

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 150.461 van 20 oktober 2005
in de zaak A. 87.122/XII-2259.**

In zake : Koenraad BOLSENS,
die woonplaats kiest bij
advocaat L. Van Hout,
kantoor houdende te Berlaar,
Markt 78

tegen :

1. de GEMEENTE HEMIKSEM,
die woonplaats kiest bij
advocaat H. Sebreghts,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 33.
2. het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat B. Staelens,
Stockhouderskasteel,
Gerard Davidstraat 46, bus 1.

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

Gezien het verzoekschrift dat Koenraad Bolsens op 16 november 1999 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 22 juni 1999 van de gemeenteraad van Hemiksem om hem de tuchtstraf van het ontslag van ambtswege op te leggen, en van de beslissing van 16 september 1999 van de Vlaamse minister van Binnenlandse Aangelegenheden, Ambtenarenzaken en Sport tot goedkeuring van die tuchtstraf;

Gelet op het arrest nr. 86.780 van 11 april 2000 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 29 mei 2000 ingediend door verzoeker;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur H. Colin;

Gelet op de beschikking van 3 december 2002 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 20 december 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 15 maart 2005;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P.-J. Vervoort, die loco advocaat L. Van Hout verschijnt voor verzoeker, van advocaat R. Tijs, die loco advocaat H. Sebreghts verschijnt voor de eerste verwerende partij, en van advocaat B. Staelens, die verschijnt voor de tweede verwerende partij;

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;

1. Overwegende dat de gemeentesecretaris van Hemiksem op 21 april 1999 een tuchtverslag opstelt tegen verzoeker, in dienst van de gemeente als redder/badmeester; dat in het verslag wordt verhaald dat een moeder haar beklag er over deed dat verzoeker het bij het geven van zwemles in schoolverband “nodig” vond om haar zoon, “die ingevolge een linkszijdige verlamming van bij de geboorte niet in staat is om dezelfde inspanningen te leveren of alle oefeningen even vlot uit te oefenen als zijn klasgenootjes”, “voor zijn mindere prestaties te straffen en hem daarbij zelfs nog belachelijk te maken”; dat voorts in het verslag wordt betoogd dat de feiten een strenge tuchtsanctie verantwoorden, mede gelet op de tuchtsancties die verzoeker in het verleden reeds opliep; dat de gemeentesecretaris besluitend aan het college van burgemeester en schepenen vraagt om verzoeker “onmiddellijk door te verwijzen voor behandeling van het dossier door de gemeenteraad”; dat in een aanvullend verslag van 27 april 1999 nog wordt gesignaleerd dat ook de directeur en de oudervereniging van de vrije basisschool van Hemiksem hun bezorgdheid hebben

geuit over “de manier waarop Koen Bolsens omgaat met de leerlingen tijdens het schoolzwemmen”;

Overwegende dat verzoeker met brief van 28 april 1999 wordt uitgenodigd om op 18 mei 1999 voor de gemeenteraad te verschijnen teneinde zich te verantwoorden omtrent zijn houding tegenover een mindervalide jongen tijdens het schoolzwemmen, zijn houding tijdens de zwemlessen en het toezicht in het algemeen; dat op 18 mei 1999 de gemeenteraad de behandeling van de zaak uitstelt naar 22 juni 1999; dat ter zitting van 22 juni 1999 de gemeenteraad verzoeker de tuchtstraf van het ontslag van ambtswege oplegt; dat wordt overwogen dat verzoekers houding ten opzichte van de zwaar gehandicapte jongen “absoluut onaanvaardbaar” is en dat reeds bij herhaling aan verzoeker gevraagd werd zijn gedrag aan te passen, “maar zulks allemaal aan hem niet besteed is”; dat, op beroep van verzoeker, de Vlaamse minister van Binnenlandse Aangelegenheden, Ambtenarenzaken en Sport de tuchtstraf bij besluit van 16 september 1999 goedkeurt;

