

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.038 van 2 juli 2009
in de zaak A. 154.458/XII-4284.**

In zake : Eduard VERBERT,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat H.-K. Carême,
 kantoor houdende te Heverlee,
 Industrieweg 4, bus 1

tegen :

de PROVINCIE VLAAMS-BRABANT,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Socquet,
kantoor houdende te Tervuren,
Merenstraat 28.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Eduard Verbert op 4 augustus 2004 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van de deputatie van de provincieraad van Vlaams-Brabant van 27 mei 2004 waarbij hij met ingang van 1 juli 2004 wordt toegelaten tot het definitief vroegtijdig rustpensioen wegens lichamelijke ongeschiktheid;

Gelet op het arrest nr. 137.168 van 9 november 2004 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt verworpen;

Gezien het verzoek van de verzoekende partij tot voortzetting van de procedure;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur G. De Bleeckere;

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

Gelet op de beschikking van 2 februari 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 10 maart 2009;

Gehoord het verslag van staatsraad G. van Haegendoren;

Gehoord de opmerkingen van advocaat H.-K. Carême, en van advocaat T. Ryckalts, die loco advocaat H.-K. Carême verschijnen voor verzoeker, en van advocaat D. Socquet, die verschijnt voor verwerende partij;

Gehoord het andersluidend advies van auditeur G. De Bleeckere;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1.1. Volgens de verklaring van verzoeker treedt hij op 24 maart 1973 in dienst van de provincie Brabant, en wordt hij in 1980 aangesteld als wegen-commissaris-districtschef in vast verband.

Met een brief van 25 oktober 1994 wordt hem meegedeeld dat, naar aanleiding van de splitsing van de provincie Brabant op 1 januari 1995, de deputatie beslist heeft hem vanaf diezelfde datum over te hevelen naar de provincie Vlaams-Brabant. Met een brief van 21 december 1994 wordt hem meegedeeld dat hij, op grond van een voorlopig uitgetekende personeelsformatie, voorlopig zal tewerkgesteld worden in de directie infrastructuur, sectie gebouwen.

1.2. Blijkens een door verzoeker neergelegd medisch attest van 15 mei 1995 wordt hij sedert juni 1988 gevolgd wegens een zeldzame ziekte die leidt tot een sterk verhoogde infectievatbaarheid. Hij brengt dit in verband met een overbelasting op zijn werk, met name doordat hij dient te werken in een panoramische zaal waarin 350 man tewerkgesteld zijn. Voorts blijkt :

- dat verzoeker in het jaar 1995 in totaal 46 dagen afwezig was wegens ziekte;
- dat hij vanaf 2 januari 1996 tot 8 augustus 1997 ononderbroken afwezig was wegens ziekte;

- dat hij vanaf 9 augustus 1997 tot aan zijn - thans bestreden - vroegtijdige pensionering ter beschikking werd gesteld wegens ziekte, terbeschikkingstelling die enkel werd onderbroken van 1 maart 2001 tot 12 maart 2001.

1.3. Bij besluit van 5 oktober 2000 van de deputatie van de provincieraad van Vlaams-Brabant wordt verzoeker met ingang van 1 september 1997 ambtshalve herbenoemd in de graad van bestuurssecretaris industrieel ingenieur, vermits, ingevolge het besluit van 1 juli 1997 van de provincieraad van Vlaams-Brabant houdende vaststelling van het personeelsstatuut en de personeelsformatie, de graad van wegencommissaris tot de afgeschafte graden behoort.

1.4. Met een brief van 6 februari 2003 stuurt de dienst personeel van de provincie Vlaams-Brabant een aanvraag naar de administratieve gezondheidsdienst om verzoeker door de pensioencommissie te laten onderzoeken.

Met een aangetekende brief van 17 juni 2003 deelt de administratieve gezondheidsdienst aan verzoeker mee dat de hoofdgeneesheer de volgende beslissing heeft genomen :

- vanuit medisch standpunt vervult verzoeker momenteel niet de voorwaarden om vroegtijdig te worden gepensioneerd;
- hij is definitief ongeschikt om zijn werkzaamheden op normale en regelmatige wijze te vervullen, maar is nog wel geschikt om tewerkgesteld te worden onder volgende voorwaarden: “Buitendienst (vb. toezichtsfunctie op uit te voeren werken) in samenspraak met bevoegde arbeidsgeneeskundige dienst”;
- hij is aangetast door een ernstige of langdurige ziekte zoals bedoeld wordt in de voor zijn dienst geldende reglementering betreffende verloven en afwezigheden.

In de brief wordt aan verzoeker meegedeeld dat hij in beroep kan gaan tegen deze beslissing indien hij zich erdoor benadeeld voelt.

In fine van de brief wordt gesteld wat volgt :

“Een omstandige uitleg over de inhoud van deze beslissing vindt u in de in tweevoud bijgevoegde bijlage 1. Indien u akkoord gaat met onze beslissing, verzoeken wij u om één voor akkoord ondertekend exemplaar naar ons terug te sturen ten einde de afhandeling van uw dossier te bespoedigen”.

Op 10 juli 2003 verklaart verzoeker, middels de ondertekening van de vermelde bijlage 1, akkoord te gaan met de beslissing van 17 juni 2003 van de pensioencommissie.

