

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 192.900 van 30 april 2009
in de zaak A.191.051/XII-5681.**

In zake : het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
 WELZIJN VAN ANTWERPEN,
 dat woonplaats kiest bij
 advocaat T. Peeters,
 kantoor houdende te Antwerpen,
 Mechelsesteenweg 27

tegen :

de VLAAMSE GEMEENSCHAP,
die woonplaats kiest bij
advocaat T. De Sutter,
kantoor houdende te Gent,
Koning Albertlaan 128.

tussenkomen partij :

Eddy PAELINCKX,
die woonplaats kiest bij
advocaten Van Der Mussele en Vandenbosch,
kantoor houdende te Antwerpen,
Stoopstraat 1, bus 10.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn (OCMW) van Antwerpen op 13 januari 2009 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van het besluit van de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering van 27 november 2008 “houdende inwilliging van het beroep ingesteld door de heer Eddy Paelinckx tegen het besluit van de [d]eputatie van de [p]rovincie Antwerpen van 18 maart 2008 houdende goedkeuring van het besluit van de OCMW-Raad van Antwerpen van 18 maart 2008 houdende het opleggen van de tuchtsanctie van het ontslag van ambtswege aan de heer Eddy Paelinckx en niet-goedkeuring van het [b]esluit van de OCMW-Raad van Antwerpen van 18 maart 2008”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur B. Weekers;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 11 maart 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 31 maart 2009;

Gehoord het verslag van staatsraad G. van Haegendoren;

Gehoord de opmerkingen van advocaat T. Peeters, die verschijnt voor verzoekende partij, van advocaat T. De Sutter, die verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat E. Van Der Mussele, die verschijnt voor tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur B. Weekers;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. In de huidige stand van de procedure volstaat het, ten einde het geschil te situeren, de considerans van het bestreden besluit aan te halen, aangezien de relevante feitelijke gegevens voor de beoordeling van de voorliggende vordering tot schorsing er in zijn samengevat :

“Gelet op de O.C.M.W.-wet, inzonderheid op het artikel 51,52 en 53;

Gelet op het besluit van de Vlaamse regering tot bepaling van de bevoegdheden van de leden van de Vlaamse Regering van 27 juli 2004, gewijzigd bij besluit van 15 oktober 2004, van 23 december 2005, 19 mei 2006, 30 juni 2006, 1 september 2006, 15 juni 2007, 28 juni 2007, 10 oktober 2007, 14 november 2007, 5 september 2008 en 22 september 2008;

Gelet op het besluit van de deputatie van de provincie Antwerpen van 24 april 2008 houdende goedkeuring van het besluit van de raad voor maatschappelijk welzijn van Antwerpen van 18 maart 2008 houdende het opleggen van de tuchtsanctie van het ontslag van ambtswege aan de heer Eddy Paelinckx;

Gelet op het besluit van de raad voor maatschappelijk welzijn van Antwerpen van 24 maart 2008 houdende het opleggen van de tuchtsanctie van het ontslag van ambtswege aan de heer Eddy Paelinckx;

Gelet op het beroepsschrift van de heer Eddy Paelinckx van 30 mei 2008 tegen het besluit van de deputatie van de provincieraad van Antwerpen van 24 april 2008, ontvangen door de beroepsinstantie op 2 juni 2008;

Gelet op het ministeriële besluit van 31 juli 2008 houdende verlenging van de beroepstermijn tot 2 december 2008;

Overwegende dat de termijn om het besluit van de deputatie van Antwerpen van 24 april 2008 aan te vechten bij de beroepsinstantie, in casu de Vlaamse Regering, in toepassing van het artikel 53, §3 van de OCMW-wet, aanvangt na de kennisgeving van de beslissing door de deputatie; dat die kennisgeving gebeurde bij brief van 19 mei 2008; dat betrokkene hiertegen beroep aantekende bij brief van 30 mei 2008, ontvangen bij de beroepsinstantie op 2 juni 2008, wat dus ruim binnen de termijn van 15 dagen voorzien in hetzelfde wetsartikel, is;

Overwegende dat volgens de oproepingsbrief van 20 februari 2008 van de tuchtoverheid aan de betrokkene afwenteling van private aankopen op het OCMW en een PR-regeling ten laste worden gelegd; dat hiervoor een aantal voorbeelden worden opgegeven;

Overwegende dat in het tuchtbesluit van 18 maart 2008 het overwegende gedeelte aanvangt met de verwijzing naar het verslag van Ernst & Young van 20 september 2007, waarin wordt vermeld dat onregelmatigheden in aankoopprocedures door niet objectieve behandeling van de firma Winsol, en met vooringenomenheid ten aanzien van de firma Winsol, worden vastgesteld, dat slechts een minimum aantal potentiële leveranciers wordt aangeschreven en leveranciers die om geografische redenen niet kunnen concurreren met Winsol; dat wordt opgemerkt dat er relatief veel facturen zijn voor bedragen kleiner dan 5.500,00 euro; dat uitdrukkelijk in het tuchtbesluit wordt vermeld dat in het rapport van Ernst & Young de naam van betrokkene wordt genoemd;

