

Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973)

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

A R R E S T

Nr. 190.776 van 25 februari 2009

A. 125.024/VIII-3189

In zake: **CALBERT** Joël,

die woonplaats heeft gekozen bij het
Vrij Syndicaat voor het Openbaar Ambt
Lang Levenstraat 27/29
1050 Brussel

tegen:

De Post,
die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Chr. VAN OLMEN, advocaat,
Louizalaan 221
1050 Brussel.

DE RAAD VAN STATE, XV^e KAMER,

Gezien het op 6 augustus 2002 ingediende verzoekschrift, waarbij Joël CALBERT de nietigverklaring vordert "van de weigering van De Post om hem te benoemen tot postman, hem aan te stellen in Herstal 1 en hem met ingang van 1 maart 2002 in dat ambt te bevestigen";

Gelet op arrest nr. 185.182 van 4 juli 2008, waarbij de debatten worden heropend;

Gezien het administratief dossier;

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van de heer JOASSART, auditeur bij de Raad van State;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memorie van verzoeker;

Gelet op de beschikking van 11 december 2008, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 20 januari 2009, waarop ze is uitgesteld tot de terechtzitting van 10 februari 2009;

Gehoord het verslag van de heer LEROY, kamervoorzitter;

Gehoord de opmerkingen van Mr. F. CULOT, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt, en van Mr. V. VUYLSTEKE, *loco* Mr. Chr. VAN OLMEN, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het andersluidend advies van de heer JOASSART, auditeur;

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

Feitenrelaas

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van het beroep:

Verzoeker is met ingang van 1 juli 1997 door De Post in dienst genomen op arbeidsovereenkomst als postman-uitreiker en aangesteld in het postkantoor Herstal 1. Hij is achtereenvolgens aangesteld met een arbeidsovereenkomst van zes maanden met een proefperiode van drie maanden, met drie arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur van zes maanden en daarna, vanaf 1 juli 1999, met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur. Uit het dossier en de processtukken blijkt niet of aan het einde van de eerste overeenkomst van zes maanden een verslag over zijn manier van dienen is opgemaakt. Hij heeft deelgenomen aan twee wervingsexamens voor de graad van postman waarvan het laatste plaatsgevonden heeft op 15 januari 2000 en is voor de beide examens geslaagd; hij heeft de 427^{ste} plaats behaald in een wervingsreserve die geldig is tot 23 februari 2003.

Op 7 september 2000 is hij overvallen terwijl hij bij het verrichten van zijn werk geld vervoerde. Daarop volgde arbeidsongeschiktheid. In februari 2001 wijst zijn behandelend arts erop dat zijn gezondheidstoestand "niet tot een

arbeidsonderbreking noopt", maar dat "een aanpassing van het werk zeer wenselijk is" en dat vooral gedurende enige tijd moet worden voorkomen dat hij te maken krijgt met situaties die vergelijkbaar zijn met die waarin hij is overvallen. Op 26 februari 2002 heeft de verwerende partij zijn arbeidsovereenkomst als postman met ingang van 2 maart 2002 opgezegd "wegens te veelvuldig ziekteverzuim waardoor de goede werking van de dienst wordt verstoord"; hij heeft een vergoeding gekregen die overeenstemt met drie maanden opzeggingstermijn. Een attest van 2 april 2002 wettigt nog een verlenging van zijn arbeidsonderbreking tot 30 april.

Intussen is op 21 december 2000 binnen het paritair comité van De Post een "Raamakkoord 2001-2004" gesloten, waarvan artikel 3, vierde lid, bepaalt:

" Voor de postmannen-uitreikers die contractueel werden aangeworven en die geslaagd zijn voor het aanwervingsexamen tot statutair personeelslid zal een oplossing gezocht worden om deze statutair te werven. Voor zoveel als mogelijk zal hieromtrent een regularisatie-akkoord gesloten worden, te bekrachtigen door de Raad van Bestuur. Ranginname zal alsdan geschieden op de eerste dag van de maand volgend op de totstandkoming van het regularisatie-akkoord. Onderhavige paragraaf is ook van toepassing voor de personeelsleden die geslaagd zijn voor het aanwervingsexamen postman-uitreiker die op heden de functie van postman-uitreiker niet uitoefenen, d.i. in zoverre betreffend personeelslid bereid is de betrekking van postman-uitreiker uit te oefenen".

Op 13 september 2001 is binnen hetzelfde paritair comité een regularisatieakkoord gesloten "in uitvoering van artikel 3, 4^e lid, van het raamakkoord 2001-2004, aangegaan in het paritair comité van De Post, waarbij de modaliteiten van benoeming tot statutair personeelslid van De Post van sommige contractuele personeelsleden worden vastgelegd". Het dispositief van dat akkoord luidt als volgt:

" **Artikel 1.** In afwijking op artikel 17, 2/, van het Administratief Statuut, kunnen tot ambtenaar worden benoemd de personeelsleden die voldoen aan de voorwaarden bepaald in dit akkoord.

Art. 2. Worden benoemd als postman, de contractuele personeelsleden die uiterlijk op 31.12.2000 in dienst zijn en dit gebleven zijn tot op de dag waarop deze beslissing op hen wordt toegepast.