1.5. Op 27 mei 2004 beslist de deputatie van de provincieraad van Vlaams-Brabant dat verzoeker, naar aanleiding van de beslissing van de inspecteur-geneesheer van de pensioencommissie van de administratieve gezondheidsdienst van het ministerie van Sociale Zaken, Volksgezondheid en Leefmilieu, met ingang van 1 juli 2004 toegelaten wordt tot het vroegtijdig rustpensioen wegens lichamelijke ongeschiktheid.

Die beslissing, die met een gewone brief van 11 juni 2004 ter kennis wordt gebracht van verzoeker, luidt :

“I. GEGEVEN

Naar aanleiding van zijn terbeschikkingstelling wegens ziekte met ingang van 9 augustus 1997 werd Edward Verbert, vast benoemd bestuurssecretaris industrieel ingenieur met een volledige betrekking aangewezen bij de directie infrastructuur, opgeroepen voor een onderzoek door de pensioencommissie van de administratieve gezondheidsdienst van het ministerie van sociale zaken, volksgezondheid en leefmilieu.

Op 17 juli 2003 meldt de inspecteur-geneesheer van de administratieve gezondheidsdienst aan het provinciebestuur dat:

- Edward Verbert op het medische vlak, wegens definitieve lichamelijke ongeschiktheid zijn werkzaamheden op normale en regelmatige wijze niet kan vervullen, doch is hij nog wel geschikt om tewerkgesteld te worden onder bepaalde voorwaarden: buitendienst (vb. toezichtfunctie op uit te voeren werken) in samenspraak met bevoegde arbeidsgeneeskundige dienst en indien hij binnen een termijn van 1 jaar na de mededeling van de beslissing aan de belanghebbende, niet tewerkgesteld kan worden onder deze voorwaarden, zal hij ambtshalve, dus zonder nieuw onderzoek, gepensioneerd worden;
- hij is aangetast door een ernstige en/of langdurige ziekte zoals vermeld in het artikel 67 van het Koninklijk Besluit van 19 november 1998 betreffende de verloven en afwezigheden toegestaan aan de personeelsleden van de rijksbesturen;

Belanghebbende werd van deze beslissing in kennis gesteld bij brief van 17 juni 2003 en heeft tegen deze beslissing, binnen de wettelijke termijn van 30 dagen, geen beroep aangetekend;

II. BESPREKING

Overeenkomstig de terzake geldende wetgeving, gaat het pensioen wegens lichamelijke ongeschiktheid in op de eerste dag van de maand die volgt op die gedurende dewelke de beslissing van de definitieve ongeschiktheid door het bevoegd medisch overheidsorgaan aan de belanghebbende werd bekendgemaakt wanneer het een beslissing betreft waartegen geen beroep is ingesteld. Aangezien de belanghebbende binnen de termijn van 1 jaar na de mededeling van de beslissing van 17 juli 2003 niet tewerkgesteld kon worden onder bovenvermelde voorwaarden wordt hij ambtshalve, zonder nieuw medisch onderzoek, gepensioneerd.

De dienst personeel stelt voor om Edward Verbert met ingang van 1 juli 2004 toe te laten tot het definitief vroegtijdig rustpensioen wegens lichamelijke ongeschiktheid.

Gelet op het besluit van de provincieraad van Vlaams-Brabant van 1 juli 1997 houdende vaststelling van het personeelsstatuut, zoals het werd gewijzigd. Gehoord in zijn verslag, Julien Dekeyser, lid van de bestendige deputatie.

BESLUIT:

Artikel 1 : Naar aanleiding van de beslissing van de inspecteur-geneesheer van de pensioencommissie van de administratieve gezondheidsdienst van het ministerie van sociale zaken, Volksgezondheid en leefmilieu, wordt Edward Verbert, vast benoemd bestuurssecretaris industrieel ingenieur met een volledige betrekking aangewezen bij de directie infrastructuur, met ingang van 1 juli 2004 toegelaten tot het definitief vroegtijdig rustpensioen wegens lichamelijke ongeschiktheid.

Artikel 2: Een afschrift van dit besluit wordt toegezonden aan de directie infrastructuur en aan de belanghebbende”.

Dit is de bestreden beslissing.

1.6. Met een brief van 19 juni 2004 deelt verzoeker aan de deputatie mee dat hij met de beslissing van 27 mei 2004 niet akkoord kan gaan. Hij laat onder meer gelden dat de administratieve gezondheidsdienst zich zeer duidelijk tot de werkgever richtte met de melding dat verzoeker nog geschikt is om tewerkgesteld te worden onder bepaalde voorwaarden in samenspraak met de bevoegde arbeidsgeneeskundige dienst, dat de arbeidsgeneesheer (zijnde zijn enige contactpersoon met het provinciebestuur) hem quasi elke maand heeft opgeroepen, dat verzoeker hem telkens gevraagd heeft om zijn werkzaamheden vol- of deeltijds te mogen hervatten, dat niemand op dat verzoek heeft gereageerd, dat men het volgens de dokter steeds te druk had, onder meer met verhuis, reorganisatie der diensten, kandidatuurstellingen ambt griffier enzovoorts, dat hij hiervoor alle begrip had, dat het nu echter overduidelijk is dat het hier een doelbewust gewilde strategie betrof tot gemakshalve uitsluiting van een vastbenoemde ambtenaar, en dat in overheidsdienst iedereen het recht heeft om minstens tot zijn zestigste te mogen blijven werken. Verzoeker vraagt dan ook hem opnieuw te integreren in het beroepsleven, “conform de beschikking en het profiel geschetst door de geneesheer van de administratieve gezondheidsdienst”.

