

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 132.948 van 24 juni 2004
in de zaak A. 78.453/XII-1316.**

In zake : Johan DE JONGHE,
wonende te Zelzate,
Suikerkaai 16

tegen :

de GEMEENTE ZELZATE,
die woonplaats kiest bij
advocaat V. Tollenaere,
kantoor houdende te Gent,
Koning Albertlaan 128.

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

Gezien het verzoekschrift dat Johan De Jonghe op 30 april 1998 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 18 februari 1998 van de gemeenteraad van Zelzate waarbij hij wegens medische ongeschiktheid van ambtswege wordt ontslagen als brandweerman-vrijwilliger;

Gelet op het arrest nr. 115.561 van 7 februari 2003 waarbij de debatten worden heropend en het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat wordt belast met het verder onderzoek van de zaak;

Gezien het aanvullend verslag opgesteld door auditeur B. Thys;

Gelet op de beschikking van 12 augustus 2003 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 14 januari 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 2 maart 2004;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van advocaat S. Kempinaire, die verschijnt voor verzoeker, en van advocaat T. De Sutter, die loco advocaat V. Tollenaere verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het andersluidend advies van auditeur B. Thys;

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

1. Overwegende dat ten gevolge van “diverse conflictsituaties” met verzoeker, kapitein-bevelhebber van de gemeentelijke vrijwillige brandweerdienst van de gemeente Zelzate, alle officieren en onderofficieren op 17 september 1997 vragen van verdere dienstverplichtingen vrijgesteld te worden totdat de problemen opgelost zijn; dat het college van burgemeester en schepenen, vaststellend “dat het brandweerkorps, op de bevelhebber na, zonder leidinggevend personeel komt te vallen”, dezelfde dag nog beslist het dienstnemingscontract van verzoeker “preventief en in afwachting van de resultaten van een verder onderzoek naar de ingediende klachten” te schorsen; dat de gemeenteraad de collegebeslissing op 29 september 1997 bekrachtigt;

Overwegende dat met brief van 22 september 1997 het college van burgemeester en schepenen aan de korpsgeneesheer vraagt verzoeker aan een geneeskundig onderzoek te onderwerpen en na te gaan of hij “nog voldoet aan de voorwaarden tot uitoefening van de functie van brandweerman-officier”; dat het onderzoek uiteindelijk op 21 januari 1998 plaats heeft; dat de korpsgeneesheer in zijn verslag van 30 januari 1998 mededeelt: “het fysisch gebrek dat ik bij betrokkene vaststel kan bij aanwerving niet leiden tot goedkeuring. Indien evenwel het lichamelijk geschiktheidsonderzoek zich enkel zou moeten toespitsen op het opsporen van gebreken die onverenigbaar zijn met de dienstvereisten (in casu deze van kapitein-bevelhebber) moet ik mededelen dat deze gebreken niet aanwezig zijn”; dat de gemeenteraad verzoeker op 18 februari 1998 met toepassing van artikel 43, 4°, van het grondreglement van het gemeentelijk vrijwilligersbrandweerkorps van ambtswege ontslaat omdat hij niet langer voldoet aan de medische geschiktheid om aangeworven te kunnen worden; dat de tenuitvoerlegging van die beslissing op 1 oktober 1998 bij arrest nr. 76.059 van de Raad van State geschorst wordt; dat op 24 september 1999 de verwerende partij vanwege verzoeker een verzoek tot

vrijwillig ontslag vanaf 31 december 1999 ontvangt; dat de gemeenteraad op 27 oktober 1999 van het ontslag akte neemt;

2. Overwegende dat de verwerende partij verzoekers belang bij de vordering betwist omdat hij vrijwillig zijn ontslag heeft ingediend “het laatst op 17.09.1997”, kort voordat tot zijn preventieve schorsing werd beslist, en ook “[p]er brief ontvangen op 24 september 1999”;

Overwegende dat verzoeker met betrekking tot het ontslag dat hij ten laatste op 17 september 1997 heeft ingediend, terecht repliceert dat hij het heeft ingetrokken en dat de intrekking door de verwerende partij onmiskenbaar is aanvaard, aangezien zij hem nadien nog preventief geschorst heeft en tegen hem een procedure tot ontslag van ambtswege heeft gevoerd; dat noch de vernietiging van de preventieve schorsing bij arrest nr. 131.808 van 27 mei 2004, noch in voorkomend geval de vernietiging van het bestreden ontslag van ambtswege tot gevolg hebben dat de instemming van de verwerende partij met de intrekking van verzoekers ontslag verdwijnt;