Art. 3. Om het voordeel van deze beslissing te verkrijgen moeten de in artikel 2 genoemde personeelsleden aan volgende voorwaarden voldoen:

1. de algemene wervingsvoorwaarden voorzien in artikel 8 van het Administratief statuut van DE POSTambtenaren naleven;
2. geslaagd zijn voor een aanwervingsexamen tot de graad van postman;
3. tewerkgesteld worden in een uitreikingskantoor of een dispatching Expresse-pakketten;
4. gedurende zes maanden met volledige prestaties of een equivalent tewerkgesteld zijn in een uitreikingskantoor of een dispatching Expresse-pakketten;
5. na afloop van de in onderhavig artikel, punt 4, voorziene termijn, het voorwerp uitmaken van een gunstig verslag vanwege de onmiddellijke chef omtrent de wijze van uitvoering van de dienst. De kandidaatscommissies, zoals voorzien in artikel 13 van het administratief statuut, zijn bevoegd

omtrent het brengen van een gemotiveerd advies aangaande een ongunstig verslag van de onmiddellijke chef. De modaliteiten van de procedure en de werking van de kandidaatscommissies, zoals voorzien in art. 13, § 2, van het Administratief statuut en het uitvoeringsreglement D.I.312 betreffende de kandidaatscommissies, zijn van toepassing;

6. de dienst van postman uitreiker hebben aangevat vóór 31.12.2002;

7. bereid zijn die functie gedurende vijf jaar volgend op de benoeming uit te oefenen en geen vrijwillige mutatie aan te vragen naar een andere functie dan deze in een uitreikingskantoor of een dispatching Expresse-Pakketten, behalve ingeval van reconversie voorzien in het raamakkoord;

8. een aanvraag tot benoeming indienen.

Art. 4. De anciënniteit, zoals voorzien in artikel 21 van het Administratief Statuut van DE POSTambtenaren, neemt een aanvang de eerste dag van de maand die volgt op de beslissing tot regularisatie van het betrokken personeelslid.

Art. 5. Artikel 13, § 2, van het Administratief Statuut van DE POSTambtenaren wordt aangepast als volgt:

" *De kandidaatscommissies brengen tevens een gemotiveerd advies uit over betwistingen met betrekking tot de uitvoering van het regularisatieakkoord*".

Art. 6. Artikel 17 van het Administratief Statuut van DE POSTambtenaren wordt aangepast als volgt:

" *Onverminderd de toepassing van het regularisatieakkoord, afgesloten in uitvoering van artikel 3 van het Raamakkoord 2001-2004, moet de kandidaat, om benoemd te worden in de hoedanigheid van ambtenaar, voldoen aan de volgende voorwaarden:*

1/de voorwaarden bepaald in artikel 8 nakomen;

2/ met succes de kandidaatsperiode voorzien in dit Hoofdstuk voleindigen."

Dat akkoord is op 19 oktober 2001 goedgekeurd door de raad van bestuur van De Post. De strekking van dat akkoord is ter kennis gebracht van de betrokken personeelsleden via een dienstorder 377 van 23 november 2001, waarin werd uitgelegd welke stappen men moet ondernemen om geregulariseerd te worden.

Hoewel daarvan geen spoor te vinden is in het dossier, wordt niet betwist dat verzoeker met toepassing van die bepalingen een aanvraag tot regularisatie heeft ingediend. Zijn naam staat op een lijst met voorstellen tot overplaatsing en benoeming die de verwerende partij via een e-mail van 25 februari 2002 aan de vakbondsorganisaties heeft gericht, waarin staat dat "de uitvoering gepland is op 1 maart 2002". Zijn naam komt echter niet voor op een andere lijst die opgemaakt is op 18 maart en verspreid is binnen de diensten van de verwerende partij.

Op 1 maart 2002 richt verzoeker bij gewone brief aan de verwerende partij een brief waarin hij zijn situatie uiteenzet, waarin hij aanvoert dat De Post verplicht was hem in dienst te nemen en waarin hij haar "in gebreke stelt". Aangezien hij geen antwoord heeft gekregen, schrijft hij de verwerende partij op 20 mei 2002 opnieuw, nu per aangetekend schrijven, in de volgende bewoordingen:

" Toepassing van artikel 14, § 3, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973. Ingebrekestelling van De Post

Geachte heer Thijs,

1. Ik verwijs naar mijn brief van 1 maart 2002 waarin ik De Post al in gebreke heb gesteld, aangezien ze weigert mij krachtens een gebonden bevoegdheid te benoemen.

Tot op heden heb ik nog geen enkele reactie gekregen op die brief, die niet ter post aangetekend was verzonden.

Overeenkomstig de nadere regels van artikel 14, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State zend ik u deze brief TER POST AANGETEKEND.

2. Tot 1 maart 2002 heb ik als arbeidscontractant gewerkt bij De Post.

Ik heb mijn contractuele functie uitgeoefend te Herstal. De Post heeft mijn contractuele functie beëindigd en dat ontslag is ingegaan op 2 maart 2002.

3. Overeenkomstig de procedures bepaald in dienstorder 377 van 23 november 2001 betreffende de regularisatie van de benoeming van bepaalde contractuele personeelsleden en de beslissing van de raad van bestuur houdende goedkeuring van het regularisatieakkoord van 13 september 2001 heb ik mijn aanvraag voor een vaste benoeming tot postman met inachtneming van de voorschriften ingediend.

4. De toepasselijke regeling voorziet in geen enkele discretionaire beoordelingsbevoegdheid bij de toekenning van de functies. Die regeling, waarbij een volledig gebonden bevoegdheid inzake regularisatie wordt ingevoerd, behoort te worden toegepast door de bevoegde instanties van de administratieve overheid van De Post.