Met een brief van 1 juli 2004 laat hij gelden dat het oordeel van de pensioencommissie alle kansen op wedertewerkstelling zeer reëel hield, dat hij daarom geen beroep aantekende, dat hij bij elke consultatie door de controle-geneesheer steeds heeft gevraagd om hem opnieuw (liefst tot de leeftijd van zestig jaar) in zijn werkomgeving te reïntegreren, dat de bedoelingen van de werkgever

inmiddels overduidelijk zijn, dat al die tijd onbetwistbaar de intentie bestond om hem zonder enige voorafgaande verwittiging koudweg te pensioneren, dat men hem over deze vaststaande intentie doelbewust volkomen in het ongewisse liet, dat niemand zich hoeft neer te leggen bij voldongen feiten, temeer daar deze door bewuste onwetendheid heden worden opgedrongen, dat hij zal uitkijken naar een aangepaste job bij een ander openbaar bestuur, en dat hij hiervoor geduld vraagt tot 1 september, dat wil zeggen, tot na de vakantieperiode.

1.7. In antwoord op verzoekers brieven van 19 juni en 1 juli 2004, wordt met een brief van 13 juli 2004 aan verzoeker meegedeeld dat de deputatie bij haar beslissing van 27 mei 2004 blijft, dat het argument dat het provinciebestuur geen enkele inspanning ondernam om hem een andere opdracht te geven een onjuiste voorstelling van zaken is, dat er hem in 2001 een andere opdracht werd gegeven op het provinciedomein te Kessel-Lo, maar dat deze tewerkstelling reeds na drie dagen werd verbroken gezien de arbeidsgeneesheer het medisch niet verantwoord achtte.

Verzoeker reageert hierop met een brief van 20 juli 2004, waarin hij betwist dat de stopzetting van zijn tewerkstelling in maart 2001 bevolen werd om medische redenen, en waarin hij voor het overige zijn standpunt handhaaft.

1.8. Op 4 augustus 2004 vordert verzoeker de nietigverklaring van het besluit van 27 mei 2004 van de deputatie waarbij hij met ingang van 1 juli 2004 wordt toegelaten tot het definitief vroegtijdig rustpensioen wegens lichamelijke ongeschiktheid.

De ontvankelijkheid van het beroep en de rechtsmacht van de Raad van State

2.1. Verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord onder een hoofding “nopens de ontvankelijkheid - rechtens vereiste belang” op, dat de deputatie enkel heeft vastgesteld dat aan de wettelijke voorwaarden om ambtshalve een definitief pensioen te verkrijgen wegens lichamelijke ongeschiktheid werd voldaan. Het is de arbeidsgeneeskundige dienst van de FOD Volksgezondheid die heeft beslist dat verzoeker definitief ongeschikt werd verklaard om op normale en regelmatige wijze zijn werkzaamheden te vervullen doch dat hij nog wel geschikt was om tewerkgesteld te worden in een buitendienst en dit in samenspraak met de bevoegde arbeidsgeneeskundige dienst. Dit betreft geen besluit van de deputatie.

Verwerende partij merkt op dat verzoeker geen beroep heeft aangetekend tegen voormelde beslissing en zich hiermee akkoord heeft verklaard. Het is voor verwerende partij “een gegeven” dat door de dienst personeel voor de betrokkene geen oplossing werd gevonden ten einde hem een andere, aan zijn mogelijkheden aangepaste, tewerkstelling te geven die de goedkeuring kon wegdragen van de arbeidsgeneesheer. De poging die destijds werd ondernomen om een toezichtfunctie op werken te geven op het provinciaal domein te Kessel-Lo kon evenmin voor een oplossing zorgen, daar deze tewerkstelling reeds na drie dagen diende verbroken te worden gelet op het negatief medisch advies van de arbeidsgeneesheer. De verzoekende partij haalt ook nergens in zijn verzoekschrift ook maar één voorbeeld van een vacante of open geschreven functie aan die hij zou kunnen uitoefenen, gelet op zijn medische situatie : hij stelt wat dit betreft enkel dat hij aan de arbeidsgeneesheer de vraag zou hebben gesteld om zijn werkzaamheden voltijds of deeltijds te mogen hervatten; feit is dat er klaarblijkelijk geen geschikte aangepaste functie voorhanden was.

Dientengevolge heeft de deputatie volgens verwerende partij enkel kunnen vaststellen dat aan de wettelijke voorwaarden werd voldaan en dat naar aanleiding van de beslissing van de inspecteur-geneesheer van de pensioencommissie van de administratieve gezondheidsdienst van het ministerie van Sociale Zaken, Volksgezondheid en Leefmilieu, verzoeker, vast benoemd bestuurssecretaris industrieel ingenieur met een volledige betrekking aangewezen bij de directie infrastructuur, met ingang van 1 juli 2004 toegelaten is tot het definitief vroegtijdig rustpensioen wegens lichamelijke ongeschiktheid. De deputatie heeft hierin geen beoordelingsbevoegdheid meer; zij beschikt te dien einde niet meer over enige discretionaire bevoegdheid doch enkel nog over een gebonden bevoegdheid. De definitieve oppensioenstelling vloeit voort uit de toepassing van een ambtshalve maatregel die wordt voorgeschreven door artikel 117 van de wet van 14 februari 1961 en niet uit het besluit van de deputatie van 27 mei 2004.

