

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 153.917 van 19 januari 2006
in de zaak A. 68.826/XII-2660.**

In zake : Henri FRANS,
wonende te Scherpenheuvel-Zichem,
Steenweg op Diest 45

tegen :

1. de PROVINCIE VLAAMS-BRABANT,
die woonplaats kiest bij
advocaten A. Verriest en P. De Maeyer,
kantoor houdende te Brussel,
Tedescolaan 7
2. het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat B. Staelens,
kantoor houdende te Brugge,
Stockhouderskasteel,
Gerard Davidstraat 46, bus 1.

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

Gezien het verzoekschrift dat Henri Frans op 7 juni 1996 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 14 december 1995 van de bestendige deputatie van de provincieraad van Vlaams-Brabant om hem de tuchtstraf van de blaam op te leggen en van de beslissing van 8 maart 1996 van de Vlaamse minister van Binnenlandse Aangelegenheden, Stedelijk Beleid en Huisvesting tot goedkeuring van die tuchtstraf;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door adjunct-auditeur P. De Somere;

Gelet op de beschikking van 17 juli 2000 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 van de verwerende partijen;

Gelet op de beschikking van 23 februari 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 26 april 2005;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. De Maeyer, die verschijnt voor de eerste verwerende partij, en van advocaat N. De Clercq, die loco advocaat B. Staelens verschijnt voor de tweede verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. De Somere;

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

De feiten

1. Overwegende dat op 20 juni 1995 McDonald's Belgium Inc. van het college van burgemeester en schepenen van Diest de vergunning verkrijgt voor het bouwen van een restaurant op een terrein, gehuurd van René Berthels, langs de Leuvensesteenweg te Diest; dat het terrein paalt aan de onbevaarbare waterloop Opendeurkeloop; dat René Berthels op 14 juli 1995 aan de provincie Vlaams-Brabant de toelating vraagt om de waterloop ter hoogte van zijn eigendom in te buizen, gelet op de "enorme geurhinder"; dat op 9 augustus 1995 verzoeker, adjunct-districtschef bij de dienst wegen en waterlopen van de provincie, de plaats bezoekt in aanwezigheid van René Berthels en de architect van McDonald's; dat op 10 augustus 1995 René Berthels aan verzoeker een aanvraag overhandigt tot overwelving van de Opendeurkeloop over een afstand van 54,40 m; dat verzoeker, in een verslag van dezelfde dag aan de ingenieur-dienstchef, adviseert "ten uitzonderlijke titel" de vergunning te verlenen;

Overwegende dat verzoeker op (woensdag) 16 augustus 1995 vaststelt dat er op de grond van René Berthels buizen opgestapeld liggen; dat hij op (maandag) 21 augustus 1995 constateert dat de Opendeurkeloop over een afstand van plusminus 50 meter is ingebuisd, ofschoon daarvoor door de bestendige deputatie geen vergunning is verleend; dat hij hiervan proces-verbaal opstelt; dat de ingenieur-dienstchef van de dienst wegen en waterlopen op 28 augustus 1995 aan de bestendige deputatie voorstelt de aanvraag tot machtiging om de Opendeurkeloop

te overwelden, te verwerpen; dat de bestendige deputatie de machtiging op 31 augustus 1995 weigert met een verwijzing naar de op 28 maart 1985 vastgestelde beleidsopties inzake waterbeheersing in Brabant “waaruit blijkt dat overwelvingen van onbevaarbare waterlopen tot een minimum dienen beperkt”; dat de gouverneur wel met een brief van 21 december 1995 aan McDonald’s laat weten dat de provincie begrip kan opbrengen “voor de problematiek van de geurhinder” en daarom tijdelijk uitstel verleent voor het uitbreken van de overwelving totdat het zelfreinigend karakter van de waterloop zich heeft hersteld;

