

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 142.583 van 24 maart 2005
in de zaak A. 98.807/XII-2895.**

In zake : Luc DE TROYER,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Flamey en Partners,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Aarlenstraat 25

tegen :

de STAD SINT-NIKLAAS,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Lindemans,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Keizerslaan 3.

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

Gezien het verzoekschrift dat Luc De Troyer op 26 december 2000 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 23 oktober 2000 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Sint-Niklaas waarbij hij met ingang van 22 oktober 2000 in disponibiliteit wegens ontstentenis van betrekking wordt geplaatst;

Gelet op het arrest nr. 96.025 van 31 mei 2001 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 10 juli 2004 ingediend door verzoeker;

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 februari 2004 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 6 september 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 23 november 2004;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van advocaat S. Knaepen, die loco advocaat P. Flamey verschijnt voor verzoeker, en van advocaat J. Honnay, die loco advocaat D. Lindemans, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het andersluidend 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. Overwegende dat op 23 oktober 1998 de gemeenteraad van Sint-Niklaas de functie van eerste directeur slachthuis, bekleed door verzoeker, in het organieke kader afschaft en opneemt in het transitoire kader; dat verzoeker, in afwachting dat zijn situatie wordt “geregulariseerd”, eerst tijdelijk wordt tewerkgesteld als bedrijfsboekhouder en daarna, bij beslissing van 18 oktober 1999 van het college van burgemeester en schepenen, op de logistieke dienst;

Overwegende dat de gemeenteraad op 22 oktober 1999 de transitoire functie van eerste directeur slachthuis opheft en beslist, vanwege die opheffing, verzoeker in instantie van wedertewerkstelling te plaatsen; dat onder meer gemotiveerd wordt “dat het bestuur aan betrokkene alle mogelijkheden heeft geboden om een organieke en gelijkwaardige functie te verwerven doch dat betrokkene hierop niet wenste in te gaan”; dat op 23 oktober 2000 het college van burgemeester en schepenen vaststelt “dat de heer De Troyer -ondanks de geboden mogelijkheden- nog steeds niet voldoet aan de voorwaarden om een organieke functie te bekleden”, en besluit hem in disponibiliteit te stellen wegens ontstentenis van betrekking;

2.1. Overwegende dat verwerende partij in de memorie van antwoord het beroep onontvankelijk noemt; dat zij opwerpt dat verzoeker overeenkomstig artikel 128 van het administratief statuut van rechtswege in disponibiliteit is gesteld, dat de beslissing een wettelijk verplichte uitvoering betreft van de gemeenteraadsbeslissing van 22 oktober 1999 om verzoeker in instantie van wedertewerkstelling te plaatsen, en dat verzoeker “[i]n die zin” dan ook geen belang heeft bij een vernietiging;

2.2. Overwegende dat de bestreden beslissing verzoeker in disponibiliteit stelt met toepassing van artikel 128 van het administratief statuut; dat luidens de eerste zin van dat artikel, het personeelslid dat wegens ontstentenis van betrekking in instantie van wedertewerkstelling is en dat niet is teruggenomen binnen een termijn van één jaar, van rechtswege in disponibiliteit wegens ontstentenis van betrekking wordt gesteld;

Overwegende dat de omstandigheid dat de disponibiliteit van verzoeker “van rechtswege” wordt vastgesteld, er niets aan afdoet dat het slechts ten gevolge van die vaststelling is dat verzoeker naar de administratieve stand “disponibiliteit” overgaat, met alle financiële gevolgen van dien; dat de beslissing tot indisponibiliteitstelling dan ook constitutief van aard is en voor vernietiging vatbaar; dat, gelet op haar grievend karakter, verzoeker belang er bij heeft ze te bestrijden; dat de exceptie verworpen wordt;

3.1.1. Overwegende dat verzoeker in de laatste memorie “volledig het ambtshalve middel bij[treedt] dat wordt opgeworpen door het Auditoraat, dat erin bestaat de onbevoegdheid in hoofde van de steller van de rechtshandelingen in te roepen”; dat in het middel wordt aangevoerd dat het bestreden collegebesluit “als het ware in het verlengde” ligt van de beslissing om verzoeker in instantie van wedertewerkstelling te plaatsen en dan ook, net als die beslissing, door de gemeenteraad diende te worden genomen, dat het besluit niet formeel naar een reglementaire opdrachsbepaling verwijst en dat het ook niet kan worden gezien als een besluit nodig om het dagelijks functioneren van het gemeentebestuur en de gemeentelijke inrichtingen mogelijk te maken;