De vernietiging van het besluit van de deputatie van 27 mei 2004 kan volgens verwerende partij het vermeende nadeel dat verzoeker thans aanvoert, te weten het ambtshalve verkrijgen van een definitief pensioen wegens lichamelijke ongeschiktheid, niet ongedaan maken. De administratieve toestand vloeit voort uit een zuivere toepassing van de federale wetgeving. De deputatie heeft als het ware enkel akte genomen van deze administratiefrechtelijke toestand teneinde uiteraard te kunnen zorgen voor de correcte administratieve verwerking van het rustpensioen.

De vordering dient aldus volgens verwerende partij als onontvankelijk wegens het ontbreken aan het rechtens vereiste belang te worden afgewezen.

In de laatste memorie verklaart verwerende partij in de exceptie te volharden, waarbij zij andermaal onderstreept dat verzoeker te dezen geen beroep heeft ingesteld tegen de beslissing van de gezondheidsdienst en de vaststellingen van die dienst dus geenszins in vraag heeft gesteld. Verzoeker stelt enkel dat hij in de buitendienst nog wel had kunnen werken, doch hier dient vastgesteld dat er geen voor verzoeker aangepaste functie beschikbaar was gedurende de alsdan voorziene periode van twaalf maanden.

2.2. Verwerende partij betwist in de opgeworpen exceptie niet het aanvechtbaar karakter van de bestreden rechtshandeling, maar wel ontzegt zij verzoeker belang bij de gevorderde nietigverklaring omdat zij nu eenmaal slechts over een gebonden bevoegdheid beschikte om verzoeker ambtshalve toe te laten tot het definitief voortijdig rustpensioen wegens lichamelijke ongeschiktheid. Zij refereert aan artikel 117, § 3, derde lid, van de wet van 14 februari 1961 voor economische expansie, sociale vooruitgang en financieel herstel, dat voorziet in de ambtshalve definitieve pensionering van de ambtenaar die binnen twaalf maanden na zijn definitieve ongeschiktverklaring met mogelijkheid van wedertewerkstelling, niet wedertewerkgesteld is geworden.

Met de bestreden beslissing wijzigt verwerende partij de rechtstoestand van verzoeker. Een personeelslid heeft er in beginsel belang bij om die wijziging, die een grievend karakter heeft, aan te vechten. Hij heeft dit belang toch niet indien zou blijken dat het bestuur tot het treffen van het besluit met dergelijke uitwerking gebonden is en, met andere woorden, de bestreden maatregel niet anders kon luiden.

Verzoeker heeft inderdaad niet de beslissing van de administratieve gezondheidsdienst aangevochten. Met die beslissing is echter niet louter vastgesteld dat hij definitief en blijvend arbeidsongeschikt is en ongeschikt voor elke functie. Volgens de medische gezondheidsdienst vervulde verzoeker integendeel niet de voorwaarden om vroegtijdig gepensioneerd te worden, is hij wel definitief ongeschikt om zijn werkzaamheden op normale wijze te vervullen maar is hij nog geschikt om tewerkgesteld te worden in buitendienst. Die beslissing had

tot gevolg dat verzoeker wel na een termijn van een jaar gepensioneerd zou worden, op voorwaarde evenwel dat de wedertewerkstelling niet verwezenlijkt was binnen die termijn.

Over de verwezenlijking van die wedertewerkstelling bestaat nu precies het geschil tussen partijen.

Het bestuur is maar eerst gebonden om verzoeker tot de vroegtijdige pensionering toe te laten, indien het terecht heeft vastgesteld dat ook de bedoelde voorwaarde niet is vervuld en dat de situatie van verzoeker dienvolgens ingepast moet worden in de regeling van artikel 117, § 3, derde lid, van de wet van 14 februari 1961. In dat geval kan de beslissing immers niet anders luiden en heeft verzoeker bij het beroep geen belang. Verzoeker voert in het beroep evenwel aan dat die vaststelling niet naar recht is gebeurd. Hem kan niet het belang worden ontzegd dit te willen aantonen, aangezien daarmee zou blijken dat tot de vroegtijdige oppensioenstelling niet besloten mocht worden. De exceptie hangt bijgevolg samen met de grond van de zaak.

3.1. Ter terechtzitting werpt verwerende partij nog op, voor het eerst, dat de Raad van State zonder rechtsmacht is om over het beroep te oordelen. Ook weer omdat verzoeker geen beroep heeft ingesteld tegen de beslissing van de administratieve gezondheidsdienst en de definitieve oppensioenstelling voortvloeit uit de toepassing van een ambtshalve maatregel, heeft het geschil volgens verwerende partij een betwisting over het bestaan en de omvang van een subjectief recht tot voorwerp.

3.2. Zoals evenwel blijkt uit de bespreking van het tweede middel, en in het bijzonder uit wat hierna wordt overwogen *sub* 9.1. en 9.3., is er in hoofde van het bestuur wel degelijk een beoordelingsmarge en bijgevolg een discretionair optreden vereist dat een weerslag kan hebben op de beslissing. De eindbeslissing van de ambtshalve oppensioenstelling kan niet los worden gezien van de inspanningen die de overheid zich al dan niet heeft getroost om in het voorafgaande jaar de beschikbaarheid van het betrokken personeelslid te appreciëren en concreet af te wegen aan de mogelijkheden tot wedertewerkstelling. Die vaststelling volstaat om de exceptie af te wijzen.