In het onderhavige geval is het nuttig nogmaals op het volgende te wijzen:

- aan de geslaagden die te kennen hebben gegeven dat ze in vast verband benoemd wilden worden, is een lijst van de vacante betrekkingen aangeboden;
- de geslaagden hebben moeten aangeven in welke betrekkingen ze benoemd zouden willen worden, waarbij ze hun voorkeuren in oplopende volgorde moesten aangeven;
- de betrekkingen moeten worden toegekend volgens de datum van indiensttreding;
- de te benoemen personen die geslaagd zijn moeten geïnstalleerd worden in de betrekking die hen is (moet worden) toegekend;
- bij hun bevestiging in een ambt moet de onmiddellijke chef een regularisatiekaart invullen;
- zodra de geslaagden aan alle voorwaarden voldoen, moeten ze tot postman benoemd worden.

5. Krachtens mijn aanvraag en krachtens wat voorafgaat, heb ik mij op 1 maart 2002 aangemeld bij het hoofd van het postkantoor te Herstal waar men mij de vaste betrekking moest toekennen.

6. De bevoegdheid genoemd in punt 4 is ook gebonden louter wat tijd betreft, aangezien de woorden "toekenning" en "bevestiging in een ambt" moeten worden opgevat overeenkomstig het begrip "benoeming in vast verband", dat uitwerking heeft met ingang van 1 maart 2002.

De benoemingen werken in voorkomend geval terug tot 1 maart 2002, in het bijzonder wanneer de betrokkenen niet voldoen aan de voorwaarden op het ogenblik dat de betrekking aan hen wordt toegewezen.

De betrokkenen moeten dus beschouwd worden als personeelsleden die in dienst zijn genomen na een eenzijdige beslissing van De Post, in voorkomend geval als zijnde "op proef" op 1 maart 2002. Er kan dus helemaal geen sprake van zijn hen nog als arbeidscontractanten te beschouwen.

7. Tot mijn spijt moet ik vaststellen dat de overheid haar gebonden bevoegdheden naast zich neer legt en om de hierboven genoemde redenen stel ik, de ondergetekende, De Post weer in gebreke.

Voorts deel ik u mee:

- dat mijn benoeming voortvloeit uit een gebonden bevoegdheid van De Post;
- dat De Post bijgevolg uitspraak moet doen over mijn benoeming;
- dat het stilzwijgen van de overheid geacht wordt een afwijzende beslissing te zijn waartegen beroep kan worden ingesteld wanneer een administratieve overheid uitspraak moet doen en nog geen beslissing heeft genomen na een termijn van 4 maanden die ingaat vanaf de aanmaning om uitspraak te doen die een betrokkene haar ter kennis heeft gebracht (zie artikel 14, § 3, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973)."

Op 8 juni 2002 heeft de verwerende partij het volgende geantwoord:
 " Wij hebben kennis genomen van uw aanmaning van 1 maart 2002 en van uw rappel van 20 mei jongstleden.

Wij kunnen er geen enkel gevolg aan geven, daar uw standpunt niet gegrond is.

Er kan immers niet betwist worden dat uw band met de onderneming louter gebaseerd was op een overeenkomst. Bijgevolg werd uw situatie geregeld bij de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten. De bepalingen van die wet waren dus ook van toepassing op de beëindiging van uw aanstelling."

Dat is de bestreden handeling.

Onderwerp van het beroep

Overwegende dat de verwerende partij in een eerste exceptie betwist dat het beroep ontvankelijk is, op de grond dat de band tussen verzoeker en De Post een overeenkomst was en dat het beroep in werkelijkheid betrekking heeft op de regelmatigheid van het ontslag dat ter kennis is gebracht van verzoeker, zodat het gaat om een probleem dat onder de bevoegdheid van de arbeidsrechtbanken valt en de Raad van State niet bevoegd is om uitspraak erover te doen;

Overwegende dat verzoeker bij zijn aangetekende brief van 22 mei 2002 de overheid heeft aangemaand om uitspraak te doen over zijn aanvraag tot benoeming met toepassing van het regularisatieakkoord van 13 september 2001, dat de raad van bestuur van De Post op 23 november daaropvolgend heeft goedgekeurd; dat hij uitdrukkelijk de afwijzing aanvecht die hem bij brief van 8 juni 2002 ter kennis is gebracht; dat dit onderwerp geenszins samenvalt met een eventuele betwisting van de beslissing waarbij de verwerende partij zijn arbeidsovereenkomst heeft opgezegd; dat de exceptie niet gegrond is;

Bestaan van een georganiseerd voorafgaand beroep

Overwegende dat de verwerende partij in een tweede exceptie van niet-ontvankelijkheid betoogt dat artikel 13, § 2, van het administratief statuut van het personeel van De Post, gewijzigd bij het voormelde regularisatieakkoord, bepaalt

dat "De kandidaatscommissies (...) tevens een gemotiveerd advies uit(brengen) over betwistingen met betrekking tot de uitvoering van het regularisatieakkoord" en aanvoert dat die bepaling een voorafgaand beroep organiseert dat verzoeker moest instellen voordat hij de zaak aanhangig maakte bij de Raad van State;