2.1. Overwegende dat verzoeker een zesde middel afleidt uit de schending van het rechtszekerheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en de zorgvuldigheidsplicht bij de feitenvinding; dat hij uiteenzet dat een tuchtsanctie steun moet vinden in voldoende en duidelijk bewezen feiten en verklaringen, dat de bestraffing en het belachelijk maken van een als zwaar gehandicapt bestempeld kind niet bewezen is, en dat de in het tuchtverslag aangevoerde feiten “steeds eenzijdige beweringen zullen blijven zodat nooit een tuchtsanctie jegens hem mag worden uitgesproken en al zeker niet de zwaarste” “[z]olang de verzoekende partij niet met [de minderjarige of diegenen die er voor gezorgd hebben dat de verzoekende partij zich thans dient te verantwoorden voor beweerde feiten] geconfronteerd wordt over de door hen jegens hem ten laste gelegde feiten”;

2.2. Overwegende dat het middel de tuchtoverheid ten kwade duidt dat zij, alvorens het tuchtfeit met betrekking tot de mindervalide jongen bewezen te achten, niet heeft voorzien in een rechtstreekse ondervraging en confrontatie van de betrokkenen;

Overwegende dat het betreffende tuchtfeit gestaafd wordt door een brief van de moeder van de jongen en een brief van de juf die getuige van de gebeurtenissen was; dat in de eerste brief de moeder in detail het voorval beschrijft zoals zij het van haar zoon vernam, en meedeelt er bevestiging van gekregen te hebben vanwege de juf die het heeft gadeslagen; dat in de tweede brief de juf haar verhaal van de feiten doet; dat het met dat van de moeder perfect overeenstemt; dat in die omstandigheden niet meteen duidelijk is, noch voor de tuchtoverheid moest zijn, wat een directe ondervraging en confrontatie van verzoeker en de jongen meer kunnen bijbrengen; dat verzoeker dat jegens haar ook niet heeft toegelicht; dat hij zich er toe beperkte er op aan te dringen dat hij en de jongen persoonlijk zouden gehoord worden;

Overwegende dat de eerste verwerende partij daar niet is op ingegaan om de volgende redenen :

“Aangezien de raadsman van Bolsens vraagt de zaak uit te stellen teneinde én Bolsens én de betrokken minderjarige door de Raad te laten horen omtrent de tenlaste gelegde feiten.

Aangezien de Raad van oordeel is op deze vraag niet te moeten ingaan.

Aangezien op de eerste plaats de Raad van oordeel is voldoende te zijn ingelicht aan de hand van het voorliggende dossier en de bijgebrachte verklaringen.

Aangezien de Raad zich overigens afvraagt hoe zij een minderjarige zou kunnen verplichten ter zitting te verschijnen, waarbij bovendien geen van beide partijen zou kunnen gehoord worden onder ede daar de Raad deze bevoegdheid evenmin heeft.

Aangezien tot slot de Raad het ongepast vindt een minderjarig én zwaar gehandicapt kind te moeten confronteren met zijn agressor waar de raadsman van Bolsens in zijn verdediging ter zitting zélf gezegd heeft dat het kind ‘wellicht onder de indruk geweest is van een kolos van een badmeester’ (zie verslag verklaring raadsman Bol[s]ens).

Dat de feiten voor het minderjarig kind op zich al erg traumatisch genoeg zijn”;

Overwegende dat reeds uit het relaas van de moeder blijkt dat de jongen door het voorval danig was aangegrepen en namelijk “helemaal hysterisch” was thuis gekomen; dat verzoekers raadsman van zijn kant heeft toegegeven dat het kind “wellicht onder de indruk [is] geweest van een ‘kolos’ van een badmeester”; dat dit, mede gelet op de beschikbare verklaringen en de onduidelijkheid over wat een persoonlijke verschijning van verzoeker en het kind daar nog kon aan toevoegen, genoegzaam verantwoordt dat van de gevraagde persoonlijke verschijningen werd afgezien en dat het tuchtfeit ook zonder de confrontatie voor bewezen werd gehouden;

