

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 116.061 van 18 februari 2003
in de zaak A. 104.323/XII-3087.**

In zake : Willem VAN ROEY,
wonende te Kortenbergh,
Wijnegemhofstraat 50

tegen :

1. de BURGEMEESTER VAN DE GEMEENTE KORTENBERG,
 2. het COLLEGE VAN BURGEMEESTER EN SCHEPENEN VAN DE GEMEENTE KORTENBERG,
 3. de GEMEENTE KORTENBERG,
- die woonplaats kiezen bij
advocaat R. Vaes,
kantoor houdende te Leuven,
Naamsestraat 42.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Willem Van Roey op 26 april 2001 heeft ingediend om hoger beroep in te stellen tegen het besluit van 22 maart 2001 van de bestendige deputatie van de provincieraad van Vlaams-Brabant volgens hetwelk zijn ambt van technicus (bos- en natuurwachter) bij het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, departement Leefmilieu en Infrastructuur, administratie Milieu-, Natuur-, Land- en Waterbeheer, afdeling Bos en Groen, met bevoegdheid in de gerechtelijke arrondissementen Hasselt en Tongeren, onverenigbaar is met een mandaat van gemeenteraadslid te Kortenbergh;

Gezien de memorie van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door adjunct-auditeur H. Colin;

Gelet op de beschikking van 23 oktober 2001 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

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

Gelet op de beschikking van 29 juli 2002 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 5 november 2002;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van verzoeker, en van advocaat R. Vaes, die verschijnt voor de verwerende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur H. Colin;

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

Overwegende dat verzoeker, vastbenoemd als bos- en natuurwachter bij het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap en met bevoegdheid in de gerechtelijke arrondissementen Hasselt en Tongeren, bij de gemeenteraadsverkiezing van 8 oktober 2000 te Kortenberg - in het gerechtelijk arrondissement Leuven- tot gemeenteraadslid wordt verkozen; dat de burgemeester van Kortenberg hem op 8 januari 2001 niet tot de eedaflegging toelaat omdat hij een met het mandaat van gemeenteraadslid onverenigbaar ambt uitoefent; dat het college van burgemeester en schepenen hem met brief van 9 januari 2001 meedeelt van mening te zijn dat er een onverenigbaarheid bestaat tussen zijn ambt van bos- en natuurwachter en het mandaat van gemeenteraadslid; dat het hem vraagt van het onverenigbaar ambt te willen afzien; dat verzoeker op 17 januari 2001 antwoordt de onverenigbaarheid te betwisten; dat met brief van 23 januari 2001 het college van burgemeester en schepenen het geschil aan de bestendige deputatie van de provincieraad van Vlaams-Brabant voorlegt; dat de bestendige deputatie op 22 maart 2001 beslist dat de uitoefening door verzoeker van het ambt van bos- en natuurwachter bij het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap onverenigbaar is met een mandaat van gemeenteraadslid te Kortenberg; dat onder meer wordt gemotiveerd wat volgt :

“Overwegende dat de heer Willem Van Roey in de uitoefening van zijn ambt van technicus (bos- en natuurwachter) groepen kan worden om daden te stellen als ambtenaar van de openbare macht (uitvoeren van dwangmaatregelen); dat als zodanig zijn functie valt in de gevallen van onverenigbaarheid bedoeld in artikel 71, 7°, van de Nieuwe Gemeentewet;

Overwegende dat de in artikel 71, 7°, van de Nieuwe Gemeentewet vermelde onverenigbaarheid bovendien een algemene draagwijdte heeft en ook geldt indien de verkozene, titularis van één van de functies, deze uitoefent in een andere gemeente dan die waar hij als raadslid is gekozen (R.v.St., Sloven, nr. 18.636, 13 december 1977);

Gehoord de in openbare vergadering van heden door Julien Dekeyser, gedeputeerde, voorgedragen uiteenzetting;

Gehoord in openbare vergadering van heden de heer Willem Van Roey;

Overwegende dat de heer Willem Van Roey in zijn betoog staande de openbare vergadering verwijst naar de in zijn verweerschrift d.d. 14 februari 2001 ontwikkelde argumentatie, voornamelijk inzake de toepassing en de draagwijdte van de in artikel 71, 8°, van de Nieuwe Gemeentewet, vermelde onverenigbaarheid; dat de heer W. Van Roey in zijn functie van bos- en natuurwachter meent onder de regeling van voormeld artikel 71, 8°, te vallen zodat, volgens hem, de al dan niet toepasselijkheid van artikel 71, 7°, van de Nieuwe Gemeentewet, niet terzake doend is;

