

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 185.622 van 7 augustus 2008
in de zaak A. 73.179/IX-2740.**

In zake : Robert VERSCHUERE,
die woonplaats kiest bij
advocaten W. VAN DER GUCHT en F. DIEU,
kantoor houdende te GENT,
Sint-Denijslaan 201

tegen :

de Vlaamse Gemeenschap, vertegenwoordigd door de Vlaamse
regering.

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

Gezien het verzoekschrift dat Robert VERSCHUERE op
7 februari 1997 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit
van 16 december 1996 van de Minister-Vice-President van de Vlaamse regering,
Vlaams Minister van Onderwijs en Ambtenarenzaken, waarbij hem de tuchtstraf
“terugzetting in graad, die bestaat in de toekenning van een lagere salarisschaal
binnen dezelfde graad” wordt opgelegd;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van
wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur-afdelingshoofd
W. VAN NOTEN;

Gelet op de beschikking van 19 november 1998 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 memorie door de verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 18 april 2008 waarbij de
terechtzitting bepaald wordt op 19 mei 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter P. LEMMENS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. DIEU, die verschijnt voor de verzoeker, en van advocaat E. VAN GENDEREN, die loco advocaat P. DEVERS verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het advies van eerste auditeur-afdelingshoofd W. VAN NOTEN;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT :

Over de gegevens van de zaak

1.1. Op het ogenblik van het bestreden besluit is de verzoeker ambtenaar met de rang A2 bij de Dienst voor Infrastructuurwerken van het Gesubsidieerd Onderwijs (hierna: DIGO).

1.2. Bij arrest van 24 oktober 1995 veroordeelt het Hof van Beroep te Brussel de verzoeker wegens inbreuk op artikel 458 van het Strafwetboek (schending van het beroepsgeheim), naar aanleiding van de organisatie van een aanwervingsexamen.

De door de verzoeker ingestelde voorziening in cassatie wordt bij arrest van 28 mei 1996 door het Hof van Cassatie verworpen.

Met een schrijven van 13 juni 1996 brengt de Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel het arrest van 24 oktober 1995 ter kennis van de Vlaamse Minister van Onderwijs.

1.3. Bij brief van 1 juli 1996 zendt de Vlaamse Minister van Onderwijs en Ambtenarenzaken een kopie van het genoemde arrest aan de administrateur-generaal van de DIGO. De minister wijst erop dat de feiten naar zijn mening getuigen “van een inbreuk op de loyauteits- en integriteitsverplichtingen die op elke ambtenaar, maar in het bijzonder op een ambtenaar van niveau A, rusten”. Hij vraagt de administrateur-generaal om “de statutair voorziene tuchtprocedure op te starten”.

Met een aangetekende brief van 26 augustus 1996 betekent de administrateur-generaal aan de verzoeker een voorstel van tuchtstraf, namelijk “terugzetting in graad”, met dien verstande dat deze terugzetting de toekenning van een lagere salarisschaal binnen dezelfde graad zou inhouden, met name van salarisschaal A 215 naar salarisschaal A 212. Aan de verzoeker wordt meegedeeld dat de tuchtprocedure wordt ingezet met toepassing van artikel IX 1, 3/, van het besluit van de Vlaamse regering van 10 mei 1995 houdende organisatie van de Dienst voor Infrastructuurwerken van het Gesubsidieerd Onderwijs en de regeling van de rechtspositie van het personeel.

Nadat de verzoeker en zijn verdediger op 27 september 1996 door de raad van bestuur van de DIGO zijn gehoord, beslist die raad op 11 oktober 1996 de verzoeker bij wijze van tuchtstraf terug te zetten in graad, in die zin dat hem een lagere salarisschaal binnen dezelfde graad wordt toegekend.

Op 24 oktober 1996 stelt de verzoeker beroep in tegen die beslissing.