Overwegende, wat de brief van 24 september 1999 betreft, dat verzoeker daarmee zijn vrijwillig ontslag pas vanaf 31 december 1999 indient; dat daarentegen de bestreden beslissing hem reeds op 18 februari 1998 ontslaat, hetzij bijna twee jaar eerder; dat die voortijdigheid verzoeker een voldoende belang verschaft om tegen het ontslag op te komen;

Overwegende dat de exceptie van gebrek aan belang verworpen wordt;

3.1.1. Overwegende dat verzoeker in een vijfde middel aanvoert dat de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen geschonden is, in een zesde middel dat er sprake is van machts-afwending, minstens machtsoverschrijding, en van een verdoken tuchtmaatregel, en in een negende middel dat het gelijkheidsbeginsel miskend werd;

Overwegende dat volgens het vijfde middel de beslissing de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die er aan ten grondslag liggen, dat die motivering bovendien afdoende moet zijn, dat uit de beslissing onder meer niet blijkt waarom verzoekers fysieke tekortkoming de beslissing om hem van

ambtswege te ontslaan noodzakelijk maakt, waarom zijn tekortkomingen onverenigbaar zijn met de dienstvereisten en welk motief het ontslag van ambtswege motiveert;

Overwegende dat het in het zesde middel luidt dat de gemeenteraad duidelijk “de eigenlijke motieven van haar beslissing probeert te verbergen om aldus zonder een tuchtprocedure (omdat er daar trouwens geen enkel reden voor was) te moeten volgen haar doel te bereiken, namelijk dat verzoeker wordt verwijderd uit de dienst”; dat wordt toegelicht :

“Voorafgaandelijk aan huidige beslissing werd op 17 september 1997 verzoeker preventief geschorst (procedure hangende voor uw raad nopens die beslissing).

Als overweging werd dan gesteld dat in afwachting van de resultaten van het onderzoek naar de aangeklaagde feiten (conflictsituaties in de dienst) het aangewezen leek om verzoeker te preventief te schorsen.

Aan verzoeker kon echter niets ten laste worden gelegd, zodat er geen tuchtprocedure kon opgestart worden.

Voor de gemeente was er maar een mogelijkheid meer om haar doel te bereiken namelijk het ontslag van ambtswege.

Reden waarom aan verzoeker plots werd opgelegd dat hij zich diende te onderwerpen aan een medisch onderzoek.

De gezondheidstoestand en ook de fysieke toestand van verzoeker is echter al gedurende jaren hetzelfde, er was dus geen enkel feit die dergelijke controle noodzaakte (dit blijkt onomstotelijk uit het medisch dossier van verzoeker, verweerder dient dit voor te leggen).

De controlerende officier geneesheer heeft dit een attest dd. 30.04.1998 uitdrukkelijk bevestigd, de lichamelijke handicap van verzoeker is reeds aanwezig van 1992.

De gemeente was daar uiteraard van op de hoogte gelet op de jaarlijkse controles die gebeuren door de arbeidsgeneesheer;

Plots na zes jaar wordt dit feit nu aangewend teneinde verzoeker te ontslaan van ambtswege.

De gemeente heeft in casu duidelijk zijn bevoegdheid misbruikt”;

Overwegende dat het negende middel het gelijkheidsbeginsel geschonden noemt omdat de verwerende partij zonder wettige reden alleen verzoeker onderworpen heeft aan een controle :

“Waarom diende verzoeker op controle te gaan?

Zoals hiervoor reeds aangehaald omdat de gemeente maar één doel voor ogen had namelijk verzoeker uit de dienst te verwijderen doch daardoor diende er een procedure gevolgd te worden.

Een tuchtprocedure was onmogelijk vermits verzoeker een onberispelijk staat van dienst heeft.

Dit is geprobeerd (zie preventieve schorsing) doch de gemeente heeft zelf moeten vaststellen dat er geen enkele reden voor handen was om een tuchtprocedure t.a.v. verzoeker op te starten.