Overwegende evenwel dat de in artikel 71, 7° ('de politieambtenaren en de ambtenaren van de openbare macht') en 8° ('de beampten van het bosbeheer, wanneer hun bevoegdheid zich uitstrekt tot beboste eigendommen die aan het bosbeheer onderworpen zijn en die toebehoren aan de gemeente waarin zij hun ambt wensen uit te oefenen') van de Nieuwe Gemeentewet met het mandaat van gemeenteraadslid ingestelde onverenigbaarheden niet exclusief maar daarentegen complementair toepasbaar zijn; dat de mogelijke toepasselijkheid van de onverenigbaarheid van artikel 71, 8°, dus geenszins uitsluit dat de onverenigbaarheidsregeling van artikel 71, 7°, eveneens van toepassing is wanneer, zoals hiervoor reeds uiteengezet, wordt vastgesteld dat de heer Willem Van Roey in de uitoefening van zijn ambt van technicus (bos- en natuurwachter) geroepen kan worden om daden te stellen als ambtenaar van de openbare macht;

Overwegende bijgevolg dat de uitoefening door de heer Willem Van Roey van het ambt van technicus (bos- en natuurwachter) bij het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, departement, Leefmilieu en Infrastructuur, administratie Milieu-, Natuur-, Land- en Waterbeheer, afdeling Bos en Groen, bevoegd voor de gerechtelijke arrondissementen Hasselt en Tongeren, onverenigbaar is met een mandaat van gemeenteraadslid te Kortenberg”;

Overwegende dat in de memorie van antwoord wordt gevraagd de burgemeester van de gemeente Kortenberg buiten de zaak te stellen; dat er reden is op het verzoek in te gaan; dat het initiatief om het geschil, waarover het besluit van 22 maart 2001 uitspraak doet, aan de bestendige deputatie voor te leggen niet van de burgemeester uitgaat;

Overwegende dat, nog in de memorie van antwoord, het beroep laattijdig wordt genoemd; dat wordt uiteengezet dat het hoger beroep binnen acht dagen na de kennisgeving door de bestendige deputatie moet worden ingesteld; dat een eerste betekening gebeurd is met brief ten huize van verzoeker aangeboden op 4 april 2001, dat hij kennelijk afwezig was en de brief niet is gaan ophalen op het postkantoor, zodat de postdienst de aangetekende zending heeft teruggestuurd naar de afzender, dat de termijn om het beroep in te stellen inging de dag nadat het postbestuur de aangetekende zending aan het provinciebestuur heeft teruggestuurd en dat het daarbij maar weinig belang heeft dat nog een tweede kennisgeving is verstuurd;

Overwegende dat verzoeker daar in de memorie van wederantwoord op repliceert :

“Op 22 maart 2001 wordt verzoeker gehoord door de Bestendige Deputatie. Tot op 17 april 2001 heeft verzoeker geen bericht ontvangen van de Bestendige Deputatie.

Omdat de beslissing van de Bestendige deputatie volgens verzoeker lang uitblijft en nadat hij weet krijgt van problemen bij de postbedeling in zijn dorp, namelijk het weggooien van volledige postzakken door een postbode (proces-verbaal hierover opgesteld door de heer Erik Van Opstal, lokale politie Herent), neemt verzoeker op 18 april telefonisch contact op met de betrokken dienst van het provinciebestuur.

Daar verneemt verzoeker dat de beslissing van de Bestendige Deputatie reeds aangetekend werd verzonden.

Verzoeker neemt onmiddellijk contact op met de postmeester van het hoofdpstkantoor te Kortenberg. Deze stelt dat een aangetekende zending voor verzoeker op het postkantoor aanwezig is en dat de postbode op de brief de datum van 4 april 2001 heeft genoteerd als datum waarop hij/zij de brief mee had op ronde. Verzoeker werkte die dag en was niet thuis om de brief te ontvangen en het ontvangstbewijs te tekenen. Hij vond nadien ook geen bericht van aangetekende zending in zijn brievenbus. De postmeester stelde dat zij niet kon aantonen dat een bericht van aangetekende zending wel degelijk werd achtergelaten bij verzoeker en dat de aangetekende brief reeds klaar gemaakt was om 's anderendaags opnieuw als 'niet afgehaald' terug gestuurd te worden naar de afzender.

Hierop neem verzoeker vanuit het postkantoor opnieuw contact op met de betrokken dienst van de provincie.