Overwegende dat die bepaling een bevoegdheid van de kandidaatscommissies bepaalt, maar geen beroep organiseert dat door het personeel zou kunnen worden ingesteld; dat deze commissies, volgens de stukken die in de debatten zijn gebracht, uitsluitend bevoegd zijn om de beroepen te onderzoeken die personeelsleden hebben ingesteld tegen de ongunstige verslagen die na zes maanden dienst worden opgemaakt; dat, als één van die commissies bevoegd zou zijn geweest om uitspraak te doen over verzoekers aanvraag tot regularisatie of over de aanmaning die hij aan de verwerende partij heeft gericht, het aan de verwerende partij had gestaan om de zaak aanhangig te maken bij de bevoegde commissie; dat de verwerende partij geen exceptie van niet-ontvankelijkheid kan ontlenen aan de omstandigheid dat verzoeker een beroep onbenut heeft gelaten dat niet uitdrukkelijk wordt georganiseerd en nog minder aan de omstandigheid dat zijzelf uitspraak zou hebben gedaan zonder het advies in te winnen van een commissie die om advies had moeten worden gevraagd; dat de exceptie niet gegrond is;

Bevoegdheid van de Raad van State

Overwegende dat de verwerende partij de bevoegdheid van de Raad van State om kennis te nemen van het beroep betwist in een derde exceptie, die eerst is opgeworpen in een nota waarin de procedureregeling niet voorziet en later in de memorie ingediend na de heropening van de debatten waartoe bij arrest nr. 185.182 van 4 juli 2008 was bevolen; dat ze in de memorie het volgende stelt:

" 1. De verwerende partij wenst uw Raad attent te maken op de omstandigheid dat blijkt dat verzoeker de betwisting wil laten slaan op de erkenning van een subjectief recht, in het onderhavige geval het subjectieve recht om benoemd te worden met ingang van 1 maart 2002 en *a fortiori* het subjectieve recht om de voordelen te krijgen die uit die benoeming voortvloeien, in het bijzonder de geldelijke. De verwerende partij werpt bijgevolg een exceptie van niet-bevoegdheid op, gebaseerd op de artikelen 144 en 145 van de Grondwet.

2. Verzoeker merkt in de "conclusie" van zijn verzoekschrift op dat "De Post die regeling, waarbij een volledig gebonden bevoegdheid inzake regularisatie wordt ingevoerd, moet toepassen en verzoeker dus met ingang van 1 maart 2002 tot postman moet benoemen". In zijn memorie van wederantwoord verduidelijkt hij bovendien dat "het werkelijke en rechtstreekse onderwerp van het beroep helemaal niet de regelmatigheid van het ontslag is, maar de vraag of de verwerende partij al dan niet verplicht was verzoeker in vast verband aan te stellen, overeenkomstig de regelingen die in het verzoekschrift worden aangevoerd".

Aangezien verzoeker er zelf op wijst dat het werkelijke onderwerp van het geschil de vraag is of de verwerende partij al dan niet voorbijgegaan

is aan haar zogenaamde verplichting om verzoeker op 1 maart 2002 te benoemen en hem dus de voordelen te geven die uit die benoeming voortvloeien krachtens de beweerdelijk gebonden bevoegdheid die door de regeling is ingesteld, lijkt het beroep niet-ontvankelijk te moeten worden verklaard. Verzoeker heeft de zaak immers niet rechtsgeldig aan Uw Raad voorgelegd, aangezien hij het geschil niet wou laten draaien rond de vraag of de verwerende partij rechtsgeldig heeft besloten om geen uitspraak te doen over zijn benoemingsaanvraag, maar wel rond de vraag of de verwerende partij over een volledig gebonden bevoegdheid beschikte wat de benoeming betreft. In arrest nr. 84.075 van 14 december 1999 (Mouton) heeft Uw Raad een exceptie van onbevoegdheid van de hand gewezen, gegrond op de omstandigheid dat het beroep in werkelijkheid betrekking had op een verzoek om erkenning van het subjectieve recht van verzoeker om benoemd te worden, daar de bevoegde overheid geen benoemingsplicht had, maar over een eigen beoordelingsbevoegdheid beschikte. Bijgevolg zou een beroep waarmee de erkenning van een gebonden benoemingsbevoegdheid wordt beoogd, als niet-ontvankelijk moeten worden beschouwd.

Daar verzoeker het geschil wou laten draaien rond de erkenning van een zogenaamde gebonden bevoegdheid, had hij dus de zaak aanhangig moeten maken bij de gewone hoven en rechtbanken, aangezien het Hof van Cassatie oordeelt dat, wanneer de bevoegdheid van de overheid gebonden is, er sprake is van een subjectief recht van degenen voor wie de maatregel bedoeld is (zie cass., 20 december 2007, C.06.0596.F).

Voor het overige merkt de verwerende partij op dat Uw Raad in arrest-Hatzizervoudakis (RvS, arrest nr. 182.147 van 18 april 2008) heeft vastgesteld dat uit de uitleg die verzoeker zelf had gegeven bleek dat het werkelijke onderwerp van het beroep de erkenning van een subjectief recht was en dat Uw Raad zich bijgevolg onbevoegd heeft verklaard. In het onderhavige geval is het toch opvallend dat verzoeker zelf schrijft dat het werkelijke onderwerp van zijn beroep de erkenning is van een verplichting die door de verwerende partij moet worden nagekomen.