Overwegende, louter volledigheidshalve, dat zelfs niet voor de toeziende overheid, noch in zijn verzoekschrift bij de Raad van State, verzoeker er toe is kunnen komen aan te geven waarvoor dan wel een confrontatie met de jongen nuttig kon zijn geweest; dat hij pas in de memorie van wederantwoord gezegd krijgt dat uit een tegensprekelijk debat “onmiddellijk zou blijken dat o.a. niet kan voorgehouden worden dat de schooljuffrouw van de minderjarige de voorgehouden feiten zou hebben meegemaakt aangezien deze zich niet in de onmiddellijke nabijheid van het zwembad bevond op het ogenblik van de feiten noch zich op nabije afstand van de feiten bevond”; dat die verantwoording al te laat is; dat zij hoe dan ook ongeloofwaardig is; dat uit verzoekers eigen verklaringen, ter gelegenheid van zijn verhoor in het kader van het beroep bij de tweede verwerende partij, genoeg blijkt dat de juf hem direct na het incident ervoor “berispt” heeft en de behandeling van de gehandicapte jongen “ongepast” noemde; dat zij daarvoor klaarblijkelijk ter plaatse moet zijn geweest;

Overwegende dat het zesde middel ongegrond is;

3.1. Overwegende dat verzoeker in een eerste middel de schending aanvoert van artikel 299 van de nieuwe gemeentewet, van de hoorplicht en van de rechten van de verdediging die “een essentieel element zijn van de ‘fair trial’ in de zin van artikel 6, lid 1 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens”, doordat de tuchtoverheid niet is ingegaan op zijn vraag om hem en de minderjarige te horen en doordat zij van oordeel was voldoende te zijn ingelicht aan de hand van het dossier en de verklaringen;

Overwegende dat een tweede middel de schending aanvoert van de zorgvuldigheidsplicht bij de feitenvinding, de beginselen van billijke rechtspleging en de rechten van verdediging; dat wordt toegelicht dat de tuchtoverheid van mening was dat de persoonlijke aanwezigheid van de verzoeker niet noodzakelijk was ter vrijwaring van zijn rechten van verdediging omdat hij perfect vertegenwoordigd zou zijn geweest door zijn raadsman en omdat de feiten voldoende duidelijk waren aangetoond, dat nochtans verzoeker “als enige aanwezige bij de feiten een ander licht op de toch wel eenzijdig verzamelde feiten kon werpen”, en dat het persoonlijk horen van verzoeker volstrekt noodzakelijk was aangezien de tuchtoverheid zich op geen enkele andere manier volledig kon informeren over de feitelijke omstandigheden die zij in acht moest nemen bij haar beslissing;

3.2. Overwegende dat verzoeker duidelijk van mening is dat hij onder alle omstandigheden de gelegenheid moest hebben gehad om in persoon en mondeling voor de gemeenteraad zijn verweer voor te dragen en tegenspraak te voeren; dat dit ten onrechte is; dat het algemeen rechtsbeginsel van de rechten van de verdediging in tuchtzaken zulks niet vereist; dat ook het artikel 299 van de nieuwe gemeentewet geen absoluut vereiste in die zin bevat; dat weliswaar genoemd artikel, eerste lid, bepaalt dat geen enkele tuchtstraf mag worden opgelegd dan nadat het personeelslid in zijn middelen van verdediging gehoord is over alle feiten die hem ten laste gelegd worden door de overheid die haar uitspreekt; dat er echter afdoende redenen kunnen zijn om de tuchtrechtelijk vervolgde niet letterlijk te horen;