Overwegende dat verder in het tuchtbesluit wordt gesteld dat betrokkene zelf bestellingen plaatst indien deze minder dan 5.500,00 euro bedragen; dat erop gewezen wordt dat hij de bevoegdheid heeft om favoriete leveranciers naar voren te schuiven; dat erbij wordt opgemerkt dat wordt vastgesteld dat zeer vaak met de firma Winsol wordt samengewerkt;

Overwegende dat in het tuchtbesluit als overweging wordt vermeld dat betrokkene vanuit zijn functie zeer kwetsbaar is voor omkoping en bevoordeling;

Overwegende dat de feiten die verband houden met de onregelmatigheden van de aankoopprocedures en omkoping, op geen enkele wijze aan de betrokkene als tenlasteleggingen werden meegedeeld; dat noch in het tuchtverslag van de secretaris, noch in de oproepingsbrieven gericht aan de betrokkene, enige melding wordt gemaakt van die feiten, laat staan dat ze hem worden aangewreven; dat betrokkene zich dan ook niet heeft kunnen verdedigen tegen die aantijgingen; dat zijn rechten van verdediging bijgevolg zijn miskend;

Overwegende dat de feiten die hem als tenlasteleggingen worden meegedeeld in de oproepingsbrieven waarover supra, op zich als ongeoorloofd zouden kunnen beschouwd worden, doch dat de interactie van die feiten op de aankoopprocedures en de kwalificatie ervan als omkoping, op geen enkele wijze het voorwerp van een debat hebben uitgemaakt gezien betrokkene hiervan niet op de hoogte werd gebracht;

Overwegende dat die verwijzingen in het tuchtbesluit naar omkoping en onregelmatigheden bij aankoopprocedures, een ernstige verzwaring inhouden van de tenlasteleggingen en een crimineel getekend beeld ophangen van de betrokkene; dat dit onmiskenbaar een rol heeft gespeeld bij de inschatting van de feiten en bij de strafmaatbepaling;

Overwegende dat het tuchtonderzoek en de tuchtprocedure, en dus ook het tuchtverhoor, enkel betrekking hadden op de afwenteling van private aankopen op het OCMW en een PR-regeling;

Overwegende dat bijgevolg de tuchtoverheid ten onrechte de tenlasteleggingen verruimt naar de strafrechtelijke sfeer of er op zijn minst ten onrechte een ernstige insinuatie van geeft;

Overwegende dat de aantijging ‘omkoping’ een strafrechtelijk omschreven misdrijf betreft dat enkel kan onderzocht en bewezen worden door de gerechtelijke instanties; dat in casu door het OVMW melding van de feiten werd gedaan bij het parket in toepassing van het artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering; dat bij brief van het parket van Antwerpen 26 juni 2008 aan betrokkene wordt meegedeeld dat het dossier zonder gevolg werd geklasseerd;

Overwegende dat indien de tuchtoverheid, zoals blijkt uit de opmaak van het tuchtbesluit van 18 maart 2008, meent dat de onregelmatigheden bij de aankoopprocedures en de omkoping relevante aspecten bij de beoordeling van de tenlasteleggingen uitmaken, zij dit moet onderzoeken en rekening moet houden met de bevindingen van de strafrechtelijke instanties ter zake; dat in casu de seponering van de zaak door het parket in de beoordeling moet betrokken worden;

Overwegende dat het voorgaande aantoont dat de tuchtoverheid op ongeoorloofde wijze en met miskennis van de rechten van verdediging de ten laste gelegde feiten verzwaaert; dat het tuchtbesluit bijgevolg niet kan goedgekeurd worden en het beroep ingesteld door de betrokkene bijgevolg wordt ingewilligd;

Overwegende dat dit niet betekent dat de feiten niet tuchtrechtelijk kunnen vervolgd en bestraft worden; dat de tuchtoverheid hiertoe de tuchtprocedure moet heropstarten, althans indien zij eraan vasthoudt dat die bijkomende verzwarende aspecten relevant zijn; dat het de tuchtoverheid ook vrij staat om een nieuw tuchtbesluit aan te nemen waarbij die aspecten worden geëlimineerd en waarbij de tuchtstraf heroverwogen wordt”.

Na deze overwegingen besluit de minister dat het beroep van Eddy Paelinckx tegen het deputatiebesluit van 24 april 2008 wordt ingewilligd en dat het besluit van de raad voor maatschappelijk welzijn van Antwerpen van 18 maart 2008 houdende het opleggen van de tuchtsanctie van het ontslag van ambtswege aan E. Paelinckx niet goedgekeurd wordt.

De procedure

2. Met een verzoekschrift van 30 januari 2009 heeft E. Paelinckx gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen. Er is grond om dit verzoek in te willigen.