Overwegende dat verzoeker met een brief van 7 november 1995 wordt opgeroepen om zich voor de bestendige deputatie te verdedigen met betrekking tot “de volgende tekortkomingen vastgesteld bij de uitoefening van [zijn] taak naar aanleiding van de overwelving van de onbevaarbare waterloop Opendeurkeloop te Webbekom (Diest): a) het niet opvolgen van de werkzaamheden van inbuizing. Het is niet aanvaardbaar dat deze inbuizing slechts opgemerkt werd op 21 augustus 1995, daar waar u op de hoogte was van de aanvraag en u eventueel met politionele middelen de uitvoering van de werken had kunnen doen stilleggen; b) het niet of onvoldoende op de hoogte stellen van de aanvrager van het absolute verbod van zulkdanige overwelvingen en van het stringente beleidsplan dienaangaande. U heeft integendeel laten geloven dat een afwijking ervan kan worden bekomen door te melden dat u de aanvraag gunstig zou adviseren ‘ten uitzonderlijke titel’”; dat de bestendige deputatie verzoeker op 5 december 1995 straft met een blaam; dat, op beroep van verzoeker, de Vlaamse minister van Binnenlandse Aangelegenheden, Stedelijk Beleid en Huisvesting de tuchtstraf op 8 maart 1996 goedkeurt;

De ontvankelijkheid

2. Overwegende dat eerste verwerende partij in de memorie van antwoord opmerkt dat de tweede bestreden beslissing uitspraak doet over verzoekers beroep tegen de eerste bestreden beslissing, na een nieuw onderzoek van het dossier en op grond van een eigen motivering; dat zij zich afvraagt “of het beroep tot nietigverklaring gericht tegen het in eerste aanleg genomen besluit ontvankelijk is”;

Overwegende dat niet moet worden onderzocht of hierin een exceptie van niet-ontvankelijkheid dient te worden gelezen; dat de eerste verwerende partij ter terechtzitting immers uitdrukkelijk afstand doet van haar opwerping;

3. Overwegende dat volgens de tweede verwerende partij het verzoekschrift “niet de minimale gegevens ter adstructie van de mogelijke rechtsschendingen” bevat en niet aangeeft “waarom het zorgvuldigheidsbeginsel zou zijn geschonden”; dat zij de vordering bijgevolg onontvankelijk acht; dat ook de eerste verwerende partij doet gelden dat verzoeker niet uiteenzet “waardoor de ingeroepen zorgvuldigheidsplicht geschonden zou zijn”;

Overwegende dat verzoeker in het verzoekschrift als enig middel tot vernietiging voorstelt: “het algemeen rechtsbeginsel van behoorlijk bestuur: de zorgvuldigheidsplicht”; dat de toelichting ervan onder “3. Ontvankelijkheid van het verzoek” te lezen staat; dat zij er in bestaat zo goed als letterlijk de inhoud te herhalen van een door de administratie voorbereid -en door verzoeker als stuk 22 bijgebracht- ontwerp van ministerieel besluit tot niet-goedkeuring van de bestreden tuchtstraf;

Overwegende dat zodoende verzoeker het middel duidelijk genoeg heeft uiteengezet; dat de verwerende partijen zich niet hebben kunnen vergissen omtrent de precieze inhoud en draagwijdte ervan; dat de besproken exceptie verworpen wordt;

De grond van de zaak

4. Overwegende dat, blijkens de vermeldingen van het verzoekschrift, de zorgvuldigheidsplicht geschonden is doordat de tegen verzoeker aangevoerde tenlasteleggingen ten onrechte voor bewezen zijn gehouden; dat wat de eerste tenlastelegging betreft, verzoeker doet gelden dat hij niet over de bevoegdheid beschikte om de werken met politionele middelen of via de rechter te doen stilleggen en dat van hem toch moeilijk verwacht kan worden dat hij constant op de werf aanwezig bleef om mogelijke overtredingen onmiddellijk te verbaliseren; dat wat de tweede tenlastelegging betreft, hij daar aan toevoegt dat het niet foutief was zijn gunstig advies kenbaar te maken, dat het slechts een advies betrof dat door de bestendige deputatie al dan niet gevolgd kon worden, dat het advies de aanvrager nog niet de machtiging gaf om de buizen aan te brengen zonder toelating van de

bestendige deputatie en dat het beleidsplan van de provincie niet zo stringent is dat er niet in bepaalde gevallen toch overwelvingen kunnen worden toegestaan;