Het beroep is dus niet-ontvankelijk";

Overwegende dat de verwerende partij in haar antwoord op het middel daarentegen schrijft dat het regularisatieakkoord "geen enkele verplichting voor De Post doet ontstaan" en "niet inhoudt dat alle arbeidscontractanten die geslaagd zijn voor een wervingsexamen benoemd worden";

Overwegende dat het regularisatieakkoord is goedgekeurd door de raad van bestuur van De Post, die ingevolge artikel 29 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven bevoegd is om het personeelsstatuut vast te stellen; dat de bepalingen ervan een geheel vormen met het statuut van het personeel van De Post; dat verzoeker de schending van die bepaling aanvoert en niet die van een contractuele verplichting; dat verzoeker weliswaar nooit in vast verband in dienst genomen is door De Post, maar niettemin de schending van het statuut van het personeel kan aanvoeren, aangezien hij stelt dat de toepassing van dat statuut De Post precies ertoe verplichtte om hem te benoemen;

Overwegende dat de bevoegdheid van De Post om de personeelsleden die erom verzoeken te benoemen, niet gebonden is door de wervingsmethode georganiseerd door het regularisatieakkoord, globaal gezien; dat in artikel 3.5 immers een benoeming alleen in het vooruitzicht wordt gesteld voor persoonsleden die na hun eerste zes maanden voltijdse aanstelling een gunstig verslag hebben gekregen van hun onmiddellijke chef over de manier waarop ze de dienst vervullen; dat die bepaling het - begrijpelijke - doel heeft ervoor te zorgen dat alleen personeelsleden die voldoening hebben geschonken, in dienst worden genomen; dat De Post aldus, via de onmiddellijke chef van de betrokken personeelsleden, een beoordeling geeft over hun beroepsbekwaamheid en daarbij een discretionaire bevoegdheid uitoefent;

Overwegende dat uit een nadere analyse van de georganiseerde procedure blijkt dat, zodra personeelsleden een gunstig verslag hebben gekregen, de overheid verplicht is ze te benoemen, op voorwaarde dat ze voldoen aan de voorwaarden die in het akkoord worden gesteld en de vereiste stappen zetten; dat enerzijds het orgaan dat bevoegd is om te benoemen niet hetzelfde is als datgene dat het verslag opmaakt over de wijze van dienstvervulling en anderzijds het verslag noodzakelijkerwijs opgemaakt moet zijn voordat een ontwerp van beslissing tot benoeming wordt voorgelegd aan het benoemingsgerechtigde orgaan; dat zodra de procedure zich in dat stadium bevindt, de bevoegdheid van de benoemingsgerechtigde instantie gebonden is, zelfs als dat deels het gevolg is van de beoordeling die een ander personeelslid van dezelfde instelling tevoren heeft uitgebracht;

Overwegende dat noch uit het dossier, noch uit de processtukken blijkt dat een verslag is opgemaakt over de manier waarop verzoeker zijn dienst vervulde; dat, aangezien zijn eerste arbeidsovereenkomst van bepaalde duur twee keer is verlengd en er daarna een overeenkomst van onbepaalde duur met hem is gesloten, er grond is om te vermoeden dat het verslag, als er één is opgemaakt, gunstig was of dat De Post in elk geval tevreden was over zijn werk, zodat zijn situatie moet worden gelijkgesteld met die van een personeelslid dat een gunstig verslag heeft gekregen van zijn onmiddellijke chef;

Overwegende dat uit de rechtspraak die de verwerende partij heeft aangevoerd, inzonderheid uit de arresten van het Hof van Cassatie d.d. 20 december 2007 niet blijkt dat de Raad van State per definitie onbevoegd is zodra een beslissing die bij die Raad wordt aangevochten in de uitoefening van een gebonden bevoegdheid is genomen; dat immers sinds 1952 in de rechtspraak wordt gesteld dat een arrest van de Raad van State niet alleen kan worden vernietigd als de

Raad van State zijn bevoegdheid slecht heeft ingeschat ten opzichte van die van de justitiële gerechten, maar ook als hij uitspraak heeft gedaan over een exceptie van onbevoegdheid door middel van onduidelijke motieven, die het Hof van Cassatie niet in staat stellen om te beoordelen of de Raad correct uitspraak heeft gedaan over zijn bevoegdheid (cass. 11 januari 1952 - twee arresten - *Pas.*, I, 248); dat het arrest van 20 december 2007, dat door de verwerende partij wordt aangehaald, net zoals het andere arrest van diezelfde dag, in dezelfde lijn ligt; dat daarin staat dat het arrest van de Raad van State, dat uitgaat van een discretionaire bevoegdheid terwijl die bevoegdheid gebonden is, de beslissing van de Raad van State niet naar recht verantwoordt; dat dat arrest dus een dwaling omtrent het recht vaststelt in de redenering die de Raad van State heeft gevolgd om zich bevoegd te verklaren; dat bij dit arrest het bestreden arrest derhalve wordt vernietigd en "de zaak (wordt verwezen) naar de anders samengestelde afdeling administratie (lees: bestuursrechtspraak) van de Raad van State die zich zal gedragen naar de beslissing van het Hof over het beslechte rechtspunt"; dat sinds artikel 33 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bij de wet van 25 mei 1999 is gewijzigd, het Hof vernietigt wanneer de Raad van State zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard; dat, zoals wordt opgemerkt in de bespreking, in de memorie van toelichting van het ontwerp van wet, van het artikel waarbij die wijziging is aangebracht (*Gedr. St. Kamer* 1960/1-98/99, blz. 7) "(het Hof van Cassatie) in de hier beoogde hypothese immers het arrest (vernietigt) waarbij de afdeling administratie oordeelde kennis te kunnen nemen van de eis. Krachtens het door het Hof gewezen arrest behoort dit wel degelijk tot de bevoegdheden van de rechterlijke overheden en moet de zaak dus niet naar de afdeling administratie verwezen worden"; dat daaruit volgt dat, wanneer het Hof een arrest vernietigt op grond van een rechtsdwaling in de motivering van het arrest betreffende een exceptie van onbevoegdheid en de zaak naar de Raad van State verwijst, zulks inhoudt dat het Hof van oordeel is dat de Raad van State niet noodzakelijk onbevoegd is om kennis te nemen van het beroep, maar dat hij zijn bevoegdheid niet mag wettigen met de gronden die hij in het vernietigde arrest heeft aangevoerd;