De gemeente had maar een andere mogelijkheid meer om verzoeker uit de dienst te verwijderen namelijk de procedure van ontslag van ambtswege. Daarvoor is er echter een medisch verslag nodig. Om die reden diende verzoeker zich te onderwerpen aan een controle”;

3.1.2. Overwegende dat de verwerende partij in de memorie van antwoord aangaande het vijfde middel in essentie repliceert dat de beslissing moet steunen en ook effectief steunt op exacte, pertinente en in rechte aanvaardbare motieven, aangezien de onderzoekende medische instantie heeft vastgesteld dat verzoeker niet beantwoordde aan de vereisten van artikel 10 van het grondreglement;

Overwegende dat de verwerende partij aangaande het zesde middel doet gelden dat niet wordt beweerd dat zij haar bevoegdheid heeft gebruikt om enig welkdanig particulier belang na te streven, dat de machtsafwending dus enkel zou kunnen bestaan in het afwenden van de bevoegdheid van het doel waarvoor zij werd toegekend om een ander doel van algemeen belang na te streven, dat te dezen het ontslag wel degelijk het doel en het belang dient waarvoor de bepalingen van artikelen 43 en 10, 7°, van het grondreglement in het leven zijn geroepen, dat er immers effectief een lichamelijke ongeschiktheid is, dat het dus enkel zo kan zijn dat tegelijk met de realisatie van dat doel ook nog een ander doel werd gerealiseerd, dat er in die omstandigheden geen sprake kan zijn van machtsafwending, dat het bestreden besluit ook geen verdoken tuchtmaatregel is, dat enige tuchtsanctie nooit aan de orde is geweest, zelfs niet het voornemen tot het nemen ervan;

Overwegende dat de verwerende partij aangaande het negende middel opmerkt dat zelfs binnen de toepassing van het Algemeen reglement voor de arbeidsbescherming niet iedereen op gelijke wijze wordt behandeld, dat voor sommigen verplichte of periodieke medische onderzoeken gelden en voor anderen niet, dat er voorts te dezen niet van gelijke gevallen kan gesproken worden, dat de bevoegde overheid een medisch onderzoek kon gelasten wanneer er voldoende redenen waren om de lichamelijke conditie van verzoeker in vraag te stellen, dat niet in redelijkheid is vol te houden “dat omdat men dat in één geval moet doen, men dan maar iedereen aan een onderzoek moet onderwerpen”;

3.1.3. Overwegende dat verzoeker in de memorie van wederantwoord en de laatste memorie dupliceert dat niet blijkt “waarom de fysische tekortkoming waarvan verwerende partij reeds kennis had vanaf 1992 nu plots een motief is om te beslissen tot het ontslag van ambtswege”, dat “de gemeente maar één doel voor oog

had namelijk verzoeker te ontslaan via de gewone ontslagprocedure zonder toepassing te moeten maken van een tuchtprocedure omdat er geen enkel motief kon gevonden worden om die procedure op te starten”, dat de feiten duidelijk aantonen dat de verwerende partij niet zomaar gewoon gebruik heeft gemaakt “van een wettelijke toegekende bevoegdheid overeenkomstig art. 43. 4°”, dat uit niets blijkt “[w]aarom alleen de kapitein-bevelhebber plots en zonder enige reden op controle diende te gaan”;

3.1.4. Overwegende dat de verwerende partij in de laatste memorie nog benadrukt dat zij over geen enkele discretionaire bevoegdheid beschikt, dat de bestreden beslissing afdoende gemotiveerd wordt door de verwijzing naar de bevindingen van het medisch verslag en dat verzoeker in gebreke blijft “aan te tonen dat zelfs indien de verwerende partij voor ogen had met de bestreden beslissing de verzoekende partij te sanctioneren voor wat er misloopt bij de brandweer dienst (quod non), dit ook het enige oogmerk zou zijn geweest”;

3.2. Overwegende dat naar eis van het artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, het bestreden ontslag van ambtswege uitdrukkelijk gemotiveerd moet zijn; dat volgens het artikel 3 die motivering de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en afdoende moet zijn; dat de vraag hoe uitgebreid de uitdrukkelijke motivering moet zijn om voor afdoende te kunnen worden gehouden, geval per geval moet worden beoordeeld, naar de concrete omstandigheden van de zaak;

Overwegende dat de formele motivering van de aangevochten beslissing wezenlijk luidt :

“- Gelet op het verslag van het medisch onderzoek uitgevoerd door de korpsgeneesheer, de heer K. Notte, [...] waarvan het resultaat is vervat in het schrijven d.d. 30 januari 1998.

- Overwegende dat de heer Notte tot volgend besluit is gekomen (citaat) : 'Het fysisch gebrek dat ik bij betrokkene vaststel kan bij aanwerving niet leiden tot goedkeuring. Indien evenwel het lichamelijke geschiktheidsonderzoek zich enkel zou moeten toespitsen op het opsporen van gebreken die onverenigbaar zijn met de dienstvereisten (in casu deze van kapitein-bevelhebber) moet ik meedelen dat deze gebreken niet aanwezig zijn'.

