeschool Gent om de verzoeker de cumulatie van zijn voltijdse lesopdracht binnen de Hogeschool Gent met een zelfstandige praktijk van thuisverpleger toe te staan”;

Gelet op het arrest nr. 64.984 van 5 maart 1997 in de zaak A. 69.797/XII-2002 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het eerste bestreden besluit wordt verworpen;

Gelet op het arrest nr. 69.641 van 18 november 1997 in de zaak A. 74.192/XII-21 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het tweede bestreden besluit wordt verworpen;

Gezien het verzoek tot voortzetting van de procedure van verzoeker in de zaak A. 74.192/XII-21;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur-afdelingshoofd R. Van Der Gucht;

Gelet op de beschikking van 10 juni 1999 tot voeging van de zaken;

Gelet op de beschikking van 10 juni 1999 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van de dossiers gelast;

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

Gelet op de beschikking van 21 november 2001 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 18 december 2001;

Gehoord het verslag van staatsraad E. Brewaey;

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. Gordts, die loco advocaat C. De Ganck verschijnt voor verzoeker, en van advocaat E. Bral, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het gedeeltelijk eensluidend advies van eerste auditeur-afdelingshoofd R. Van Der Gucht;

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

1. De feiten.

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

1.1. Verzoeker is sinds 1 juli 1975 vast benoemd als voltijds lector/praktijklector “technische vakken beroepspraktijk/specialiteit verpleging”, oorspronkelijk aan het Stedelijk Hoger Instituut voor Paramedische Beroepen te Gent, thans aan de Hogeschool Gent.

Daarbuiten heeft hij een zelfstandige praktijk als thuisverpleger.

1.2. Op 28 november 1995 dient verzoeker op grond van artikel 147, § 1, van het decreet van 13 juli 1994, betreffende de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap (hogeschooldecreet), bij het hogeschoolbestuur een gemotiveerde aanvraag in tot het verkrijgen van de toestemming tot cumulatie van zijn zelfstandige activiteit met zijn volledige opdracht.

1.3. Op 7 februari 1996 beslist het bestuurscollege van de Hogeschool Gent dat de opdracht van verzoeker in uitvoering van artikel 148 van het hogeschooldecreet ambtshalve deeltijds (70 pct.) wordt. Vermeld wordt : “Betrokkene oefent een activiteit als zelfstandige uit. De aard van deze activiteit laat redelijkerwijze niet toe dat deze activiteit beperkt blijft tot max. twee halve dagen per week”.

1.4. Bij schrijven van 28 februari 1996 tekent verzoeker tegen voornoemde beslissing bij de voorzitter van de hogeschool bezwaar aan.

1.5. Met zijn brief van 25 maart 1996 deelt de algemeen directeur aan verzoeker mede dat het bestuurscollege op 22 maart 1996 zijn schrijven van 28 februari 1996 met betrekking tot de eerder genomen beslissing heeft besproken en tot de conclusie is gekomen “dat geen nieuwe elementen worden aangebracht,

noch een materiële vergissing is begaan, zodat ze haar eerder genomen beslissing inzake cumulatie behoudt”.

1.6. Met een brief van 1 april 1996 vraagt verzoeker onder verwijzing naar bovenvermelde brief van 25 maart 1996 om een gesprek met de algemeen directeur “in de hoop enige klaarheid in mijn situatie te verkrijgen”.

1.7. Dat gesprek blijkt op 2 mei 1996 plaats te hebben gehad.

1.8. Op 30 juni 1996 dient verzoeker een nieuwe aanvraag in “om (zijn) nevenactiviteit te erkennen als zijnde een activiteit die geen groot gedeelte van de tijd in beslag neemt”.

1.9. Op 9 december 1996 adviseert de departementsraad gunstig ten aanzien van verzoekers aanvraag en dit op grond van de navolgende motivering :

“Gelet op de correcte invulling van zijn opdracht in het departement.
Gelet op zijn extra inzet binnen de beroepsvereniging Verpleegkunde (voorzitter).

Gelet op de meerwaarde die de zelfstandige activiteit (thuisverpleging) oplevert voor de gedoeerde opleidingsonderdelen (waaronder thuisverpleging).

Gelet in het kader van de kwaliteitszorg van de binding beroepsveld-onderwijs beslist de Departementsraad een gunstig advies voor afwijking te verlenen”.