Overwegende dat bij het oplossen van het probleem van de verdeling van bevoegdheden tussen de justitiële gerechten en de Raad van State, wanneer geen enkele bijzondere wetsbepaling een ander contentieus beroep voor de justitiële gerechten heeft georganiseerd dat tot een soortgelijk resultaat kan leiden als dat van het beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State, als basisregel geldt dat de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State onbevoegd is wanneer het beroep tot nietigverklaring werkelijk en rechtstreeks betrekking heeft op hetzij een geschil over burgerlijke rechten, hetzij een geschil over politieke rechten, tenzij, wat

laatstgenoemde rechten betreft, als een niet-justitieel gerecht bij of krachtens de wet bevoegd is om kennis te nemen van het geschil;

Overwegende dat het onderwerp van het beroep dat bij de Raad van State is ingesteld, in het verzoekschrift omschreven is als "de nietigverklaring van de weigering van De Post om hem tot postman te benoemen, de betrekking in Herstal 1 aan hem toe te wijzen en hem in dat ambt te bevestigen met ingang van 1 maart 2002"; dat de bestreden beslissing niet gebaseerd is op de omstandigheid dat verzoeker niet voldeed aan deze of gene voorwaarde die in het voormelde akkoord aan de indienstneming werd verbonden, maar op de omstandigheid dat zijn situatie onder de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten viel en de bepalingen van die wet op de beëindiging van zijn aanstelling van toepassing waren; dat de relevantie van dat argument tijdens het onderzoek van het middel zal worden uitgediept; dat in dit stadium, om de bevoegdheid van de Raad van State te onderzoeken, moet worden nagegaan of een justitieel gerecht een beslissing zou kunnen nemen die verzoeker dezelfde genoegdoening geeft als die welke hij van een arrest van de Raad van State mag verwachten;

Overwegende dat verzoeker, aan wie de auditeur-rapporteur had gevraagd of hij nog belang heeft bij de zaak, heeft laten weten dat hij momenteel werkloos is en dat hij met het onderhavige beroep geen morele genoegdoening of financiële schadeloosstelling wil verkrijgen, maar werkelijk tot postman benoemd wil worden;

Overwegende dat het gevolg van de nietigverklaring van de bestreden beslissing zou zijn dat de weigering die ter kennis is gebracht van verzoeker niet meer zou bestaan, dat De Post zich opnieuw zou buigen over de aanvraag van verzoeker om in vast verband in dienst te worden genomen en dat De Post weer uitspraak zou moeten doen over die aanvraag, zonder die nog te kunnen weigeren om de reden die door het vernietigingsarrest onwettig zou zijn bevonden; dat - zoals verzoeker aanvoert, maar de verwerende partij bestrijdt - als de bevoegdheid van De Post werkelijk gebonden is en verzoeker voldoet aan de voorwaarden van het akkoord, de enige wettige beslissing die De Post zou kunnen nemen zou zijn hem te benoemen tot postman; dat het arrest van de Raad van State niet tot gevolg zou hebben dat verzoeker wordt benoemd, maar dat in rechte wordt vastgesteld dat De Post verplicht is hem te benoemen, een verplichting die verzoeker De Post niet zou kunnen opleggen, maar tot nakoming waarvan hij haar wel zou kunnen aanzetten door een beroep te doen op de procedure voorgeschreven bij artikel 36 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State om te verkrijgen dat haar dwangsommen worden opgelegd;

Overwegende dat de justitiële gerechten niet bevoegd zijn om een bestuursbesluit te vernietigen; dat, wanneer zo'n besluit onwettig is en nadeel berokkent, die rechtscolleges het bestuur weliswaar met toepassing van het gemeene recht van de burgerlijke aansprakelijkheid, tot herstel van het aldus berokkende nadeel kunnen veroordelen, maar dat die veroordeling, die voortvloeit uit een foutieve handeling van het bestuur, niet tot onderwerp heeft het bestuur tot het stellen van een handeling van openbaar gezag te dwingen en dit evenmin tot gevolg heeft;