3.1.2. Overwegende dat hierbij aansluit verzoekers derde middel, “genomen uit de schending van artikel 37 van het koninklijk besluit van 26 december 1938 betreffende de pensioenregeling van het gemeentepersoneel”; dat

in het middel wordt uiteengezet dat volgens genoemd artikel 37 de maatregel van indisponibiliteitstelling wordt voorbehouden aan het gezag dat de benoeming gedaan heeft, dat verzoeker destijds door de gemeenteraad is bevorderd tot directeur slachthuis en dat tot de indisponibiliteitstelling van verzoeker is beslist door het college van burgemeester en schepenen “zonder dat er in casu sprake was van een delegatie van bevoegdheid vanwege de gemeenteraad”;

3.2.1. Overwegende dat het college van burgemeester en schepenen op 23 oktober 2000 besloot verzoeker, sinds 22 oktober 1999 in instantie van wedetewerkstelling geplaatst, in disponibiliteit te stellen wegens ontstentenis van betrekking; dat hiermee het college, overeenkomstig artikel 123, 2°, van de nieuwe gemeentewet, uitvoering gaf aan de artikelen 122 en 128 van het administratief statuut van de verwerende partij; dat laatstgenoemd artikel voorschrijft dat het personeelslid dat zich wegens ontstentenis van betrekking in instantie van wedetewerkstelling bevindt en niet is teruggenomen binnen een termijn van één jaar, van rechtswege in disponibiliteit wegens ontstentenis van betrekking wordt gesteld; dat in artikel 122, tweede zin, van het administratief statuut, de gemeenteraad de bevoegdheid ter zake aan het college van burgemeester en schepenen opdraagt: “Disponibiliteit van rechtswege wordt vastgesteld door het college van burgemeester en schepenen of door de burgemeester wat het politiepersoneel betreft”;

3.2.2. Overwegende dat in de memorie van wederantwoord verzoeker in dit verband opwerpt :

“Artikel 122 van het Personeelstatuut strijdt met artikel 37 van het K.B. van 26 december 1938 en kan dus geen toepassing vinden.

Immers voorzover men per impossibile al zou kunnen aannemen dat artikel 122 als uitzondering op de regel van artikel 37 dient te worden beschouwd, geldt dit uitzonderingsregime, dat beperkend geïnterpreteerd dient te worden, enkel en alleen maar voor de vaststelling van de disponibiliteit van rechtswege en niet voor de voorbeslissing die in casu bestaat in de beslissing omtrent de concrete toetsing en interpretatie aan het begrip 'wedetewerkstelling' dewelke, op grond van artikel 37 van voornoemd KB, nog steeds enkel en alleen toekomt aan de gemeenteraad.

Dat in casu, zelfs al mocht het college de in disponibiliteitsstelling van rechtswege vaststellen op grond van voornoemd artikel 122, zulks geen afbreuk doet aan het feit dat de determinerende voorbeslissing, die onbetwistbaar van discretionaire aard is, enkel op geldige wijze door de gemeenteraad kon worden genomen, tenzij mits uitdrukkelijke bevoegdheidsdelegatie, quod non.

Dat aldus de onwettigheid van de determinerende voorbeslissing, van discretionaire aard en dus niet behorend tot het dagelijks bestuur van de gemeente, de vaststelling van rechtswege in hoofde van het schepencollege,

voorzover al van gebonden aard en dus wel behorend tot haar taken van het dagelijks bestuur, alleszins heeft aangetast.

Geheel ten onrechte is verwerende partij aan de complexiteit, en dus aan het bestaan van meerdere onderscheiden beslissingen, omtrent de in disponibiliteitsstelling voorbijgegaan”;

Overwegende dat dit betoog niet overtuigt; dat artikel 37 van het koninklijk besluit van 26 december 1938 betreffende de pensioenregeling van het gemeentepersoneel bepaalt dat de maatregel van indisponibiliteitsstelling wordt voorbehouden aan het gezag dat de benoeming gedaan heeft tenzij er bij wetten of bijzondere besluiten anders is over beschikt; dat het besluit van de gemeenteraad van Sint-Niklaas tot vaststelling van het administratief statuut zo’n bijzonder besluit is; dat waar het de gemeenteraad onbetwistbaar toegelaten zou zijn geweest, gelet op artikel 149 van de nieuwe gemeentewet, om aan het college van burgemeester en schepenen op te dragen zelf verzoeker te benoemen en om het college aldus ook bevoegd te maken voor zijn indisponibiliteitsstelling, kan het diezelfde raad bezwaarlijk ontzegd zijn om aan het college slechts de bevoegdheid te delegeren verzoeker in disponibiliteit te stellen; dat, volledigheidshalve, de “determinerende voorbeslissing” waarvan verzoeker gewaagt en die er beweerdelijk in bestaat het begrip “wedertewerkstelling” te interpreteren en te toetsen, wezenlijk te identificeren is als, en samenvalt met, de motieven van het collegebesluit van 23 oktober 2000; dat, anders dan verzoeker meent, dat collegebesluit zich niet laat ontleden in “meerdere onderscheiden beslissingen”;