De gegrondheid van het beroep

Eerste middel - Standpunt van de partijen

4. Verzoeker put een eerste middel uit de schending van de zorgvuldigheidsplicht door gebrek aan zorgvuldige voorbereiding en onderzoek. Hij verklaart de termijn om beroep aan te tekenen tegen de beslissing van de administratieve gezondheidsdienst te hebben laten voorbijgaan, omdat er volgens de kennisgeving aan hem gericht garantie was op een wedertewerkstelling in de buitendienst, die medisch beter geschikt was voor hem. De melding dat er een automatische oppensioenstelling wegens medische redenen zou volgen indien er geen geschikte functie zou worden gevonden binnen het jaar, was volgens verzoeker niet vermeld.

Verzoeker kan deze bijkomende vermelding niet aanvaarden en voelt zich geschonden in de rechten van verdediging omwille van het feit :

- dat er geen nieuw medisch onderzoek nodig was om de definitieve oppensioenstelling uit te spreken, de definitieve vroegtijdige oppensioenstelling is toegelaten wegens lichamelijke ongeschiktheid en deze lichamelijke ongeschiktheid nooit is vastgesteld nu verzoeker nog geschikt bevonden is om tewerkgesteld te worden in de buitendienst, de lichamelijke ongeschiktheid die definitief zou moeten worden vastgesteld ook in de buitendienst nooit is onderzocht, en derhalve nooit is vastgesteld;
- dat aan de provincie Vlaams-Brabant een discretionaire bevoegdheid werd gegeven om de ambtshalve oppensioenstelling te verkrijgen, nu zij geen enkele moeite heeft gedaan om een functie in de buitendienst mogelijk te maken. Er mag volgens verzoeker worden verwacht dat het bestuur dergelijke beslissing zorgvuldig voorbereidt en een degelijk voorafgaandelijk onderzoek doet naar de mogelijkheden om hem onder de voorwaarden die door het bevoegde medische overheidsorgaan zijn gesteld te werk te stellen. De beslissing is genomen zonder dat hij enige tewerkstellingsmogelijkheid heeft gekregen die beantwoordt aan deze voorwaarden.

Verzoeker noemt zich een speelbal van de administratie die geen enkele zorgvuldigheid aan de dag legde tegenover haar ambtenaar en wel integendeel rustig het einde van het lopende jaar afwachtte om de ambtshalve beslissing te laten ingaan.

In de memorie van wederantwoord voegt verzoeker hier nog aan toe dat het feit dat hij de bijlage voor akkoord heeft ondertekend niet aantoonde dat hij kennis heeft genomen van de volledige tekst van die bijlage.

5. Volgens verwerende partij gaat verzoeker er onterecht van uit dat de deputatie in deze vrij kon oordelen omtrent de vraag of betrokkene al dan niet vervroegd op pensioen zou worden gesteld. De deputatie beschikt volgens haar niet over deze opportuniteitsbevoegdheid. De deputatie beschikt in deze over een zuivere gebonden bevoegdheid en kon dan ook wat de motivering betreft enkel verwijzen naar de beslissing van de inspecteur-geneesheer van de administratieve gezondheidsdienst als tevens naar de toepasselijke regelgeving waarin wordt gesteld dat bij het verstrijken van een termijn van twaalf maanden die een aanvang neemt op de datum waarop de betrokkene kennis is gegeven van de definitieve beslissing waarbij hij ongeschikt wordt verklaard voor de uitoefening van zijn ambt doch geschikt verklaard blijft voor de uitoefening van een ander ambt bij wijze van weder-tewerkstelling, en niet wedertewerkgesteld werd, hij ambtshalve een definitief pensioen wegens lichamelijke ongeschiktheid verkrijgt dat ingaat op de eerste dag van de maand die volgt op het verstrijken van de voormelde termijn.

Gegeven het feit dat er geen wedertewerkstelling is gebeurd in de buitendienst binnen de voorziene periode van twaalf maanden is betrokkene definitief op pensioen gesteld. Dit is een zuiver gevolg van de niet door verzoeker bestreden vaststellingen van de administratieve gezondheidsdienst die onder de bevoegdheid vallen van de FOD Volksgezondheid en van de door de wet voorgeschreven verjaringstermijn. Dientengevolge had verzoeker de zekerheid dat hij zijn pensioen kan genieten zo de overheid-werkgever er niet in slaagt om hem opnieuw tewerk te stellen binnen de voorziene termijn van twaalf maanden.

Hierbij merkt verwerende partij op dat de bemerkingen van verzoeker alsof hij onvoldoende zou ingelicht geweest zijn door de FOD Volksgezondheid omtrent de beroepsmogelijkheden niet strookt met de inhoud van het schrijven van de administratieve gezondheidsdienst, en geen repercussies heeft op de thans bestreden beslissing.