Overwegende dat te dezen verzoeker met een brief van 28 april 1999 overeenkomstig artikel 299 van de nieuwe gemeentewet door de eerste verwerende partij is opgeroepen om in zijn middelen van verdediging te worden gehoord op de gemeenteraadszitting van 18 mei 1999; dat hij op 5 mei 1999 om een uitstel vraagt omdat hij mentaal niet in staat is te verschijnen; dat het verzoek op 18 mei 1999 wordt ingewilligd, met dien verstande dat de gemeenteraad uitdrukkelijk stipuleert dat hij de zaak “in elk geval” op 22 juni 1999 ten gronde zal behandelen; dat verzoeker advocaten Van Hout en Vernailen vraagt zijn belangen ter zitting van 22 juni 1999 te verdedigen; dat op die dag zijn raadslieden de gemeente een attest van 17 juni 1999 van psychiater Massant ter kennis brengen, volgens hetwelk verzoeker zich om medische redenen niet op “een zitting van de gemeenteraad ivm moeilijkheden en tuchtprocedure van de werkgever” kan aanbieden; dat niet wordt gespecificeerd, ook niet bij benadering, wanneer aan de onmogelijkheid om zich aan te bieden een einde mag worden verwacht; dat wel ter zitting van de gemeenteraad advocaat Vernailen aanwezig is en verzoeker vertegenwoordigt; dat de raadsman hoofdzakelijk vraagt “Dhr Bolssens en het betrokken kind te horen”;

Overwegende dat in de gegeven omstandigheden de in de besproken middelen aangevoerde rechtsregels de eerste verwerende partij er niet toe verplichtten om de behandeling van de zaak nóg eens uit te stellen; dat zij reeds een keer was uitgesteld geworden en een nieuw uitstel de tuchtprocedure nodeloos dreigde op te houden; dat immers verzoeker ter zitting van de gemeenteraad door een raadsman vertegenwoordigd was en blijkens diens uiteenzetting een persoonlijke verschijning van verzoeker inzonderheid verband hield met een confrontatie met de meer vernoemde mindervalide jongen; dat, zoals gezien, de gemeente die confrontatie redelijkerwijze als onnodig mocht beschouwen en op goede grond heeft afgewezen;

Overwegende dat verzoeker voldoende in de mogelijkheid is gesteld zijn middelen van verdediging te doen gelden; dat het voor de beoordeling van de besproken middelen niet ter zake doet of hij die mogelijkheid al dan niet ook adequaat gebruikt heeft; dat bijgevolg irrelevant is zijn betoog, in de memorie van wederantwoord, dat hij zijn raadsman slechts een beperkt mandaat had gegeven, er in bestaande “om de gemeenteraad te duiden op de noodzaak van het persoonlijk horen van zowel verzoekende partij als de minderjarige”;

Overwegende dat het eerste en het tweede middel ongegrond zijn;

4.1. Overwegende dat een derde middel de miskennis van een medisch attest aanvoert en de schending van de rechten van de verdediging; dat wordt toegelicht dat het attest van 17 juni 1999 van psychiater Massant verzoekers onmiskenbare wil aantoonst om op de tuchtzitting aanwezig te zijn en dat elke beslissing in zijn afwezigheid onwettig is;

4.2. Overwegende dat de verwerende partij op geen enkele wijze de bewijskracht van het bijgebrachte medisch attest heeft betwist en namelijk dat het onjuist zou zijn geweest dat verzoeker om medische redenen in de onmogelijkheid verkeerde om zich ter gemeenteraadszitting aan te bieden; dat de gemeenteraad alleen meende dat, gelet op de concrete omstandigheden van de zaak, het attest geen reden er voor moest zijn om de behandeling van de tuchtzaak een tweede keer uit te stellen; dat, naar uit de bespreking van het eerste en het tweede middel volgt, die mening niet onrechtmatig is;