5. Overwegende dat de eerste verwerende partij daarop repliceert dat verzoeker niet verweten wordt dat hij zich niet zelf tot de politierechter heeft gewend, maar dat hij niet onmiddellijk heeft gehandeld om de overtreding op te sporen alhoewel hij op de hoogte was van de intentie van de bouwheer, dat ook nergens wordt beweerd dat hij zelf enige toelating tot het aanbrengen van de buizen gegeven zou hebben;

Overwegende dat de tweede verwerende partij antwoordt dat verzoeker zich “met zijn openlijk ‘spoedadvies’, na telefonische uitnodiging ter plaatse, enz.” niet terughoudend en loyaal heeft gedragen met betrekking tot juist een materie waarin een stringent beleid gevoerd wordt, dat hij zeer minutieus de werken had moeten controleren en evidentelijk nog dezelfde week ter plaatse had moeten gaan, nadat hij op 16 augustus 1995 constateerde dat de buizen al waren aangevoerd, dat tenslotte niet wordt beweerd dat hij bevoegd was de werken stil te leggen;

Overwegende dat verwerende partijen in hun laatste memories nog betogen dat het tegenstrijdig zou zijn wel de niet-opvolging van de werkzaamheden als bewezen te beschouwen en niet het wekken van de indruk dat er geen absoluut verbod van overwelving bestaat en dat een afwijking verkregen kan worden, dat de tuchtfacten nauw met mekaar verbonden zijn, dat verzoeker zijn advies om in een uitzondering te voorzien ten opzichte van het stringent beleidsplan onmiddellijk aan de aanvrager heeft gecommuniceerd, dat verzoeker op die wijze bij de aanvrager hoop heeft gewekt, dat hij voorts, toen hij bemerkte dat de aanvrager onmiddellijk de nodige voorbereidingen trof om de niet-vergunde werken uit te voeren, niet alert gecontroleerd heeft, en dat het schrijven van 21 december 1995 van de gouverneur aan McDonald’s geen inconsistentie bewijst aangezien het allesbehalve onlogisch is enerzijds verantwoordelijkheid op te nemen ten aanzien van derden die zich mogelijk op het vertrouwensbeginsel kunnen steunen en anderzijds er intern op te wijzen “dat er handelingen zijn gesteld die niet kunnen”; dat ook nog wordt uiteengezet dat indien de eerste tenlastelegging bewezen is, niet in te zien valt waarom dan de opgelegde blaam kennelijk overdreven zou kunnen zijn, dat bovendien de schending van het redelijkheidsbeginsel niet in het verzoekschrift is aangevoerd en evenmin van openbare orde is;

6. Overwegende dat er verzoeker twee tuchtfacten ten laste zijn gelegd: onvoldoende toezicht opdat een wederrechtelijke overwelving kon worden vermeden en misleidende informatie; dat de tuchtstraf aangaande het eerste feit stelt wat volgt :

“Overwegende dat met betrekking tot het eerste feit reeds op 14 april 1995 een aanvraag tot overwelving werd ingediend; dat deze overwelving werd uitgevoerd op vrijdag 18 augustus 1995; dat de betrokkene verklaart niet aanwezig te zijn geweest bij de uitvoering van deze werken, wat door het stadsbestuur van Diest is bevestigd, en pas op maandag 21 augustus 1995 heeft vastgesteld dat de overwelving van de Opendeurkeloop over een afstand van ongeveer 45 meter was uitgevoerd; dat hij verklaart enkel aanwezig te zijn geweest bij de overwelving van de laatste 5 meter, en onmiddellijk proces-verbaal heeft opgemaakt;

Overwegende dat de heer Berthels aan de gedeputeerde Y. Ottenbourg verklaarde dat de heer Frans wel aanwezig was bij het overwelven van de waterloop;

Overwegende dat uit het ministerieel besluit van 17 oktober 1970 blijkt dat een adjunct-districtschef de bevoegdheid heeft om overtredingen van het politiereglement van de onbevaarbare waterlopen op de sporen en bij middel van proces-verbaal vast te stellen; dat uit wat voorgaat kan afgeleid worden dat de heer Frans niet onmiddellijk heeft gehandeld om de overtreding op te sporen, aangezien hij duidelijk op de hoogte was van de intentie van de eigenaar en de bouwheer-opstalhouder om te overwelven”;