In zijn advies van 19 november 1996 oordeelt de raad van beroep “dat de uitgesproken tuchtstraf, namelijk ‘terugzetting in graad’ bestaande in het toekennen van een lagere salarisschaal binnen dezelfde graad, de verweten tekortkoming te streng beteugelt”.

Bij besluit van 16 december 1996 legt de Vlaamse Minister van Onderwijs en Ambtenarenzaken aan de verzoeker definitief de tuchtstraf “terugzetting in graad” op, bestaande in de toekenning van een lagere salarisschaal binnen dezelfde graad. Dit is het bestreden besluit.

Onderzoek van de middelen

Eerste en tweede middel, en nieuw middel

2.1. In zijn laatste memorie roept de verzoeker een nieuw middel in, afgeleid uit de schending van artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Hij voert aan dat de eindversie van het besluit van de Vlaamse regering van 10 mei 1995 houdende organisatie van de Dienst voor

Infrastructuurwerken van het Gesubsidieerd Onderwijs en de regeling van de rechtspositie van het personeel (hierna: DIGO-rechtspositiebesluit van 10 mei 1995), waarop de tuchtvordering en de tuchtstraf lastens hem gebaseerd zijn, niet voor advies aan de afdeling wetgeving van de Raad van State is voorgelegd. De verzoeker verwijst naar het arrest nr. 71.514 van de Raad van State van 3 februari 1998 waar een zelfde onregelmatigheid, begaan bij de totstandkoming van het besluit van de Vlaamse regering van 10 mei 1995 houdende organisatie van de administratieve diensten van de Autonome Raad voor het Gemeenschapsonderwijs en de regeling van de rechtspositie van het personeel, heeft geleid tot de vernietiging van de aangevochten artikelen van dat besluit. De verzoeker meent dat het DIGO-rechtspositiebesluit van 10 mei 1995 onwettig is en dat, aangezien de aangevochten beslissing steunt op die onwettige basis, deze op haar beurt onwettig is en vernietigd dient te worden.

2.2. Een middel ontleend aan het ontbreken van een advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State raakt de openbare orde en kan derhalve ontvankelijk in de laatste memorie worden ingeroepen.

Nu het middel in het auditorsverslag niet is onderzocht, dient in voorkomend geval een aanvullend onderzoek te worden bevolen.

Nu de verzoeker zich in het eerste en het tweede middel beroept op een aantal bepalingen van het DIGO-rechtspositiebesluit van 10 mei 1995, is het aangewezen om ook met betrekking tot die middelen in voorkomend geval een aanvullend onderzoek te bevelen, ten einde de weerslag van de eventuele onwettigheid van het genoemde besluit op de gegrondheid van de middelen te onderzoeken.

In dit stadium van de rechtspleging kunnen wel het derde tot het zesde middel worden onderzocht.

Derde tot zesde middel

3.1. De verzoeker roept een derde middel in, afgeleid uit de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de motiveringsplicht en de hoorplicht.

De verzoeker voert aan dat de minister, in afwijking van het advies van de raad van beroep, beslist de in eerste aanleg opgelegde, zware tuchtstraf te handhaven, zonder de verzoeker gehoord te hebben en zonder te motiveren waarom hij afwijkt van het unanieme advies van de raad van beroep.

3.2. De verwerende partij antwoordt, in verband met de aangevoerde schending van de hoorplicht, dat het volledig tuchtdossier aan de minister werd overgemaakt en deze derhalve van verzoekers verweermiddelen kennis heeft kunnen nemen. Er is geen algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk een tuchtrechtelijk verhoor moet worden afgenomen door de tuchtoverheid die de beslissing neemt; het is voldoende dat de betrokkene in de loop van de tuchtprocedure de gelegenheid heeft gehad zich nuttig te verdedigen en de voorgedragen verdediging ter beoordeling aan de tuchtoverheid wordt voorgelegd. In verband met de aangevoerde schending van de motiveringsplicht verwijst de verwerende partij naar haar antwoord op het tweede middel.