3.2.3. Overwegende dat de besproken middelen grond missen;

4.1. Overwegende dat in een eerste middel verzoeker de schending van de artikelen 114, 115 en 128 van het administratief statuut van het statutair personeel van de verwerende partij aanvoert, “doordat het college van burgemeester en schepenen stelt dat verzoeker ‘niet is teruggenomen’ binnen een termijn van één jaar, terwijl, verzoeker wel degelijk ‘teruggenomen’ was en hij met ingang van 25 oktober 1999 (krachtens een besluit van de gemeenteraad dd. 22 oktober 1999 [lees: een besluit van 18 oktober 1999 van het college van burgemeester en schepenen]) tewerkgesteld is op de logistieke dienst”; dat nader wordt toegelicht dat “mag worden besloten dat verzoeker in casu voldoet aan alle voorwaarden om te kunnen spreken van een wedertewerkstelling in de zin van artikel 115” en dat ook uit de bijscholingen die hij in het kader van zijn tewerkstelling op die logistieke dienst heeft mogen volgen, blijkt “dat de werkzaamheden van verzoeker bevredigend zijn in de zin dat hij de mogelijkheden krijgt om zich verder in zijn

functie te ontplooiën zodat hij in de toekomst nog beter zijn ‘nuttige’ tewerkstelling aldaar kan bewijzen”;

Overwegende dat in de memorie van wederantwoord verzoeker beklemt toont dat hij feitelijk is wedertewerkgesteld geworden door het stadsbestuur, dat hij dus niet zonder tewerkstelling was en dat de niet-overeenstemming van die tewerkstelling met het statuut -doordat hij “in feite reeds wedertewerkgesteld werd voordat hij juridisch, op grond van een gebonden wettelijke regeling, in instantie van wedertewerkstelling werd geplaatst”- niet ter zake doet, want enkel aan de verwerende partij te wijten is;

4.2. Overwegende dat, zoals gezien, artikel 128 voorschrijft dat van rechtswege in disponibiliteit wegens ontstentenis van betrekking wordt gesteld, het personeelslid dat wegens ontstentenis van betrekking in instantie van wedertewerkstelling is en dat niet is teruggenomen binnen een termijn van één jaar; dat volgens het middel te dezen niet aan het voorschrift is voldaan aangezien verzoeker juist wel is teruggenomen, en meer bepaald overeenkomstig artikel 115 van het administratief statuut wedertewerkgesteld is geworden, bij besluit van 18 oktober 1999 van het college van burgemeester en schepenen; dat genoemd artikel 115 luidt als volgt :

“Het personeelslid kan bij voorrang worden wedertewerkgesteld in een graad die ten hoogste gelijkwaardig is aan zijn graad.

De betrekking waarin het personeelslid kan wedertewerkgesteld worden, moet definitief vacant zijn en ofwel overeenstemmen met de weddeschaal die het personeelslid heeft ofwel overeenstemmen met een graad van hetzelfde niveau.

Het personeelslid moet aan de voorwaarden voldoen om in dit ambt te worden benoemd (werving of bevordering) en geslaagd zijn voor het examen afgestemd op de bijzondere vereisten van het ambt, overeenkomstig deel II, C.2 van het statuut.

De wedertewerkstelling geschiedt ambtshalve in functies die overeenstemmen met de graad van het personeelslid; zij gebeurt op aanvraag van het personeelslid in de andere gevallen”;

Overwegende dat om van een wedertewerkstelling conform het aangehaalde artikel te mogen gewagen, de betrekking waarin de wedertewerkstelling geschiedt definitief vacant moet zijn; dat niet blijkt dat de collegebeslissing van 18 oktober 1999 om verzoeker op de logistieke dienst te werk te stellen zo’n definitief vacante betrekking betreft; dat het tegendeel het geval is; dat verwerende partij betoogt en aantoont dat het personeelskader van de betreffende dienst “volledig bezet” is; dat, voorts, de collegebeslissing zelf uitdrukkelijk te kennen

geeft dat de tewerkstelling slechts een tijdelijke versterking van de dienst beoogt; dat een en ander bevestigd wordt door de beslissing van 22 oktober 1999 van de gemeenteraad om verzoeker, de collegebeslissing van 18 oktober 1999 ten spijt, in instantie van wedertewerkstelling te plaatsen, om reden dat hij geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheden om een “organieke” functie te verkrijgen;

Overwegende dat verzoeker terecht er op wijst dat de verwerende partij, toen zij op 18 oktober 1999 besliste hem op de logistieke dienst tewerk te stellen, zulks gedaan heeft met de uitgesproken bedoeling om hem “toch zinvol” in te zetten binnen de organisatie; dat daaruit evenwel geenszins kan worden besloten dat hij zodoende ook in een definitief vacante betrekking zou zijn aangesteld; dat verzoeker niet bewijst overeenkomstig artikel 115 van het administratief statuut te zijn weder tewerkgesteld geworden; dat het op die wedertewerkstelling gesteunde middel ongegrond is;