Overwegende dat verzoeker zich vergist wanneer hij meent dat hem in het tuchtfact kwalijk wordt genomen dat hij niet zelf het nodige heeft gedaan om -“bij politionele middelen of via de rechter”- de overwelvingswerken van de Opendeurkeloop te hebben doen stilleggen; dat hem integendeel alleen wordt aangewreven onvoldoende op zijn *qui-vive* te zijn geweest om de overtreding, waarvan hij kon vermoeden dat ze op handen was, bij haar prilste aanvang, op 18 augustus 1995, vast te stellen en zo de mogelijkheden van de provincie om ze nuttig tegen te gaan, maximaal gaaf te houden;

Overwegende dat de vraag of verzoeker tuchtrechtelijk in gebreke is gebleven door in de concrete omstandigheden van de zaak nagelaten te hebben tussen woensdag 16 augustus 1995 en het weekend van 19-20 augustus 1995 opnieuw ter plaatse te gaan, teneinde te controleren of de overwelving toch nog niet was aangevat of zou aangevat worden, een appreciatiekwestie betreft; dat deze appreciatie de tuchtoverheid toekomt; dat de Raad van State er alleen een wettigheidstoezicht op houdt;

Overwegende dat niet blijkt dat de eerste verwerende partij door de voormelde vraag bevestigend te beantwoorden, onzorgvuldig heeft gehandeld; dat zij klaarblijkelijk van mening is geweest dat van verzoeker een heel bijzondere waakzaamheid mocht worden verwacht omdat -zoals in de laatste memorie van tweede verwerende partij wordt opgemerkt- “[w]ie aandringt op een overwelling, wie onmiddellijk in de kantoren staat met een aanvraag terzake, wie daarbij onmiddellijk volledig gehoor vindt, en wie dan ook onmiddellijk buizen laat aanrukken, [...] duidelijk in zijn kaarten [laat] kijken”; dat die mening streng is, maar niet de wettigheidsgrenzen van de appreciatiebevoegdheid van de bestendige deputatie te buiten gaat;

7. Overwegende dat de tuchtstraf aangaande het tweede tuchtfeit doet gelden :

“Overwegende dat met betrekking tot het tweede feit de aanvraag tot overwelling door de heer Frans op 10 augustus 1995 ten uitzonderlijke titel gunstig geadviseerd werd; dat dit advies niet werd gevolgd door de administratie en resulteerde in het weigeringsbesluit van de bestendige deputatie van 31 augustus 1995; dat de betrokkene als aangestelde van de provincie aldus het stringente beleidsplan naar de aanvrager niet duidelijk heeft overgebracht; dat hij daardoor een ernstige professionele en deontologische fout heeft begaan”;

Overwegende dat het “stringente” beleidsplan van de eerste verwerende partij inzake waterbeheersing niet zo strikt is dat het zich zonder meer en in alle omstandigheden tegen overwelvingen uitspreekt; dat het plan integendeel alleen als een beleidsoptie formuleert dat overwelvingen tot “een minimum beperkt” zullen worden; dat een overwelling “ten uitzonderlijke titel” -met andere woorden: bij wijze van uitzondering- daarmee geenszins onverenigbaar is; dat het zich dan ook niet laat begrijpen op welke wijze verzoeker aan bewust beleidsplan onvoldoende trouw is geweest door te hebben geoordeeld dat in het geval van de aanvraag van René Berthels die uitzonderingstoestand voorhanden was en door hem te hebben laten verstaan dat hij zijn aanvraag daarom gunstig zou adviseren; dat, duidelijkheidshalve, buiten kijf staat dat verzoeker er daarbij jegens René Berthels op geen enkel moment twijfel over heeft gelaten dat de beslissing over de aanvraag slechts de bestendige deputatie toekwam en dat betrokkene op die beslissing niet mocht vooruitlopen;