Hier stelt de ambtenaar dat problemen bij de postbedeling niet zouden mogen leiden tot procedurefouten en bevestigt aan verzoeker dat een tweede betekening zal gebeuren.

Deze tweede betekening bereikt verzoeker op 24 april 2001, waarna reeds op 27 april verzoekers' verweerschrift toekomt bij de Raad van State”;

Overwegende dat verwerende partijen in de laatste memorie er op wijzen dat aannemen dat de afwezige bestemming van een aangetekende brief “eenvoudigweg” kan stellen dat hij nooit op de hoogte van de kennisgeving is gebracht en dat aan het vereiste van het achterlaten van een bericht niet werd voldaan, enorme mogelijkheden aan de betrokkene verschaft om zichzelf een “eigen beroepstermijn” te verschaffen die “bijzonder kan gaan afwijken van de door de wet voorziene termijn, in casu slechts acht dagen”; dat zij tevens beklemtonen dat de kennisgeving bij aangetekende brief geacht wordt te zijn geschied op de dag dat de brief aan de woning van de betrokkene is aangeboden, en niet bij het verstrijken van de termijn toegekend voor het afhalen van de brief op het postkantoor;

Overwegende dat de beslissing van 22 maart 2001 van de bestendige deputatie aan verzoeker moet worden betekend; dat alleen een regelmatige betekening de termijn voor hoger beroep ertegen doet lopen;

Overwegende dat de bestendige deputatie een afschrift van de beslissing een eerste keer aan verzoeker heeft toegestuurd met een aangetekende brief die op 4 april 2001 te zijnen huize is aangeboden; dat de postbode kennelijk niemand thuis vond; dat dit verzoeker, in strijd met wat verwerende partijen in hun laatste memorie suggereren, niet als een tekortkoming kan worden aangerekend; dat volgens verzoeker de postbode niet het voorgeschreven bericht achterliet dat een brief te zijner beschikking was op het postkantoor; dat de verwerende partijen niet het tegendeel beweren, maar menen dat een “eenvoudige” verklaring al te faciel is en daarom niet voldoende; dat, wat daar ook van zij, de verklaring van verzoeker niet alleen staat; dat zij is ingebed in een relaas dat in zijn geheel coherent en geloofwaardig is en van de nodige alertheid doet blijken; dat de bewering ook nog kracht wordt bijgezet door de brief van 4 oktober 2001 van de postontvanger van Kortenbergh, waarin zij verklaart dat “wel reeds nalatigheden [werden] vastgesteld in het niet nalaten van berichten”;

Overwegende dat in die precieze omstandigheden de termijn voor het instellen van beroep tegen de beslissing van 22 maart 2001 niet geacht kan worden op 4 april 2001 te zijn ingegaan; dat pas de tweede betekening van de beslissing, met een op 24 april 2001 ontvangen aangetekende brief, de beroepstermijn deed lopen; dat het beroep op 26 april 2001 is ingesteld, hetzij binnen de voorgeschreven termijn van acht dagen;

Overwegende dat de exceptie van laattijdigheid verworpen wordt;

Overwegende dat verzoeker een enig middel afleidt uit de schending van artikel 71, 8°, van de nieuwe gemeentewet; dat hij toelicht dat hij als boswachter onder de regeling valt van artikel 71, 8°, van de nieuwe gemeentewet, volgens dewelke de beambten van het bosbeheer geen deel van een gemeenteraad kunnen uitmaken wanneer hun bevoegdheid zich uitstrekt tot beboste eigendommen die aan het bosbeheer onderworpen zijn en die toebehoren aan de gemeente waarin zij hun ambt wensen uit te oefenen, dat de gemeente Kortenbergh geen bos in eigendom heeft, laat staan nog een bos in het ambtsgebied van verzoeker, dat hij dus geen onverenigbaar ambt uitoefent, dat daar niets van af doet het feit dat boswachters als ambtenaren van de openbare macht in de zin van artikel 71, 7°, van de nieuwe gemeentewet beschouwd zouden kunnen worden, dat besluiten tot een algemene onverenigbaarheid krachtens artikel 71, 7°, de bepaling van artikel 71, 8°, zinledig zou maken, dat men alleszins de wil van de wetgever niet mag miskennen : “de

onverenigbaarheid van de betrekking van boswachters en andere ‘beambten’ van het Bosbeheer en een gemeentelijk mandaat wordt geregeld in art. 71, 8° van de Nieuwe Gemeentewet”, dat dan ook op verzoeker als bos- en natuurwachter, gelet op de speciaal voor dat ambt uitgewerkte onverenigbaarheidsregeling, geen andere bepaling kan worden toegepast;