De deputatie kon aldus enkel vaststellen dat de voorwaarden voor de ambtshalve pensionering vervuld waren. Zij heeft uitdrukkelijk verwezen naar voormeld besluit van de administratieve gezondheidsdienst, naar het feit dat de

betrokkene van deze beslissing in kennis werd gesteld bij brief van 17 juni 2003 en tegen voormeld besluit geen beroep heeft aangetekend binnen de wettelijk voorziene termijn van dertig dagen, dat de regelgeving voorschrijft dat betrokkene in voorkomend geval binnen twaalf maanden wedertewerkgesteld dient te worden, dat zulks niet is kunnen gebeuren zodanig dat, conform de wettelijke voorschriften terzake de betrokkene ambtshalve, zonder nieuw medisch onderzoek door de administratieve gezondheidsdienst, het definitief pensioen verkrijgt. De deputatie heeft aldus wel degelijk met de nodige zorgvuldigheid het dossier voorbereid.

Verwerende partij citeert nog het auditoraatsverslag in de schorsingsprocedure, dat besloot dat het eerste middel niet ernstig was, en op grond waarvan het volgens verwerende partij nu ook als ongegrond moet worden afgewezen.

In haar laatste memorie betoogt verwerende partij nog dat de bewijslast inzake het voorhanden zijn van een geschikte betrekking niet bij de overheid is gelegd door de wetgever. Dan zou aan de wet een bijkomende voorwaarde worden toegevoegd, aldus verwerende partij, mocht artikel 117, § 3, van de wet van 14 februari 1961 geen toepassing vinden zo de overheid niet zou aantonen al het mogelijke te hebben gedaan om een wedertewerkstelling te kunnen realiseren. Zij stelt in deze dat een wedertewerkstelling in een buitendienst niet mogelijk was; zij zou het bewijs uit het ongerijmde moeten leveren zo zij dit zou dienen aan te tonen. Het staat aan verzoeker om het tegendeel hiervan aan te tonen. Hij geeft evenwel geen enkel bewijskrachtig gegeven dat er wel degelijk een aangepaste vacante functie in buitendienst ter beschikking was en dat het bestuur zou hebben nagelaten om hem desondanks weder tewerk te stellen. Verzoeker heeft op geen enkel ogenblik enige inspanning geleverd -buiten de eventuele vraag aan de arbeidsgeneesheer- om te weten te komen welke functies er binnen de provincie al dan niet vacant waren en welke hiervan in aanmerking zouden kunnen komen voor een wedertewerkstelling. Verwerende partij heeft deze inspanning wél geleverd, in 2001, doch deze tewerkstelling in het provinciaal domein te Kessel-Lo werd reeds na drie dagen verbroken omdat de controlegeneesheer het medisch niet verantwoord achtte. Verzoeker spreekt ook niet tegen dat het zoeken naar geschikte tewerkstelling in buitendienst werd vertraagd en er diende gewacht te worden op een duidelijke aflijning van de openstaande functies na reorganisatie.

Beoordeling

6. Zoals is aangegeven in het feitenrelaas, verklaart verzoeker op 10 juli 2003 akkoord te gaan met de beslissing van 17 juni 2003 van de pensioencommissie, door de ondertekende bijlage 1 bij die beslissing terug te sturen. In die door verzoeker ondertekende “bijlage 1: een woordje uitleg bij de beslissing A4”, wordt onder meer gesteld wat volgt :

“De beslissing A4 houdt in dat u definitief ongeschikt bent om uw normale werk op regelmatige wijze te vervullen. U bent nog wel geschikt voor aangepast werk, dat eventueel ook bepaald kan worden door de Arbeidsgeneeskundige Dienst waarbij uw bestuur is aangesloten. (U moet hiervoor dan zelf wel het initiatief nemen om naar uw werk te gaan en de Arbeidsgeneeskundige Dienst te contacteren.)

Indien dit aangepast werk niet voorhanden is, blijft u verder in ziekteverlof dat verantwoord moet worden door een medisch getuigschrift. Let op: indien uw wedertewerkstelling NIET verwezenlijkt is binnen een termijn van één jaar na dit schrijven, zal u vanaf dat tijdstip om medische redenen gepensioneerd worden.

Dit pensioen wordt aan u ambtshalve, dus zonder nieuw medisch onderzoek verleend.

Deze regeling geschiedt in toepassing van het art. 86 § 2, 2 van de wet van 15/05/1984 die maatregelen tot harmonisering in de pensioenregeling inhoudt”.

De grief van verzoeker dat hem niet zou zijn meegedeeld dat hij automatisch en zonder nieuw medisch onderzoek gepensioneerd zou worden indien hij niet binnen het jaar tewerkgesteld was in een voor hem geschikte beslissing, dat dit onzorgvuldig is en zijn rechten van verdediging schendt, mist dan ook feitelijke grondslag. De stelling van verzoeker, in de memorie van wederantwoord, dat deze ondertekening voor akkoord enkel bevestigt dat hij akkoord is gegaan met de beslissing, maar dat dit niet aantoont dat hij kennis genomen heeft van de volledige tekst van de bijlage, is niet ernstig. Wanneer verzoeker de bijlage voor akkoord ondertekent zonder kennis te nemen van de volledige tekst van dat document, dan handelt hij zelf onzorgvuldig. Van enige onzorgvuldigheid in hoofde van verwerende partij is dan ook geen sprake.

7. De aangehaalde mededeling geeft ook correct de regeling weer als bedoeld in meervermeld artikel 117, § 3, derde lid, van de wet van 14 februari 1961, waar ze er op wijst dat bij gebrek aan wedertewerkstelling binnen de gestelde termijn het pensioen “ambtshalve” wordt verleend, en dus geen nieuw medisch onderzoek meer volgt.