1.10. Op 7 februari 1997 beslist het bestuurscollege van de Hogeschool in verband met verzoekers aanvraag :

“In uitvoering van art. 148 van het decreet op de hogescholen blijft de opdracht van de heer Bernard De Rijcke FT lector ambtshalve deeltijds (70 %) op grond van de volgende motivatie :

1. Zijn nevenactiviteit beperkt zijn beschikbaarheid voor de hogeschool.
2. Het toestaan van een afwijking op het hogeschool-decreet is een uitzondering die de hogeschool kan toestaan : dat een afwijking geen verworven recht is en niet afdwingbaar; dat de discretionaire bevoegdheid van de hogeschool dient te worden gerespecteerd;
3. Art. 147 t/m art. 150 van het decreet op de hogescholen indachtig motiveert de hogeschool haar beslissing de afwijking niet toe te staan als volgt :
4. Zijn nevenactiviteiten als zelfstandige zijn integreerbaar in de dienstverlening van de hogeschool, dit zal de uitstraling van de hogeschool nog meer ten goede komen dan dat hij zijn aktiviteit los van de hogeschool ontwikkelt.
5. De motivatie van de aanvrager die juist in zijn motivatie het belang van zijn zelfstandige activiteit benadrukt.
6. De nevenactiviteit van betrokkene behoort tot de lijst van activiteiten die ambtshalve een groot deel van de tijd van het personeelslid in beslag neemt”.

1.11. Bij brief van 3 maart 1997 wordt die beslissing aan verzoeker medegedeeld.

1.12. Bij schrijven van 3 april 1997 tekent de commissaris van de Vlaamse regering bij de hogescholen bij de Vlaamse minister van Onderwijs beroep aan tegen de door het bestuurscollege van de hogeschool op 7 februari 1997 genomen beslissingen inzake de cumulatierегeling, waaronder ook die ten aanzien van verzoeker.

1.13. Bij brief van 28 april 1997 deelt de minister de algemeen directeur van de Hogeschool Gent mede akkoord te gaan met de argumentatie van de commissaris.

In fine van zijn schrijven stelt hij : “Ik aanvaard dit beroep en verzoek de raad van beheer om binnen de 30 dagen een nieuwe beslissing te nemen”.

1.14. Op 30 mei 1997 trekt het hogeschoolbestuur onder meer de beslissingen van 7 februari 1997 inzake de cumulatie van personeelsleden van de hogeschool -waaronder ook de beslissing inzake verzoeker- in. Dienvolgens neemt het ten aanzien van de betrokken personeelsleden een nieuwe cumulatiebeslissing. Voor wat verzoeker betreft luidt de beslissing als volgt :

“art. 39. In afwijking van art. 148 van het decreet op de hogescholen blijft de opdracht van de heer Bernard De Rijcke, FT lector ambtshalve deeltijds (70 %) op grond van de volgende motivatie :

1. De nevenactiviteit van betrokkene (zelfstandig verpleger) behoort tot de lijst van activiteiten die ambtshalve een groot deel van de tijd van het personeelslid in beslag neemt.
2. Betrokkene toont niet aan dat zijn nevenactiviteit minder dan twee halve dagen per week in beslag neemt.
3. Betrokkene toont niet aan dat hij gedurende de twee halve dagen per week dat hij niet aanwezig moet zijn in de hogeschool, beschikbaar is voor de hogeschool”;

2. De ontvankelijkheid.

2.1. Het beroep A. 69.767.

2.1.1. Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat het beroep onontvankelijk ratione temporis is; dat haar argumentatie als volgt kan worden samengevat : in zijn brief van 28 februari 1996 schrijft verzoeker dat hij op die dag

kennis kreeg van de beslissing van 7 februari 1996; gesteld dat de termijn van zestig dagen vastgesteld in artikel 4 van het algemeen procedurereglement van de Raad van State geschorst werd tijdens de procedure van het willig of hiërarchisch beroep dat hij op 28 februari 1996 instelde, dan nog is zijn 11 juli 1996 gedateerde vordering te laat ingesteld; de negatieve beslissing over dat beroep werd immers genomen op 22 maart 1996 en aan verzoeker betekend bij brief van 25 maart 1996; en gesteld dat zijn vraag om een gesprek met de algemeen directeur schorsende werking had, dan nog blijft de vordering te laat ingesteld daar dit gesprek reeds op 2 mei 1996 plaatshad;

Overwegende dat krachtens artikel 19, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, de termijn voor het annulatieberoep ten opzichte van verzoeker maar kon ingaan zo, toen ze de bestreden beslissingen aan verzoeker betekende, de eerste verwerende partij het bestaan van dat beroep alsmede de in acht te nemen vormvoorschriften en termijnen had vermeld; dat ze dat niet heeft gedaan; dat verzoeker zich daar terecht over beklaagt in de memorie van wederantwoord; dat de exceptie niet kan worden aangenomen;

2.1.2. Overwegende dat de verwerende partij voorts stelt dat het beroep, gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing, niet ontvankelijk is, omdat zij niet de rechtsplicht had om aan verzoeker een afwijking te verlenen op de algemene cumulatieregels;