Overwegende dat het vast benoemen van een personeelslid van een overheidsbestuur een overheidsdaad is die in de rijksbesturen met toepassing van artikel 107 van de Grondwet onder de bevoegdheid van de Koning valt en die, bij De Post, met toepassing van artikel 29 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, toekomt aan de raad van bestuur of de door die raad aangewezen instantie; dat het beginsel van de scheiding der machten eraan in de weg staat dat een orgaan van de rechterlijke macht een beslissing neemt die als benoeming zou gelden of die een openbare overheid zou dwingen om een bevoegdheid uit te oefenen die ze krachtens de Grondwet of de wet zelf heeft, althans bij ontstentenis, in laatstgenoemd geval, van enige wetsbepaling die het orgaan daartoe zou machtigen; dat artikel 33 van de Grondwet immers bepaalt dat "alle machten (...) worden uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald"; dat die bepalingen geschonden zouden worden door een beslissing van een justitieel gerecht om een personeelslid in vast verband te benoemen of de overheid ertoe te verplichten het te benoemen; dat het overigens onlogisch zou zijn dat een rechtscollege een publiekrechtelijke werkgever zou kunnen verplichten om een bepaalde persoon in dienst te nemen, terwijl een werkgever uit de privé-sector niet gedwongen kan worden om een werknemer in dienst te nemen die hij niet wil en inzonderheid een op onregelmatige wijze ontslagen werknemer weer in dienst te nemen; dat zelfs in het geval van beschermde werknemers, de werknemer weliswaar het recht heeft te vorderen dat hij wederom in dienst wordt genomen, maar de werkgever het recht heeft dat verzoek niet in te willigen, in welk geval het geschil wordt geregeld door betaling van een vergoeding (artikel 17 van de wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden; cf cass. 14 april 2003, *Justel* F-20030414-10); dat daaruit af te leiden valt dat geen enkel beroep bij een justitieel gerecht verzoeker dezelfde genoegdoening kan schenken als die welke hij van een arrest van de Raad van State kan verwachten;

Overwegende dat het probleem dat in het onderhavige beroep wordt opgeworpen, op dat punt grondig verschilt van datgene waarvan een voorbeeld wordt gegeven in de door de verwerende partij aangehaalde rechtspraak - inzonderheid arrest nr. 182.147 van 18 april 2008, *Hatzizervoudakis* - waar de verplichting waaraan de bestuurlijke overheid niet had voldaan betrekking had op de betaling van geldbedragen; dat geen enkel bezwaar ontleend aan de scheiding der machten er immers aan in de weg staat dat justitiële gerechten administratieve overheden veroordelen tot de betaling van bedragen die ze verschuldigd zijn, met als gevolg dat de Raad van State niet bevoegd is als de bevoegdheid van de bestuurlijke overheid gebonden is en haar verplichting erin bestaat een geldbedrag te betalen of iets te verstrekken dat van dien aard is dat de justitiële gerechten de overheid daartoe kunnen verplichten zonder het beginsel van de scheiding der machten te schenden;

Overwegende dat de verwerende partij een argument ontleent aan de omstandigheid dat verzoeker aanvoert dat de bevoegdheid van de overheid, voor de toepassing van het regularisatieakkoord, volledig gebonden is en dat ze daaruit afleidt dat het werkelijke onderwerp van verzoekers beroep het verkrijgen is van het subjectieve recht op een vaste benoeming dat hij meent te hebben; dat, zoals hierboven is opgemerkt, het arrest van de Raad van State waarbij de weigering tot benoeming wordt vernietigd, verzoeker niet de mogelijkheid zou geven om De Post ertoe te dwingen hem te benoemen, maar hem alleen een sterke stimulans daartoe in handen zou geven, zodat met de gebonden bevoegdheid van de overheid - die gebonden is zodra de onmiddellijke chef een gunstig verslag heeft opgemaakt of een soortgelijke situatie is geschapen - geen subjectief recht van verzoeker overeenstemt, aangezien het subjectieve recht die mogelijkheid is die in staat stelt de schuldenaar ertoe te dwingen zijn verplichting na te komen; dat zelfs als zou moeten worden geoordeeld dat verzoeker een subjectief recht heeft, de bevinding toch zou zijn dat artikel 14, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dat een procedure organiseert die moet worden gevolgd wanneer een overheid "verplicht is te beschikken", wat zeker het geval is wanneer haar bevoegdheid gebonden is, een wetsbepaling is die, met toepassing van artikel 145 van de Grondwet, aan de rechtbanken de bevoegdheid verleent om kennis te nemen van geschillen over politieke rechten, één van de uitzonderingen die dit artikel 145 mogelijk maakt; dat het recht op toegang tot een overheidsbetrekking met rechtspositionele status een politiek recht is; dat de door die bepaling vastgestelde bevoegdheid van de Raad van State om kennis te nemen van een beroep tot nietigverklaring van een impliciete weigeringsbeslissing afgeleid uit het feit dat de overheid vier maanden nadat ze hiertoe is aangemaand nog geen beslissing heeft genomen, om dezelfde redenen de bevoegdheid inhoudt om uitspraak te doen over het beroep tegen de uitdrukkelijke weigeringsbeslissing genomen nadat zo'n aanmaning gericht is aan de overheid;

Overwegende dat uit die verschillende overwegingen volgt dat de Raad van State bevoegd is om kennis te nemen van het onderhavige beroep; dat derhalve geen prejudiciële vraag moet worden gesteld aan het Grondwettelijk Hof, zoals verzoeker in de laatste memorie voorstelt in gebrekkige bewoordingen die hij op de terechtzitting heeft rechtgezet, over de grondwettigheid van de uitlegging van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die de Raad ertoe zou brengen zijn bevoegdheid te logenstraffen in geval van beroep tegen een impliciete of expliciete beslissing waarbij een administratieve overheid een beslissing weigert te nemen in de uitoefening van een gebonden bevoegdheid, maar zich wel bevoegd verklaart in geval van een beroep tegen een impliciete of expliciete beslissing waarbij een administratieve overheid een beslissing weigert te nemen die voortvloeit uit een discretionaire bevoegdheid; dat het beroep ontvankelijk is;