Overwegende dat 's Raads arresten Koly, nr. 56.580 van 4 december 1995, en Raemaekers, nr. 81.398, van 28 juni 1999, waarnaar verzoeker verwijst, niet tot een andere conclusie nopen; dat de feitelijke toedracht in die zaken zich niet laat vergelijken met de toedracht te dezen, al was het maar omdat verzoeker, anders dan Koly en Raemaekers, wel een (eerste) uitstel verkreeg; dat, voorts, in de zaak Koly de verzoeker, ziek, niet alleen niet aanwezig was, maar ook niet vertegenwoordigd, en in de zaak Raemaekers de verzoeker dan weer wél persoonlijk aanwezig was, maar wegens de ziekte van zijn gewone raadsman diens bijstand moest missen; dat te dezen echter, zoals de gemeente terecht vaststelde, de verzoeker “perfect” vertegenwoordigd was door zijn raadsman en zijn persoonlijke aanwezigheid met het oog op een gevraagde confrontatie niet noodzakelijk was;

Overwegende dat het derde middel niet gegrond is;

5.1. Overwegende dat verzoeker in een vierde middel de rechten van de verdediging, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel geschonden noemt doordat hem niet voorafgaandelijk is meegedeeld dat hij riskeerde ontslagen te worden;

5.2. Overwegende dat verzoeker, samen met de oproeping van 28 april 1999 voor de gemeenteraad, een afschrift betekend kreeg van de tuchtverslagen van 21 en 27 april 1999 van de gemeentesecretaris; dat in zijn verslag van 21 april 1999 de gemeentesecretaris de feiten ernstig genoeg noemt “om een strenge tuchtsanctie te verantwoorden”; dat hij er op wijst dat het om een herhaling gaat van feiten waarvoor verzoeker eerder al gestraft werd met een schorsing van twee maanden en een schorsing van drie maanden; dat hij, besluitend, aan het college van burgemeester en schepenen vraagt “gelet op de ernst van de feiten betrokkene onmiddellijk door te verwijzen voor behandeling van het dossier door de gemeenteraad”;

Overwegende dat de strekking van het verslag duidelijk en niet mis te verstaan is : verzoeker is niet aan zijn proefstuk toe, zelfs een schorsing voor de maximaal toegelaten duur van drie maanden heeft hem er niet van kunnen weerhouden in herhaling te vallen, een nog zwaardere straf dringt zich op, verzoeker dient dan ook “onmiddellijk” voor de gemeenteraad gebracht, het college van burgemeester en schepenen kan hem nu eenmaal slechts ten hoogste een schorsing voor één maand opleggen; dat bijgevolg verzoeker uit het verslag redelijkerwijze kon en moest weten dat hij het risico liep met een terugzetting in graad of verwijdering uit de dienst gestraft te worden; dat zijn “eigen ‘beleving’ van de ‘feiten’”, waarnaar hij in de laatste memorie verwijst, daar niets van afdoet; dat het vierde middel ongegrond is;

6.1. Overwegende dat in een vijfde middel de schending van artikel 317 van de nieuwe gemeentewet en van het beginsel *non bis in idem* wordt aangevoerd, doordat de goedgekeurde tuchtstraf in werkelijkheid voornamelijk blijkt te steunen “op eerdere feiten en feiten die reeds het voorwerp hebben uitgemaakt van een tuchtsanctie”;

6.2. Overwegende dat de tuchtstraf van 22 juni 1999 essentieel gesteund is op het meer vermelde voorval met de gehandicapte jongen; dat de eerste verwerende partij verzoekers houding daarin “absoluut onaanvaardbaar” noemt en

die houding vervolgens weegt en beoordeelt in het licht van zijn vroeger gedrag; dat (slechts) in dat verband wordt vastgesteld dat het voorval niet uniek is, dat verzoeker “reeds bij herhaling werd gevraagd zijn gedrag aan te passen”, dat onder meer twee vroegere, niet doorgehaalde tuchtsancties “illustratief zijn voor de hardnekkigheid waarbij Bolsens weigert zijn houding te wijzigen” en dat het nochtans een “absolute noodzaak” is “om in de functie van redder een correcte behandeling te hebben naar cliëntele en gebruikers”;