3.3.1. In zoverre het middel de schending inroept van de hoorplicht -lees te dezen: het recht van verdediging-, dient eraan herinnerd te worden dat, behoudens andersluidende bepalingen, het recht van verdediging niet inhoudt dat de betrokkene moet worden gehoord door het bestuursorgaan dat bevoegd is om de tuchtstraf op te leggen, op voorwaarde dat de voorgedragen verdediging ter beoordeling aan dat orgaan wordt voorgelegd.

Te dezen voert de verzoeker geen enkele bepaling aan waaruit zou blijken dat de tuchtrechtelijk vervolgte persoon het recht zou hebben om te worden gehoord door de overheid -te dezen de minister- die definitief over de tuchtvordering uitspraak doet.

Ter eerbiediging van het recht van verdediging was het derhalve voldoende dat de verzoeker de gelegenheid had om zijn recht van verdediging uit te oefenen voor de raad van bestuur en voor de raad van beroep, en dat het volledig tuchtdossier, met inbegrip van verzoekers verweermiddelen, vervolgens voor de definitieve uitspraak aan de minister werd toegezonden.

3.3.2. In zoverre het middel de schending inroept van de motiveringsplicht, valt het samen met het tweede middel. Het past dan ook de betrokken grief in het kader van dat tweede middel te onderzoeken.

3.3.3. Onder voorbehoud van een nader onderzoek van de grief in verband met de motiveringsplicht, faalt het middel naar recht.

4.1. De verzoeker roept een vierde middel in, afgeleid uit de schending van het onpartijdigheidsbeginsel.

Volgens de verzoeker heeft de minister, die de tuchtstraf definitief heeft opgelegd, er reeds in zijn brief van 1 juli 1996 aan de leidend ambtenaar van de DIGO uitdrukkelijk op gewezen dat de verzoeker inbreuk had gepleegd op de loyauteits- en integriteitsverplichtingen die rusten op elke ambtenaar, en in het bijzonder een ambtenaar van niveau A. Uit dit schrijven blijkt duidelijk dat de minister op dat ogenblik zijn mening reeds gevormd had, en van oordeel was, zonder de verweermiddelen van de verzoeker gehoord te hebben of te kennen, dat het om een ernstige inbreuk ging, die een strenge tuchtsanctie verantwoordde. Dit geldt des te meer nu uit het bestreden besluit blijkt dat de minister de aanvankelijke beslissing van de raad van bestuur woordelijk overneemt, zonder rekening te houden met het voor de verzoeker gunstige advies van de raad van beroep. De verzoeker acht het overigens waarschijnlijk dat de minister de in eerste aanleg genomen beslissing “georchestreerd” heeft. In elk geval had de minister al van in het begin beslist welke tuchtstraf opgelegd moest worden, zodat het onpartijdigheidsbeginsel is geschonden.

In de memorie van wederantwoord en de laatste memorie preciseert de verzoeker dat het voor de schending van het onpartijdigheidsbeginsel voldoende is dat er een schijn van gebrek aan onpartijdigheid is; het is niet nodig dat aangetoond wordt dat de minister daadwerkelijk partijdig geweest is. De schijn van partijdigheid blijkt te dezen uit de in het middel aangehaalde feiten, te weten het feit dat de minister de feiten vanaf het begin als een ernstig tuchtvergrijp kwalificeert, enerzijds, en het feit dat de minister, ondanks het advies van de raad van beroep, woordelijk de beslissing van de raad van beroep overneemt, aangevuld met een overweging uit het arrest van het hof van beroep -waarnaar de minister ook reeds verwezen had in zijn brief van 1 juli 1996.

4.2. De verwerende partij antwoordt dat de leidend ambtenaar van de DIGO vrij was al dan niet een tuchtvoorstel te formuleren en, in voorkomend geval, vrij was bij de keuze van de voorgestelde tuchtstraf. Er kan overigens niet ernstig betwist worden dat een tuchtstraf moest worden overwogen. De brief van de minister van 1 juli 1996 houdt slechts een verzoek in om de tuchtprocedure te starten; uit

niets blijkt dat de minister op dat ogenblik reeds geoordeeld zou hebben dat een strenge tuchtsanctie verantwoord was.