5.1. Overwegende dat een tweede middel is afgeleid uit de schending van artikel 115 van het administratief statuut, en van de materiële en de formele motiveringsplicht; dat in essentie wordt uiteengezet dat de gemeenteraad heeft besloten tot de indisponibiliteitstelling op grond van de vaststelling dat er voor verzoeker geen wedertewerkstelling mogelijk is en dat zij daarbij uitgaat van feiten die manifest onjuist zijn; dat verzoeker in de memorie van wederantwoord aanvullend betoogt :

“In het jaar van zijn (beweerd) in staat van wedertewerkstelling zijn, was er wel degelijk een betrekking voorhanden die definitief vacant was en overeenstemde met een salarisschaal of de graad van het niveau van verzoeker. Uit de agenda van de gemeenteraad van 25 augustus 2000, punt 17a blijkt dat wervingsreserves voor functies van niveau A worden aangelegd, zijnde dezelfde salarisschaal als deze van verzoeker. Als directeur van het slachthuis genoot verzoeker de weddeschaal A3. In de toelichtingen van dit agendapunt van de gemeenteraad stelt het college van burgemeester en schepenen zelf (zie pagina 8) dat er vacatures zijn.

Verzoeker voldeed aan de voorwaarden om in één van die ambten te worden benoemd. Verzoeker verwijst daarvoor naar bijlage 1 van het Personeelsstatuut van de stad waarin de bijzondere aanwervings- en bevorderingsvoorwaarden zijn opgenomen. Verzoeker voldoet trouwens aan de voorwaarden om in het ambt van adjunct-stadssecretaris te worden benoemd.

Dat, nu verzoeker voldeed en voldoet aan de voorwaarden om in de vacante ambten te worden benoemd, er van hem niet kon verlangd worden om nog een afzonderlijk examen af te leggen aangezien dit er op zou neerkomen dat de toepassing van artikel 115 van het Personeelsstatuut voor verzoeker altijd uitgesloten zou zijn, gelet op de specificiteit van zijn eerdere functie als directeur van het slachthuis”;

5.2. Overwegende dat uit het reeds hoger geciteerde artikel 115 van het administratief statuut wordt opgemaakt dat de wedertewerkstelling, ongeacht of zij ambtshalve dan wel pas na aanvraag van de betrokkene gebeurt, hoe dan ook slechts rechtsgeldig mogelijk is in zoverre het personeelslid aan de voorwaarden voldoet om in het ambt te worden benoemd en in zoverre de betrokkene geslaagd is voor het examen afgestemd op de bijzondere vereisten van het ambt;

Overwegende dat de bestreden beslissing motiveert en toelicht dat verzoeker “verschillende kansen heeft gekregen om zijn toestand te regulariseren”, dat hij “ondanks de geboden mogelijkheden nog steeds niet voldoet aan de voorwaarden om een organieke functie te bekleden”, dat “geen enkele gelijkwaardige of hogere graad meer vacant is in de personeelsformatie” en dat “er thans hierdoor geen wedertewerkstelling mogelijk is”; dat het verzoeker, aangezien hij de feitelijke juistheid hiervan betwist en meent dat het toch mogelijk was hem weder tewerk te stellen, toekomt aan te geven in welke betrekkingen hij dan wel overeenkomstig het vernoemde artikel 115 kon, zo al niet moest, zijn wedertewerkgesteld;

Overwegende dat verzoeker dat niet doet; dat alle betrekkingen die hij aanwijst slechts kunnen worden begeven aan wie met goed gevolg het geëigende examen aflegde; dat niet blijkt dat hij in een van de betreffende examens is geslaagd; dat, integendeel, verzoeker van oordeel is dat “van hem niet kon verlangd worden om nog een afzonderlijk examen af te leggen”; dat dit ten onrechte is; dat het ingaat tegen het artikel 115 van het administratief statuut, waarop hij zich in het middel juist beroept; dat, overigens, zijn argumentatie om de examenvoorwaarde ter zijde te laten niet de wettigheid van de vereiste betreft en hoe dan ook niet overtuigt; dat er immers precies vanwege de door verzoeker zelf benadrukte “specificiteit van zijn eerdere functie” des te meer reden toe is om ook in zijn geval de wedertewerkstelling afhankelijk te stellen van een middels een examen te bewijzen voldoende geschiktheid voor het nieuwe ambt;

Overwegende dat het middel in elk geval als ongegrond moet worden verworpen; dat het dan ook zonder belang is of het, zoals verwerende partij beweert, onontvankelijk is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vierentwintig maart 2005, 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.