Grond van de zaak

Overwegende dat verzoeker een enig middel ontleent aan "schending van het beginsel *Patere legem quam ipse fecisti*, de verplichting om individuele beslissingen inhoudelijk en uitdrukkelijk te motiveren en toepassing van onjuiste motieven"; dat hij aanvoert dat hij sinds 1 juli 1997 voltijds als arbeidscontractant heeft gewerkt, dat hij op 31 december 2000 nog altijd in dienst was, dat hij aangesteld is in een postdistributiekantoor voor een periode van meer dan zes maanden, dat hij geslaagd is voor twee vergelijkende wervingsexamens, dat hij gevraagd heeft te worden benoemd en gesolliciteerd heeft naar de betrekking in het postdistributiekantoor Herstal 1, zodat hij als lid van het personeel met een arbeidsovereenkomst dat voldoet aan de voorwaarden die in het regularisatieakkoord worden gesteld en dat gevraagd heeft om daarvoor in aanmerking te komen, met ingang van 1 maart 2002 bevestigd moest worden in de betrekking die aan hem moest worden toegewezen; dat hij zijn situatie en de teneur van de bestreden handeling uitvoerig heeft beschreven en daarna tot de slotsom komt dat De Post haar eigen regelgeving niet heeft toegepast, dat de uitdrukkelijke motivering van de bestreden handeling ontoereikend is en dat de aangevoerde motieven onjuist zijn, aangezien zijn ziekte de ware reden is om hem niet te benoemen;

Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat het regularisatieakkoord geen enkele verplichting voor haar inhoudt om te benoemen, dat het akkoord niet inhoudt dat alle arbeidscontractanten die geslaagd zijn voor een wervingsexamen benoemd worden, dat het bestaan van het akkoord niets verandert aan de contractuele banden die met de betrokken personeelsleden bestaan voordat een benoeming plaatsvindt en dat het akkoord niet tot gevolg heeft dat de bepalingen van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten niet meer van

toepassing zouden zijn op arbeidscontractanten; dat ze aanvoert dat niets eraan in de weg stond dat verzoekers arbeidsovereenkomst werd beëindigd op voorwaarde dat een vergoeding wegens beëindiging van de arbeidsovereenkomst werd betaald gelijk aan de opzegging waarop hij aanspraak kon maken, dat één van de voorwaarden om aanspraak te kunnen maken op een benoeming is dat men deel uitmaakt van de arbeidscontractanten bij De Post en dat verzoeker daar geen deel meer van uitmaakt; dat ze voorts aanvoert dat de bepalingen van het regularisatieakkoord die geschonden zouden zijn, niet meer van toepassing zijn op verzoeker: dat ze, voor zover het middel gebaseerd is op de verplichting om individuele beslissingen inhoudelijk en uitdrukkelijk te motiveren, opmerkt dat er ten aanzien van verzoeker geen enkele handeling is gesteld die door de Raad van State kan worden vernietigd, dat het werkelijke onderwerp van het beroep de beslissing is om de arbeidsovereenkomst van verzoeker te beëindigen, wat niet tot de bevoegdheid van de Raad van State behoort; dat ze tegen het argument dat de ziekte van verzoeker de ware grond zou zijn waarom ze hem niet heeft benoemd, inbrengt dat er geen beslissing tot weigering om hem te benoemen bestaat, maar wel een beslissing om zijn arbeidsovereenkomst te beëindigen, gemotiveerd door het veelvuldige arbeidsverzuim dat de reden voor zijn ontslag is; dat ze voorts opmerkt dat dit ontslag tot gevolg heeft gehad dat de eventuele mogelijkheid om verzoeker te benoemen niet meer moest worden onderzocht;

Overwegende dat verzoeker van 1 juli 1997 tot 2 maart 2002 als arbeidscontractant in dienst is geweest bij De Post; dat niet wordt betwist dat hij voldeed aan de voorwaarden van het regularisatieakkoord dat door de raad van bestuur is goedgekeurd onder het reeds besproken voorbehoud dat er geen gunstig verslag van zijn onmiddellijke chef bij het dossier is gevoegd, maar dat zijn situatie moet worden gelijkgesteld met die van een personeelslid over wie wel zo'n verslag is opgemaakt; dat hij zijn benoemingsaanvraag naar behoren heeft ingediend; dat de verwerende partij heeft bepaald dat de benoemingen die in het regularisatieakkoord in het vooruitzicht worden gesteld, zouden worden gedaan op 1 maart 2002, dus op een tijdstip dat verzoeker nog altijd in dienst was met een arbeidsovereenkomst; dat hij dus in dienst is gebleven tot de datum waarop de beslissing op hem had moeten worden toegepast;

Overwegende dat de omstandigheid dat verzoeker als arbeidscontractant in dienst is genomen niet relevant is voor de weigering om hem in aanmerking te laten komen voor dat akkoord, dat er precies toe strekt de arbeidscontractanten op wie het akkoord betrekking heeft vast in dienst te nemen; dat het middel gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing waarbij De Post weigert om Joël CALBERT tot postman te benoemen, de betrekking te Herstal 1 aan hem toe te wijzen en hem met ingang van 1 maart 2002 in dat ambt te bevestigen.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting, op vijftientwintig februari tweeduizend negen door:

de HH.	LEROY,	kamervoorzitter,
	QUERTAINMONT,	staatsraad,
Mevr.	DEBROUX,	staatsraad,
de Hr.	GAYIBOR,	toegevoegd griffier.

De toegevoegd Griffier

De Voorzitter

K. T. GAYIBOR

M. LEROY

VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.