4.3. Het door de verzoeker ingeroepen onpartijdigheidsbeginsel geldt niet alleen voor rechtscolleges, maar ook in administratieve procedures, meer bepaald in tuchtzaken, althans in zoverre de toepassing van dit beginsel verenigbaar is met de eigen aard, inzonderheid de eigen structuur van het bestuur.

Het loutere feit dat de overheid die bevoegd is om een tuchtstraf uit te spreken de hiërarchische meerdere van de betrokken ambtenaar opdracht geeft een tuchtonderzoek in te stellen, heeft op zichzelf niet de onregelmatigheid van de tuchtprocedure tot gevolg.

Uit de omstandigheid dat de minister in zijn brief van 1 juli 1996, met letterlijke aanhaling van de overwegingen van het arrest van het hof van beroep waarbij de verzoeker veroordeeld werd, de leidend ambtenaar van DIGO verzoekt een tuchtprocedure op te starten wegens inbreuk op de loyauteits- en integriteitsverplichtingen die op een ambtenaar rusten, valt niet af te leiden dat de minister als tuchtoverheid niet met de nodige onpartijdigheid en zonder vooroordeel uitspraak zou kunnen doen over de tuchtvervolgning. Door de redenen te vermelden die naar zijn oordeel het opstarten van de tuchtprocedure verantwoorden, loopt de minister immers niet vooruit op de beslissing die hij eventueel zelf als tuchtoverheid zal moeten nemen.

Aan deze vaststelling wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat de minister in het bestreden besluit het advies van de raad van beroep niet volgt. Evenmin wordt daaraan afbreuk gedaan door het feit dat hij in dat besluit andermaal verwijst naar de dragende overweging uit het arrest van het hof van beroep.

Het middel faalt naar recht.

5.1. De verzoeker roept een vijfde middel in, afgeleid uit de schending van artikel 7, lid 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en het beginsel van de non-retroactiviteit van de strafwet.

De verzoeker is van oordeel dat de tuchtoverheid geen toepassing mocht maken van het DIGO-rechtspositiebesluit, aangezien dit besluit in zwaardere tuchtstraffen voorziet dan het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het

statuut van het Rijkspersoneel dat op het ogenblik van de feiten van toepassing was. Volgens de verzoeker is het genoemde beginsel geschonden doordat toepassing gemaakt is van een regeling die het mogelijk maakt om zwaardere straffen op te leggen dan voorheen, ook al is van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

5.2. De verwerende partij is van oordeel dat de toepassing van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 sedert 1 januari 1995 rechtens onmogelijk was, omdat het DIGO-rechtspositiebesluit met ingang van die datum in werking is getreden. Zij verwijst voorts naar het standpunt dat terzake werd ingenomen door de raad van bestuur en door de raad van beroep en naar de overweging ter zake in het bestreden besluit.

5.3. Volgens artikel 7, lid 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, en overigens ook volgens artikel 15, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten, kan geen zwaardere straf worden opgelegd dan die welke ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was.

De vraag in hoeverre die bepalingen of het door de verzoeker ingeroepen algemeen rechtsbeginsel van toepassing zijn op een tuchtzaak als de voorliggende, kan te dezen opengelaten worden. Zelfs indien ervan uitgegaan wordt dat die bepalingen of dat beginsel van toepassing zijn, blijken ze in het voorliggende geval niet te zijn geschonden.