Overwegende dat de verwerende partij op de vraag van verzoeker enerzijds de aanvraag tot cumulatie van de voltijdse lesopdracht met de zelfstandige activiteit van thuisverpleger heeft geweigerd, en anderzijds zijn opdracht heeft verminderd; dat de eerste beslissing impliciet is en de andere expliciet; dat ze allebei voor nietigverklaring vatbaar zijn; dat het wel zo is dat de nietigverklaring van de impliciete weigering niet automatisch meebrengt dat de overheid verplicht zou zijn het geweigerde te geven; dat het door de overheid aan de nietigverklaring te geven gevolg onder meer afhangt van de vernietigingsgrond;

2.2. Het beroep A. 74.192.

2.2.1. Overwegende dat de in het verzoekschrift omschreven bestreden beslissingen in de loop van het geding werden vervangen door de expliciete beslissing van 30 mei 1997, dat die aan verzoeker werd meegedeeld bij brief van

9 juni 1997, om zijn opdracht te verminderen en de daaruit blijkende impliciete beslissing om zijn aanvraag tot cumulatie te weigeren;

2.2.2. Overwegende dat de verwerende partij in de memorie van antwoord stelt dat vermits een nieuwe beslissing is genomen, het huidige beroep onontvankelijk moet worden verklaard wegens gebrek aan voorwerp;

2.2.3. Overwegende dat het verdwijnen van het formeel voorwerp van een annulatieberoep er de Raad van State niet in alle omstandigheden toe brengt de vordering onontvankelijk te verklaren;

Overwegende dat te dezen de initiële beslissingen van 7 (en 28) februari 1997 vervangen zijn door beslissingen van 30 mei 1997 met quasi dezelfde materiële inhoud, getroffen in het kader van eenzelfde onderzoek; dat als actueel voorwerp van het beroep de nieuwe beslissingen van 30 mei 1997 moeten geïdentificeerd worden;

2.2.4. Overwegende dat de verwerende partij stelt dat het beroep, gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing, niet ontvankelijk is, omdat zij niet de rechtsplicht had om aan verzoeker een afwijking te verlenen op de algemene cumulatieregels;

Overwegende dat de verwerende partij ook te dezen op de vraag van verzoeker tot het verkrijgen van de cumulatie enerzijds die aanvraag tot cumulatie heeft geweigerd, en anderzijds zijn opdracht tot 70 % heeft verminderd; dat deze laatste beslissing expliciet is en de eerste impliciet; dat ze allebei voor nietigverklaring vatbaar zijn; dat het wel zo is dat de nietigverklaring van de impliciete weigering niet automatisch meebrengt dat de overheid verplicht zou zijn het geweigerde te geven; dat het door de overheid aan de nietigverklaring te geven gevolg onder meer afhangt van de vernietigingsgrond;

3. Ten gronde.

3.1. Het beroep A. 69.797.

3.1.1. Overwegende dat als eerste middel een motiveringsgebrek wordt aangevoerd; dat verzoeker onder meer betoogt dat de motivering vaag en

nietszeggend is, zodat zij het besluit onmogelijk kan dragen, dat de motivering onaanvaardbaar is in het licht van de feiten, nu verzoeker heeft aangetoond dat zijn zelfstandige activiteit beperkt blijft tot twee halve dagen per week, en dat de motivering niet toelaat de gegrondheid van de genomen beslissing te beoordelen;

Overwegende dat de verwerende partij in essentie stelt dat er in haren hoofde geen motiveringsplicht bestond, omdat zij niet verplicht was een afwijking toe te staan en dat de afwijzende beslissing de rechtstoestand van verzoeker, die rechtstreeks voortspuit uit het hogeschooldecreet, niet wijzigt; dat zij te dezen slechts over een gebonden bevoegdheid beschikt, “welke haar niet anders toelaat dan de opdracht van de verzoekende partij als deeltijds te beschouwen” en dat zij van oordeel is geweest dat van een zelfstandige activiteit als thuisverpleger bezwaarlijk kan verwacht worden dat deze activiteit zich zou beperken tot twee halve dagen per week; dat zij verder laat gelden dat dit het enige motief is geweest om aan verzoeker geen afwijking toe te staan, zodat het volstond naar deze motivering te verwijzen in de bestreden beslissing en dat deze motivering voldoende draagkrachtig is, aangezien “het geenszins onjuist is dat een activiteit als thuisverpleger een aanzienlijk gedeelte van de tijd in beslag neemt”, dat zelfs indien -zoals verzoeker voorhoudt- de zelfstandige activiteit beperkt blijft, men moeilijk kan verwachten dat zelfs deze beperkte activiteit geen invloed zou uitoefenen op de beschikbaarheid voor de hogeschool; dat -steeds volgens de verwerende partij- de appreciatie van de invloed van de uitgeoefende nevenactiviteit op de beschikbaarheid voor de hogeschool een feitenkwestie is die uitdrukkelijk aan de beleidsvrijheid van de hogeschool wordt overgelaten; dat zij tenslotte stelt dat de motivering “wel degelijk draagkrachtig en onderschraagd te noemen is” en dat “gelet op de aard van de beslissing [...] er trouwens geen andersoortige motivering” is;