Overwegende dat het genoemde voorval op 4 maart 1999 plaats had en met brief van 8 maart 1999 ter kennis van de burgemeester werd gebracht; dat reeds met brief van 28 april 1999 verzoeker werd opgeroepen om zich ervoor te verantwoorden tegenover de gemeenteraad; dat dit binnen de termijn van zes maanden na de vaststelling of de kennisname van de strafbare feiten is, na dewelke de tuchtoverheid overeenkomstig artikel 317 van de nieuwe gemeentewet geen tuchtrechtelijke vervolging meer kan instellen; dat voorts niet blijkt dat verzoeker voor het voorval reeds eerder tuchtrechtelijk zou zijn gestraft of zelfs maar vervolgd;

Overwegende dat het vijfde middel ongegrond is;

7.1. Overwegende dat een zevende middel, ten slotte, is afgeleid uit de miskenning van artikel 6 van het decreet van 24 juli 1991 houdende regeling voor het Vlaamse Gewest van het administratief toezicht op de handelingen betreffende tucht- en sommige ordemaatregelen genomen ten opzichte van het gemeente-personeel bedoeld in de nieuwe gemeentewet, doordat de tweede verwerende partij zich in de plaats van de tuchtoverheid heeft gesteld en dezer motieven heeft aangevuld of verbeterd, ofschoon de bevoegdheid waarover zij beschikt beperkt is tot het louter goedkeuren of niet-goedkeuren;

7.2. Overwegende dat verzoeker ter staving van het middel verwijst naar vier passussen in de beslissing van 16 september 1999 tot goedkeuring van verzoekers ontslag;

Overwegende dat, luidens een eerste passus, “het als ongepast wordt gezien om het betrokken gehandicapt kind te confronteren met zijn agressor” en “het gebeurde feit, zoals aangegeven in het tuchtbesluit en zoals blijkt uit de brief van de moeder van het kind van 8 maart 1999, traumatische gevolgen heeft voor het kind”; dat hiermee de Vlaamse minister alleen maar de visie van de gemeenteraad

onderschrijft dat het ongepast is het kind “te moeten confronteren met zijn agressor” en dat de feiten voor het kind “op zich al erg traumatisch genoeg zijn”;

Overwegende dat in een tweede gewraakte passus de tweede verwerende partij verklaart niet in te zien “welke de doelstelling is van de oproeping van het kind”; dat blijkens het vervolg ervan de tweede verwerende partij er slechts de zienswijze van de eerste verwerende partij mee beaamt, namelijk dat de oproeping onwenselijk en onnodig is, onwenselijk vanwege de extra psychische belasting van het kind, onnodig omdat de stukken van het dossier getuigenissen overbodig maken;

Overwegende dat de tweede verwerende partij in een derde passus gewaagt van een klacht met betrekking tot “de mishandeling van de gehandicapte jongen”; dat dit wezenlijk overeenstemt met de omschrijving van de klacht, in het goedgekeurde besluit, als “betreffende de ongepaste behandeling van een gehandicapt kind”;

Overwegende dat in een vierde passus de tweede verwerende partij zich afvraagt hoe het feit in verband met de gehandicapte jongen “meer kan bewezen worden” en daar bij wijze van verduidelijking, enigszins retorisch, aan toevoegt dat moeilijk kan worden aangenomen dat de moeder van een gehandicapt kind dergelijk voorval zou verzinnen; dat zodoende de tweede verwerende partij, in antwoord op het bezwaar van verzoeker in zijn “beroepsverzoekschrift” dat de tuchtsanctie geen steun vindt in bewezen feiten, te kennen geeft dat de gemeente volkomen terecht heeft gemeend “dat op basis van de stukken uit het dossier [...] de feiten bewezen zijn”;

Overwegende dat verzoeker geenszins aannemelijk maakt dat de Vlaamse minister met de goedkeuringsbeslissing van 16 september 1999 de grenzen van zijn bevoegdheid om de tuchtstraf van 22 juni 1999 louter goed te keuren of niét goed te keuren, te buiten is gegaan; dat ook het zevende middel niet gegrond 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 twintig oktober 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.