Artikel 117, § 3, derde lid, van de wet van 14 februari 1961 voor economische expansie, sociale vooruitgang en financieel herstel, zoals vervangen bij wet van 21 mei 1991, bepaalt wat volgt :

“Indien de betrokkene bij het verstrijken van een termijn van twaalf maanden die een aanvang neemt op de datum waarop hem kennis is gegeven van de definitieve beslissing waarbij hij ongeschikt wordt verklaard voor de uitoefening van zijn ambt doch geschikt verklaard blijft voor de uitoefening van een ander ambt bij wijze van wedertewerkstelling, niet wedertewerkgesteld werd, verkrijgt hij ambtshalve een definitief pensioen wegens lichamelijke ongeschiktheid dat ingaat op de eerste dag van de maand die volgt op het verstrijken van de voormelde termijn”.

De niet-wedertewerkstelling binnen de bedoelde termijn van twaalf maanden is de enige en voldoende voorwaarde voor het definitief en ambtshalve verkrijgen van het pensioen, zonder dat nog moet of mag worden nagegaan door een nieuw medisch onderzoek of de betrokkene al dan niet geschikt is voor een wedertewerkstelling in een ander ambt. Dit werd immers reeds vastgesteld in de beslissing van de administratieve gezondheidsdienst van 17 juli 2003.

In die context kan verwerende partij geen onzorgvuldigheid tegengeworpen worden omdat zij geen nieuw medisch onderzoek heeft laten uitvoeren. Ook in zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

8. Door artikel 86 van de wet van 15 mei 1984 houdende maatregelen tot harmonisering in de pensioenregelingen werd in artikel 117 van de wet van 14 februari 1961 de regel ingevoerd dat, indien de overheid waarvan de betrokkene afhangt, bij het verstrijken van een termijn van twaalf maanden die een aanvang neemt vanaf de datum waarop hem kennis is gegeven van de in kracht van gewijsde gegane beslissing waarbij hij ongeschikt wordt verklaard voor de uitoefening van zijn ambt doch geschikt verklaard blijft voor de uitoefening van een ander ambt bij wijze van wedertewerkstelling, verklaart dat het niet mogelijk is geweest om hem weder tewerk te stellen, hem het pensioen wegens ongeschiktheid ambtshalve wordt verleend.

Bij artikel 42, 2/, van de wet van 21 mei 1991 houdende diverse wijzigingen aan de wetgeving betreffende de pensioenen van de openbare sector werd die regel vervangen door de hiervoor geciteerde bepaling, met andere woorden, werd de verklaring van de overheid betreffende de onmogelijkheid van wedertewerkstelling afgeschaft.

Zoals de Raad van State reeds in tal van arresten heeft overwogen, zo bijvoorbeeld reeds in het arrest Floreal, nr. 51.996 van 7 maart 1995 en meer recent nog in het arrest Brams, nr. 138.838 van 23 december 2004, werd artikel 86 van de wet van 15 mei 1984 aangenomen teneinde een oplossing te zoeken voor het feit dat het Rekenhof opmerkingen maakte over de pensionering wegens lichamelijke ongeschiktheid van personen die niet definitief ongeschikt waren verklaard voor elke functie en heeft de wetgever ingevolge de afschaffing van die verklaring betreffende de onmogelijkheid van wedertewerkstelling bij de wet van 21 mei 1991 also een soort vermoeden van volledige ongeschiktheid voor elke andere functie ingevoerd dat steunt op het feit van na één jaar nog niet wedertewerkgesteld te zijn, waarbij indien er na één jaar nog geen geschikt werk kon worden aangeboden, aangenomen mag worden dat er voor de betrokkenen geen geschikt werk meer kan worden gevonden.

Het kan daarbij bezwaarlijk de bedoeling zijn geweest de betrokkenen in dienst te houden zolang zij fysiek geschikt worden geacht om een bepaalde betrekking waar te nemen, doch zonder dat hen zulk een binnen het kader vrijgekomen betrekking kan worden aangeboden; ambtenaren moeten immers niet buiten elke reglementaire betrekking om in dienst worden gehouden.

Verzoeker vergist zich dan ook als hij in de beslissing van de administratieve gezondheidsdienst een “garantie” leest op tewerkstelling in buitendienst. Een statutair personeelslid in overheidsdienst kan slechts tewerkgesteld worden voor zover er een in het personeelskader opgesomde betrekking vrij is. Artikel 117 van de wet van 14 februari 1961 houdt geenszins in dat een personeelslid in dienst gehouden moet worden wanneer hij door de administratieve gezondheidsdienst fysiek geschikt wordt geacht om een andere, aan zijn gezondheidstoestand aangepaste, betrekking waar te nemen. Dat zal enkel het geval zijn indien hem binnen een termijn van één jaar een dergelijke, binnen het kader vrijgekomen, betrekking kan worden aangeboden.

9.1. Het kan daarbij evenwel niet de bedoeling zijn geweest dat de overheid de termijn van één jaar gewoonweg zou laten verstrijken, al was het maar omwille van de op haar rustende verplichting tot zorgvuldig handelen: de overheid dient gedurende dat jaar te onderzoeken of de mogelijkheid bestaat om de betrokkene onder de door de administratieve gezondheidsdienst gestelde voorwaarden weder tewerk te stellen.