Overwegende dat de verwerende partijen in de memorie van antwoord wezenlijk doen gelden dat artikel 71 van de nieuwe gemeentewet verschillende toetsingscriteria bepaalt en dat door te voldoen aan het toetsingscriterium van artikel 71, 8°, geenszins de toepasselijkheid van het toetsingscriterium van artikel 71, 7°, wordt uitgesloten, dat verzoeker in het kader van zijn ambtsuitoefening daden kan stellen die hem de hoedanigheid van agent van de openbare macht geven, dat de onverenigbaarheid op grond van artikel 71, 7°, niet begrensd wordt door artikel 71, 8°, dat de eerstgenoemde onverenigbaarheid een algemene draagwijdte heeft en ook van toepassing is op een bijzondere wachter met een beperkte bevoegdheid, dat artikel 71, 8°, niet zinledig is nu niet alle beambten van het bosbeheer bekleed of automatisch bekleed zijn met openbare macht, dat ten slotte de wetgever bij het invoeren van artikel 71, 8°, zich niet heeft uitgelaten over het toetsingscriterium “openbare macht”, maar alleen bedoeld heeft “om het bestaande onderscheid tussen ambtenaren van het bosbeheer [...] en het ondergeschikte personeel van het bosbeheer, waarbij alleen de eerstbedoelde ambtenaren op advies van de bestendige deputatie door de Koning kunnen worden gemachtigd het ambt van schepen of gemeenteraadslid te vervullen in de gemeente waar beboste eigendommen zijn, die onder de bosregeling vallen, op te heffen”;

Overwegende dat verwerende partijen in de laatste memorie, en ook nog ter terechtzitting, blijven beklemtonen dat nooit en nergens de wetgever het artikel 71, 8°, met het artikel 71, 7°, in verband heeft gebracht en het artikel 71, 8°, daadwerkelijk aan het criterium “openbare macht” in de zin van artikel 71, 7°, heeft getoetst;

Overwegende dat volgens het voorschrift van artikel 71, 7°, van de nieuwe gemeentewet de ambtenaren -ten tijde van de bestreden beslissing : de agenten- van de openbare macht geen lid van de gemeenteraad kunnen zijn; dat artikel 71, 8°, dan weer voorschrijft dat geen deel van de gemeenteraad kunnen uitmaken, de beambten van het bosbeheer, wanneer hun bevoegdheid zich uitstrekt

tot beboste eigendommen die aan het bosbeheer onderworpen zijn en die toebehoren aan de gemeente waarin zij hun ambt wensen uit te oefenen;

Overwegende dat het middel de vraag doet rijzen of de toepasselijkheid van de onverenigbaarheid van artikel 71, 8°, die van de onverenigbaarheid van artikel 71, 7°, uitsluit, dan wel of de beide bepalingen cumulatief toepasselijk zijn;

Overwegende dat de onverenigbaarheid van artikel 71, 8°, finaal teruggaat op het artikel 14, tweede en derde lid, van de wet van 19 december 1854 houdende het Boswetboek; dat dit tweede en derde lid, in afwijking van het cumulatieverbod, in het eerste lid, van de bedieningen bij het bosbeheer met enig ander ambt behalve dat van veldwachter van een gemeente of veldwachter van bijzondere personen, er toch (“[t]outefois”) in voorzien dat de Koning, op advies van de bestendige deputatie van de provincieraad, de cumulatie kan toelaten van de functie van ambtenaar bij het bosbeheer (“l’emploi d’agent forestier”) met de functies van schepen of gemeenteraadslid, en van iedere bediening bij het bosbeheer met administratieve functies in gemeenten waar er geen beboste eigendommen, onderworpen aan de bosregeling, zijn; dat daarmee de wetgever van 19 december 1854 uitdrukkelijk uiting heeft gegeven aan zijn welbewuste -daar laat de parlementaire voorbereiding van de wet geen twijfel over- wil om mogelijk te maken dat elk personeelslid van het bosbeheer gemeenteraadslid kan zijn, de titularissen van de hogere graden (“agents forestiers”) in elke gemeente, de anderen, waaronder de boswachters, in een gemeente zonder bossen die onder de bosregeling vallen;