Overwegende dat het onderzoek en de beoordeling van de aanvraag van verzoeker om een afwijking te bekomen geen zaak is van gebonden, maar van discretionaire bevoegdheid van het hogeschoolbestuur; dat krachtens artikel 148, § 3, van het decreet van 13 juli 1994 betreffende de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap, bij een met redenen omklede beslissing, individuele afwijkingen kunnen worden toegestaan op het beginsel dat de opdracht van een personeelslid dat een andere beroepsactiviteit uitoefent die een groot deel van zijn tijd in beslag neemt, ambtshalve deeltijds wordt; dat te dezen de door verzoeker ingediende vraag tot afwijking was gemotiveerd;

3.1.2. Overwegende dat nergens uit blijkt dat er bij het nemen van de bestreden beslissing een onderzoek naar de beschikbaarheid van verzoeker voor de hogeschool, nochtans het doorslaggevend criterium, is geschied; dat al evenmin een met redenen omklede beslissing voorhanden blijkt te zijn waarbij het hogeschoolbestuur vaststelt op welke gronden precies aan verzoeker geen afwijking kan worden vergund, laat staan dat die motieven te gepasten tijde aan verzoeker zouden zijn medegedeeld; dat het middel gegrond is;

3.2. Het beroep A. 74.192.

3.2.1. Overwegende dat verzoeker ook hier de schending van de materiële motiveringsplicht inroept; dat hij in essentie stelt dat de verwerende partij zijn gemotiveerde cumulatieaanvraag, waarin werd gemotiveerd en aangetoond dat de uitoefening van zijn beperkte zelfstandige activiteit als thuisverpleger wel verenigbaar moet worden geacht met zijn lesopdracht en het gunstig advies van de departementsraad van 9 december 1996 geenszins concreet heeft beantwoord;

3.2.2. Overwegende dat de betrokken departementsraad, een gunstig advies verleende over de cumulatieaanvraag van verzoeker; dat dit advies door de verwerende partij bij het nemen van de thans bestreden beslissingen nergens formeel werd vermeld; dat het hogeschoolbestuur alleszins de in dat advies voor verzoeker aangemerkte gunstige elementen niet ontkracht; dat de verwerende partij evenmin concreet ingaat op de door verzoeker gedane voorstelling van zaken, met name dat zijn zelfstandige thuisverpleging zich zou beperken tot twee halve dagen, respectievelijk op zaterdag en zondag;

Overwegende dat zo het bestuurscollege niet verplicht was het advies van de departementsraad te volgen en evenmin verplicht was verzoekers voorstelling van feiten voetstoots aan te nemen, het dat advies en die voorstelling niet kon afwijzen met de thans voorliggende, nietszeggende motivering; dat het middel gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd worden :

1. de beslissing van het bestuurscollege van de Hogeschool Gent van 7 februari 1996, waarbij de cumulatie van de opdracht van Bernard Derycke als voltijds lector/praktijklector met een beperkte zelfstandige activiteit wordt geweigerd, waardoor ambtshalve zijn opdracht als deeltijds (70 %) wordt aangemerkt;
 2. de in deze beslissing vervatte impliciete weigering vanwege het bestuurscollege van de Hogeschool Gent om Bernard DERYCKE de cumulatie van zijn voltijdse lesopdracht binnen de Hogeschool Gent met een zelfstandige praktijk van thuisverpleger toe te staan, aldus aan hem een individuele afwijking op de toepassing van artikel 148 Hogeschooldecreet weigerend;
 3. de beslissing van het Bestuurscollege van de Hogeschool Gent van 30 mei 1997 waarbij de cumulatie van de opdracht van Bernard DERYCKE als voltijds lector/praktijklector met een beperkte zelfstandige activiteit hem wordt geweigerd, waardoor ambtshalve zijn opdracht als deeltijds (70 %) wordt aangemerkt
- en
4. de in deze beslissing vervatte impliciete weigering vanwege het Bestuurscollege van de Hogeschool Gent om Bernard DERYCKE de cumulatie van zijn voltijdse lesopdracht binnen de Hogeschool Gent met een zelfstandige praktijk van thuisverpleger toe te staan.

Artikel 2.

De kosten van de beroepen, bepaald op 446,22 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
vijftien juli 2002, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	A. BEIRLAEN,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	E. BREWAEYS,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

A. BEIRLAEN.