De ontvankelijkheid van het beroep

3. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de tussenkomende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie is alleen nodig indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

De schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

5. Als moeilijk te herstellen ernstig nadeel doet verzoeker gelden wat volgt :

“36. Weliswaar erkent de Minister in de bestreden beslissing dat de feiten tuchtrechtelijk kunnen vervolgd en bestraft worden, maar hij stelt dat hiertoe de procedure moet heropgestart worden. Daarbij zou dan rekening moeten gehouden worden met de seponering en hetzij bijkomende verzwarende aspecten mee moeten opgenomen dan wel geëlimineerd worden.

37. Zoals uit de bespreking van het tweede middel reeds is gebleken, heeft een seponering geen invloed op de tuchtzaak. Evenzeer heeft de minister verzwarende omstandigheden waargenomen die er niet zijn. Die verzwarende omstandigheden kunnen bijgevolg ook niet mee opgenomen worden, en kunnen evenmin geëlimineerd worden. Het gevolg is dat de betrokken ambtenaar dreigt te kunnen vaststellen dat er geen verschil bestaat tussen de huidige weerhouden betichting in de niet-goedgekeurde beslissing en de betichting uit de alsdan te nemen tuchtbeslissing. Indien de tuchtoverheid aldus zonder enige wijziging op grond van dezelfde betichting een nieuwe beslissing neemt, is die beslissing vatbaar voor vernietiging omwille van de intussen verstreken termijn. Uiteindelijk verliest het OCMW-Antwerpen op grond van de gevolgen van de bestreden beslissing haar tuchtbevoegdheid ten aanzien van deze tuchtrechtelijke feiten, ondanks het zeer ernstig karakter ervan.

38. Bovendien is de tuchtrechtelijke bevoegdheid van het OCMW-Antwerpen evenzeer uitgeput, doordat er reeds een (stilzwijgend) goedgekeurde tuchtbeslissing [van de deputatie] voorligt. Het OCMW-Antwerpen is derhalve in de onmogelijkheid om de tuchtprocedure te hernemen.

39. Intussen dient het OCMW-Antwerpen immers op grond van de niet-goedkeuring de betrokken ambtenaar terug in dienst te nemen en in zijn functie te herstellen. Dit terwijl de leden die deel uitmaken van de aankoopdienst of er advies aan vestrekken, van onbesproken gedrag dienen te zijn. Dit is meer en gaat verder dan een louter tuchtvrij verleden hebben. Dit om te vermijden dat over het eerlijk verloop van de toewijzing van aankopen en leveringen met of tussen onderscheiden leveranciers discussies zouden ontstaan. De goede werking van de dienst komt aldus in het gedrang. Dit nadeel is ernstig en kan niet worden hersteld met een latere vernietiging alleen”.

6. Wat verzoeker onder punt 37 en punt 38 uiteenzet, is speculatief, hypothetisch en bijgevolg niet dienend. Verzoeker heeft er immers voor gekozen om nu eenmaal niet in te gaan op de ministeriële uitnodiging -de tuchtprocedure te hernemen of een nieuw tuchtbesluit te nemen- maar om door middel van een annulatieberoep het bestreden ministerieel besluit uit het rechtsverkeer te zien verdwijnen. Als het voorts al zo zou zijn dat verzoeker ingevolge de bestreden beslissing zijn tucht-bevoegdheid zou verliezen -een bewering die verwerende partij in de nota met opmerkingen tegenspreekt en waar de Raad thans niet moet op ingaan- dan laat hij na om te verduidelijken, behoudens wat onder punt 39 is geschreven, waarom dit nadeel niet genoegzaam hersteld zou worden door de gevolgen van het tussen te komen arrest ten gronde dat de bestreden beslissing zou vernietigen.

Wat dan het betoog onder punt 39 betreft, moet worden vastgesteld dat verzoeker zich vergist als hij in de bestreden beslissing ook leest dat hij de tussenkomende partij in afwachting van het eindarrest in haar functie moet herstellen. Zoals verwerende partij in de nota met opmerkingen en tussenkomende partij in het verzoek tot tussenkomst terecht opmerken, toont verzoeker, die toch een bestuurlijke overheid is van enige omvang, niet aan dat hij niet in staat zou zijn om aan tussenkomende partij een ordemaatregel -minstens een maatregel van interne orde- op te leggen teneinde het belang van de dienst te vrijwaren.

Er is zelfs meer. Ter terechtzitting wordt immers door verzoeker meegedeeld dat tussenkomende partij ondertussen een “soort detachering” is gegeven naar de stadsdiensten in afwachting van een beslissing van de Raad van State. Opvallend wordt tussenkomende partij dan weer niet tegengesproken waar zij stelt dat die “soort detachering” kan worden verlengd als nodig, en dus tot aan de uitspraak ten gronde kan voortduren.

De beweerde verstoring van het dienstbelang, niet bewezen zijnde, kan dan ook niet als moeilijk te herstellen ernstig nadeel in aanmerking worden genomen.

7. Er is niet voldaan aan ten minste één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die cumulatief vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing worden toegewezen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van Eddy Paelinckx in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op dertig april 2009 door :

de HH.	G. VAN HAEGENDOREN	wnd. kamervoorzitter,
		staatsraad,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

G. VAN HAEGENDOREN.