In het bestreden besluit wordt in verband met het beginsel van de niet-retroactiviteit van de strafwet het volgende overwogen:

“Overwegende dat, daargelaten de vraag of het door de betrokkene ingeroepen beginsel ook gelding heeft in het tuchtrecht, betrokkene er, ten onrechte van uitgaat dat het oude tuchtregime slechts lichte(re) tuchtstraffen zou voorzien en het thans geldend artikel IX 2 de tuchtverheid alleen de mogelijkheid verstrekt zware tuchtstraffen op te leggen; dat de doorhaling (art. IX 28), die enkel werkt voor de toekomst, de tuchtstraf niet ongedaan maakt en derhalve, in se, geen invloed heeft op de opgelegde tuchtstraf; dat de tuchtstraf terugzetting in graad overigens ook reeds was voorzien in artikel 77, § 1, 6/, van voormeld besluit van 2 oktober 1937 en dat het thans van kracht zijnde tuchtstatuut, de, voorheen niet voorziene, mogelijkheid van een mildere vorm van die terugzetting voorziet (cfr. art. IX 5).”

Zoals in die overweging wordt aangehaald, kon een ambtenaar onder de gelding van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 reeds met de

tuchtstraf “terugzetting in graad” -of een zwaardere tuchtstraf- bestraft worden. Van het retroactief opleggen van een zwaardere tuchtstraf is derhalve geen sprake.

Dat het DIGO-rechtspositiebesluit mogelijks in andere tuchtstraffen voorziet, welke te dezen evenwel niet zijn opgelegd, is zonder belang.

Het middel kan niet aangenomen worden.

6.1. De verzoeker roept een zesde middel in, afgeleid uit de schending van het evenredigheidsbeginsel.

Volgens de verzoeker houdt het evenredigheidsbeginsel in tuchtzaken in dat de straf in een redelijke verhouding moet staan tot de fout. Te dezen was de zware tuchtstraf niet noodzakelijk om het nagestreefde doel, de goede werking van de dienst, te bereiken. In elk geval staat het resultaat in een wanverhouding tot het nadeel dat aan de verzoeker berokkend wordt. Wat dit laatste betreft, wijst de verzoeker erop dat hij een ernstig inkomensverlies lijdt, dat er blijvende implicaties zullen zijn voor zijn pensioenrechten, dat hij gedurende acht jaar geen staftoelage of managementtoelage kan genieten, en dat hij gedurende twaalf jaar niet in aanmerking komt voor een bevordering. Daartegenover staat dat de maatregel nauwelijks nog een doel bereikt. Op administratief vlak is het gevolg van de door de verzoeker begane onregelmatigheid rechtgezet. De beoogde vrijwaring van de integriteit, de goede faam en de goede werking van de overheidsdienst kan enkel intern gelden, want naar buiten uit blijft de verzoeker in functie. In feite heeft de minister een voorbeeld willen stellen naar de procureur-generaal toe, die als eerste zwaar getild had aan de feiten, maar dat mag niet de uiteindelijke bedoeling van een tuchtmaatregel zijn.

In zijn memorie van wederantwoord voegt de verzoeker hieraan toe dat de verwerende partij uit het oog verliest dat de verzoeker met zijn optreden weliswaar een middel gehanteerd heeft dat niet aanvaard kan worden, maar dat hij daarbij uitsluitend de goede werking van de dienst voor ogen had. In zijn laatste memorie is hij nog duidelijker: hij wijst erop dat hij door zijn gedrag twee kandidaten bij een examen bevoordeeld heeft, maar dat zijn oordeel over de geschiktheid van die kandidaten juist is gebleken, aangezien die twee kandidaten uiteindelijk ook benoemd zijn. Hieruit blijkt volgens de verzoeker dat hij nooit tegen het belang van de dienst is willen ingaan.

6.2. De verwerende partij is van oordeel dat de opgelegde straf niet onredelijk is en dat er ter zake geen wanverhouding bestaat. Zij wijst enerzijds op de ernst van de aan de verzoeker verweten tekortkomingen. Zij wijst er anderzijds ook op dat de gevolgen van de tuchtstraf voor de verzoeker van pecuniaire en tijdelijke aard zijn, dat de tuchtstraf van terugzetting in graad van rechtswege wordt doorgehaald na acht jaar, dat de verzoeker geen afdelingshoofd of staflid is, zodat hij uit dien hoofde -en niet omwille van de tuchtstraf- geen recht heeft op staf- of managementtoelagen, en dat de verzoeker op dit ogenblik geen uitzicht heeft op enige bevordering.