Overwegende dat aldus het genoemd artikel 14, tweede en derde lid, op impliciete, maar onmiskenbare wijze de personeelsleden van het bosbeheer die wegens de bevoegdheden hun toegewezen door de artikelen 120 en volgende van de wet van 20 december 1854 houdende het Boswetboek als agenten of ambtenaren van de openbare macht te beschouwen zijn, zoals onder anderen de boswachters, onttrok aan de toepassing van artikel 48, 7°, van de gemeentewet van 30 maart 1836, volgens hetwelk agenten van de openbare macht geen deel van de gemeenteraad kunnen uitmaken;

Overwegende dat niet blijkt dat de wetgever op enig moment is teruggekomen op deze uitsluiting van onder anderen de boswachters uit de werkingssfeer van het voorschrift dat agenten van de openbare macht geen

gemeenteraadslid kunnen zijn; dat het tegendeel zelfs het geval is; dat de wet van 5 juli 1976 tot wijziging van de kieswetgeving, en de parlementaire voorbereiding ervan, dat bewijzen; dat immers de wet, in artikel 125, de tekst invoert van het huidige artikel 71, 8°, van de nieuwe gemeentewet en er, blijkens de verantwoording van het amendement dat tot die redactie heeft geleid, met zoveel woorden toe strekt om een einde te stellen aan het door artikel 14, tweede en derde lid, van het Boswetboek gemaakte onderscheid “tussen de beambten van de hogere categorie en de ondergeschikte beambten van het bosbeheer” en om aldus “alle beambten van het bosbeheer zonder uitzondering in de mogelijkheid te stellen zonder enige voorwaarde een gemeentelijk mandaat uit te oefenen, tenzij in de gemeenten die eigenaar zijn van bossen en wouden welke aan het bosbeheer onderworpen zijn en waarvoor zij bevoegd zijn” (Parl. St., Kamer, 1975-76, nr. 842/9, 1);

Overwegende dat de conclusie van het voorgaande is dat de bepaling van artikel 71, 8°, van de nieuwe gemeentewet als een afwijking van artikel 71, 7°, moet worden gelezen en dat haar toepasselijkheid de toepassing van artikel 71, 7°, uitsluit; dat door in die omstandigheden toch artikel 71, 7°, op verzoeker toe te passen, de verwerende partij artikel 71, 8°, heeft geschonden; dat het middel gegrond is;

Overwegende dat niet beweerd wordt, laat staan nog blijkt, dat de bevoegdheid van verzoeker als beambte van het bosbeheer zich uitstrekt tot beboste eigendommen die aan het bosbeheer onderworpen zijn en aan de gemeente Kortenberg toebehoren; dat hij niet verkeert in een geval van onverenigbaarheid als bedoeld in artikel 71, 8°, van de nieuwe gemeentewet;

Overwegende dat verzoeker in de laatste memorie schrijft wat volgt :

“Indien mogelijk, hadden we graag in bijkomende orde, zoals ook gesteld in ons oorspronkelijk verweerschrift [voor de bestendige deputatie], van de Raad vernomen op welke manier we beslissingen, genomen door de gemeenteraad waartoe we onterecht niet toegelaten werden dienen aan te vechten. Zo is er als eerste en zeer belangrijke beslissing, de stemming over de aanstelling van de schepenen en verder de stemming over de samenstelling van de OCMW-raad en politieraad”;

Overwegende dat een antwoord op het verzoek niet kan worden ingepast in de bevoegdheden die aan de afdeling administratie van de Raad van State zijn toegewezen; dat op de vraag niet wordt ingegaan,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De burgemeester van de gemeente Kortenberg wordt buiten de zaak gesteld.

Artikel 2.

Het besluit van 22 maart 2001 van de bestendige deputatie van de provincieraad van Vlaams-Brabant volgens hetwelk het door Willem Van Roey beklede ambt van technicus (bos- en natuurwachter) bij het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, departement Leefmilieu en Infrastructuur, administratie Milieu-, Natuur-, Land- en Waterbeheer, afdeling Bos en Groen, met bevoegdheid in de gerechtelijke arrondissementen Hasselt en Tongeren, onverenigbaar is met een mandaat van gemeenteraadslid te Kortenberg, wordt vernietigd.

Artikel 3.

Het door Willem Van Roey beklede ambt van technicus (bos- en natuurwachter) bij het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, departement Leefmilieu en Infrastructuur, administratie Milieu-, Natuur-, Land- en Waterbeheer, afdeling Bos en Groen, met bevoegdheid in de gerechtelijke arrondissementen Hasselt en Tongeren, is niet onverenigbaar met een mandaat van gemeenteraadslid te Kortenberg.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
achttien februari 2003, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.