- Overwegende dat hieruit blijkt dat de heer Johan De Jonghe niet langer voldoet aan de medische geschiktheid om aangeworven te kunnen worden en aldus niet voldoet aan de voorwaarden vermeld in art. 10 van het grondreglement zodat art. 43 '4° ontslag van ambtswege : dit ontslag vindt plaats

op initiatief van de indienstnemende overheid, wanneer de betrokkene de in artikel 10 gestelde voorwaarden niet langer vervuld, van toepassing is”;

Overwegende dat aldus de formele motivering van de beslissing doet kennen dat verzoeker met toepassing van artikel 43, 4°, van het grondreglement van het gemeentelijk vrijwilligersbrandweerkorps is ontslagen omdat hij, zoals dokter Notte op 30 januari 1998 heeft geattesteerd, een fysiek gebrek vertoont dat “bij aanwerving niet [kan] leiden tot goedkeuring” en hij bijgevolg niet langer de in artikel 10 gestelde “aanwervingsvereisten voor de graad van brandweerman” vervult; dat het meer bepaald om het vereiste vermeld in het tweede lid gaat: “[l]ichamelijk geschikt bevonden zijn ingevolge een geneeskundig onderzoek, verricht door de officier-geneesheer van de dienst, of bij ontstentenis, door een door de gemeenteraad aangeduid geneesheer”;

Overwegende dat gelet op de specifieke gegevens van het dossier, de formele merites van die motivering aanzienlijk minder evident zijn dan op het eerst gezicht het geval kan lijken; dat immers verzoeker, zonder daarin door de verwerende partij te worden tegengesproken, er op wijst dat de bedoelde ongeschiktheid wordt veroorzaakt door een gedeeltelijke verlamming van de rechterarm, dat de verlamming reeds bestaat sinds 1992, dat het bestuur daar al die tijd niet onwetend van is geweest, dat zij er nooit opmerkingen over gemaakt heeft, evenmin als de interbedrijfsgeneeskundige dienst die verzoeker jaarlijks onderzocht, dat ten andere verzoeker allang niet meer in de graad van brandweerman functioneert, maar vanaf 1982 kapitein-bevelhebber van het vrijwillig brandweerkorps is, dat hij als zodanig niet meer moet tussenkomen bij interventies en zulks dan ook sedert jaren niet meer gedaan heeft, dat zijn taak als kapitein-bevelhebber er in bestaat te “organiseren en begeleiden”, dat zijn handicap daar geen enkel beletsel voor vormt en dat de geneesheer op wiens verslag de bestreden beslissing steunt dit uitdrukkelijk bevestigt;

Overwegende dat in die omstandigheden de verzoeker zich in de besproken middelen niet ten onrechte afvraagt wat er de reden van mag zijn dat tegen hem anno 1998 opeens een fysiek gebrek wordt aangevoerd dat al jaren bestaat en bekend is; dat hij zich dat niet minder terecht afvraagt waar de verwerende partij doet gelden dat zij ter zake “geen enkele discretionaire bevoegdheid” heeft; dat dit in voorkomend geval immers betekent dat de verwerende partij het jarenlang niet nodig heeft gevonden een nochtans gebonden bevoegdheid uit te oefenen; dat het de vraag

naar de reden voor de plotse en drastische verandering in de houding van de verwerende partij alleen maar des te meer acuut maakt;

Overwegende dat thans verzoeker het raden heeft naar het antwoord op die vraag; dat hij overigens ook effectief gissingen doet, die dan weer door de verwerende partij tegengesproken worden; dat de Raad van State daar niet dient op in te gaan; dat immers, gelet op de precieze toedracht van de zaak, de vraag naar het waarom van de fundamentele, en voor verzoekers belangen zeer ingrijpende, ommekeer in de houding van de verwerende partij, hoe dan ook in de formele motivering van de bestreden beslissing een antwoord moest hebben gevonden; dat, nu zulks niet het geval is, de formele motivering van het ontslag van ambtswege niet voor afdoende kan worden gehouden en de besproken middelen tenminste in die mate gegrond zijn,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 18 februari 1998 van de gemeenteraad van Zelzate waarbij Johan De Jonghe wegens medische ongeschiktheid van ambtswege wordt ontslagen als brandweerman-vrijwilliger.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 347,06 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
vierentwintig juni 2004, 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.