Overwegende, tevens, dat de speciale omstandigheden die verzoeker er toe brachten de aanvraag van René Berthels “ten uitzonderlijke titel” gunstig te adviseren niet zonder pertinentie zijn; dat zij hiermee verband houden dat naast de Opendeurkeloop een restaurant met buitenterras is vergund en gebouwd, dat aldaar de Opendeurkeloop het rioolwater van gans Kaggevinne en van een deel van Webbekom ontvangt, alsmede de riolering van een deel van de Omleiding van Diest, en dat daarom de waterloop een ondraaglijke stank veroorzaakt waardoor het onmogelijk is om op het terras van het restaurant te vertoeven, laat staan te eten; dat juist vanwege die “problematiek van de geurhinder” de gouverneur er op 21 december 1995 blijkbaar mee instemt dat de restaurantuitbater het uitbreken van de overwelving voor onbepaalde duur uitstelt;

Overwegende dat het in dit licht niet van de vereiste zorgvuldigheid getuigt om uit verzoekers advies en de mededeling ervan aan René Berthels, te besluiten dat hij “aldus het stringente beleidsplan naar de aanvrager niet duidelijk heeft overgebracht”;

8. Overwegende dat derhalve blijkt dat slechts het eerste van de twee tuchtfeiten rechtmatig in aanmerking is genomen; dat tevergeefs verwerende partijen beweren dat de twee tuchtfeiten zodanig verbonden zijn dat het ene niet zonder het andere feit voor bewezen kan worden gehouden; dat het tuchtfeit van het gebrekkig toezicht bezwaarlijk kan noodzaken dat verzoeker *ipso facto* ook schuldig wordt bevonden aan misleiding van de aanvrager - wat niet een gevolg van het eerste tuchtfeit is, maar er vóór zou zijn gebeurd;

9. Overwegende dat dan de vraag rijst wat het gevolg ervan moet zijn dat de blaam ten onrechte steun zoekt in het tuchtfeit van de misleiding; dat, wil de Raad van State zich niet in de plaats van de tuchtoverheid stellen, het antwoord op die vraag noodzakelijkerwijs de vernietiging van de goedgekeurde blaam moet zijn, tenzij er elementen zouden blijken die met voldoende zekerheid aannemelijk maken dat de tuchtoverheid ook zonder het tweede tuchtfeit tot de blaam heeft willen beslissen; dat die gegevens evenwel ontbreken; dat eerder zelfs het tegendeel blijkt; dat de formele motivering van de blaam zeer expliciet doet kennen dat het tweede tuchtfeit als “een ernstige professionele en deontologische fout” is beschouwd en dat het juist vanwege de redelijke verhouding tot de ernst van de beide gepleegde feiten is dat de tuchtstraf van de blaam als passend werd beschouwd;

Overwegende, volledigheidshalve, dat de Raad van State door op grond van het besproken middel de tuchtstraf en haar goedkeuring te vernietigen, geen uitspraak erover doet of de bestendige deputatie al dan niet binnen de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid ook tot een blaam had mogen besluiten op grond van het eerste tuchtfeit alleen; dat te dezen alleen aan de orde is wat de bestendige deputatie op 14 december 1995 daadwerkelijk gedaan heeft; dat zij, toén, verzoeker de tuchtstraf van de blaam heeft opgelegd op grond van het eerste én het tweede tuchtfeit, wijl er geen minimale zekerheid over bestaat dat haar beslissing eender zou zijn geweest indien zij alleen met het eerste tuchtfeit rekening had gehouden;

Overwegende dat het middel gegrond is; dat het de onwettigheid van de tuchtstraf van 14 december 1995 aantoonst en daardoor ook van de goedkeuring van 8 maart 1996,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 14 december 1995 van de bestendige deputatie van de provincieraad van Vlaams-Brabant om Henri Frans de tuchtstraf van de blaam op te leggen en beslissing van 8 maart 1996 van de Vlaamse minister van Binnenlandse Aangelegenheden, Stedelijk Beleid en Huisvesting tot goedkeuring van die tuchtstraf.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 99,16 euro, komen ten laste van de verwerende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negentien januari 2006, 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.