6.3. De overheid is gebonden door het evenredigheidsbeginsel, wat in tuchtzaken betekent dat de straf in een redelijke verhouding moet staan tot de vastgestelde tekortkoming. De overheid beschikt dienaangaande evenwel over een bijzonder ruime appreciatiebevoegdheid, die onder meer betrekking heeft op de aard van de ten laste gelegde feiten, de tuchtrechtelijk vervolgde persoon, de omstandigheden waarin de feiten gepleegd zijn, en de weerslag van de inbreuk en de bestraffing op het gedrag van andere personeelsleden.

De Raad van State kan enkel een kennelijk volkomen in wanverhouding tot de fout staande straf als onwettig beschouwen, dit wil zeggen een straf waarvan het in redelijkheid ondenkbaar is dat enige overheid ze voor die fout zou opleggen.

Uit de overwegingen van het bestreden besluit in verband met de strafmaat blijkt dat de minister van oordeel is “dat de aard van de tuchtrechtelijk ten laste gelegde feiten een zware tuchtsanctie rechtvaardigt”, maar dat het hem ongepast voorkomt aan de verzoeker de zwaarste straf, zijnde de afzetting, op te leggen, “te meer dat dit afbreuk zou doen aan de, door de strafrechter gewenste, kans op reclassering”.

Voorts wordt gesteld “dat betrokkene, die sedert 1 oktober 1975 in overheidsdienst werkt, tot op heden geen enkele tuchtstraf heeft opgelopen en zich steeds meer dan naar behoren van de hem opgelegde taken heeft gekweten”, en “het derhalve even ongepast zou zijn om betrokkene terug te zetten in een lagere rang”.

Vervolgens wordt de opgelegde straf, terugzetting in graad, bestaande in de toekenning van een lagere salarisschaal, verantwoord als volgt:

“Overwegende dat de straf wel degelijk in verhouding staat met de gepleegde feiten, gezien de vastgestelde feiten een ware aanslag betekenen op het vertrouwen dat moet worden gesteld in de overheid ter gelegenheid van de examens uitgeschreven voor de aanwerving van ambtenaren; dat de beklaagde door aldus te handelen de kansen van andere medekandidaten ernstig heeft beknot; dat hij ernstige schade heeft toegebracht zowel aan de functie welke hij uitoefende binnen de administratie als aan het ambt van jurylid dat hem was opgedragen; overwegende dat de gepleegde feiten getuigen van een gebrek aan hogere morele waarden in hoofde van de beklaagde; dat de omstandigheid dat hij zich als hogere ambtenaar leende tot deze verwerpelijke praktijken aantoonde dat hij de van hem verwachte onkreukbaarheid en integriteit heeft geschonden. Overwegende dat wel degelijk rekening gehouden werd met verzachtende omstandigheden, overwegende dat niet de zwaarste straf wordt uitgesproken namelijk de afzetting.”

Rekening houdend met de voormelde overwegingen, maakt de verzoeker niet aannemelijk dat er tussen de ten laste gelegde feiten en de uitgesproken tuchtstraf een zodanige wanverhouding bestaat dat de tuchtstraf als kennelijk onredelijk moet worden aangemerkt.

Het middel kan dan ook niet worden aangenomen.

7. Gelet op de verwerping van het derde tot het zesde middel is er, om de hiervóór reeds gegeven reden, grond om een aanvullend onderzoek te bevelen, met name in verband met het eerste en het tweede middel en het in de laatste memorie ingeroepen middel.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De debatten worden heropend.

Artikel 2.

Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt belast met een aanvullend onderzoek.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zeven augustus 2008, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	D. MOONS,	staatsraad,
Mevr.	V. WAUTERS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

V. WAUTERS.

P. LEMMENS.