De *in casu* toegepaste bepaling dient dan ook te moeten worden gelezen in die zin dat, indien er na één jaar nog geen geschikt werk kon worden aangeboden -hetgeen veronderstelt dat de overheid gedurende dat jaar onderzoekt of de mogelijkheid bestaat om betrokkene onder de door de gezondheidsdienst gestelde voorwaarden te werk te stellen- aangenomen mag worden dat er voor hem geen geschikt werk meer kan worden gevonden.

Een dergelijke beoordeling vergt een concrete appreciatie van de tewerkstellingsmogelijkheden van het betrokken personeelslid -eventueel in overleg met de geneeskundige dienst- en van de inpassing ervan in de gedurende het bedoelde jaar beschikbare betrekkingen.

9.2. Te dezen heeft verwerende partij in de bestreden beslissing louter het vervuld zijn van de voorwaarde vastgesteld, waar zij in het gedeelte “bespreking” overweegt dat verzoeker ambtshalve wordt gepensioneerd :

“Aangezien de belanghebbende binnen de termijn van 1 jaar na de mededeling van de beslissing van 17 juli 2003 niet tewerkgesteld kon worden onder bovenvermelde voorwaarden [...]”.

9.3. Hiervoor is reeds uiteengezet dat de toepasselijke regelgeving aan de betrokkene geen recht op wedertewerkstelling verleent. Nog minder is het bestuur er toe verplicht “al het mogelijke” te doen om de wedertewerkstelling te “realiseren”.

Met verwerende partij wordt ook meegegaan waar zij betoogt dat van haar niet mag worden gevergd in deze procedure een negatief bewijs te leveren van de ontstentenis van passende betrekkingen in de buitendienst.

Wel mag van een zorgvuldig handelend bestuur worden verwacht dat het minimale pogingen onderneemt om effectief na te gaan welke mogelijkheden voor wedertewerkstelling al dan niet bestaan. Het bestuur heeft immers zicht op haar personeelskader, op de vacante betrekkingen en op de functiebeschrijvingen van die betrekkingen. Louter stilzitten en wachten totdat twaalf maanden zijn verstreken om te kunnen vaststellen dat de betrokkene niet weder te werk gesteld is, is uit den boze, want dan zou het bestuur, zoals reeds overwogen *sub* 8.1., de elementaire plicht tot zorgvuldig handelen miskennen.

9.4. De betrokkene die op wedertewerkstelling uit is, mag echter ook zelf niet passief blijven : zoals verzoeker kon lezen op de hiervoor geciteerde en door hem ondertekende bijlage “moet [hij] hiervoor dan zelf wel het initiatief nemen om naar [zijn] werk te gaan en de Arbeidsgeneeskundige Dienst te contacteren”. De betrokkene die definitief ongeschikt is verklaard voor de uitoefening van zijn ambt moet in de eerste plaats zelf het initiatief nemen om van zijn interesse in een wedertewerkstelling en zijn bereidheid tot aangepast werk te doen blijken. Wanneer het bestuur vervolgens aantoonbaar wel degelijk niet te hebben stilgezeten en redelijke inspanningen gedaan te hebben die evenwel zonder resultaat zijn gebleven, valt het aan het personeelslid toe om, door welbepaalde vacante betrekkingen aan te wijzen, te bewijzen dat het onderzoek niet deugdelijk was gevoerd.

9.5. Toegepast op de voorliggende zaak stelt de Raad van State vast dat verzoeker weliswaar verklaart “quasi elke maand” initiatief te hebben genomen om via de arbeidsgeneesheer om hervatting van zijn werk te verzoeken. Evenzeer evenwel verklaart verzoeker in zijn brief van 19 juni 2004 dat de arbeidsgeneesheer hem wees op de reorganisatie van de diensten en “dat [verzoeker] hiervoor alle begrip had”. Verzoeker -die reeds gedurende een negental jaren wegens ziekte geen arbeidsprestaties had verricht- verkoos dus tijdens het lopende jaar om zelf passief te blijven. Hij heeft op geen enkel ogenblik “zelf wel het initiatief [genomen] om naar [zijn] werk te gaan”, minstens om de deputatie aan te schrijven over zijn eventuele wens tot wedertewerkstelling. Tegen verwerende partij, die overigens eerder reeds een mislukte poging had ondernomen tot wedertewerkstelling van verzoeker, kan thans geen onzorgvuldige voorbereiding van het dossier worden aangevoerd, nu zij door verzoeker niet minimaal aangepord werd om de concrete wedertewerkstellingsmogelijkheden nader te onderzoeken. Gelet op het lijdzaam blijven van verzoeker, kan het middel ook in zoverre niet worden aangenomen.

10. Het middel is in zijn geheel ongegrond.

Tweede middel - standpunt van de partijen

11. Het tweede middel is geput uit de schending van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van de bestuurshandelingen en van de materiële motiveringsplicht. Verzoeker argumenteert dat uit de vermeldingen en overwegingen die voorkomen in de bestreden beslissing geenszins kan worden

afgeleid of verwerende partij het nodige heeft gedaan om hem een tewerkstelling aan te bieden die aan de voorwaarden kon voldoen.

12. Verwerende partij antwoordt dat de vraag of zulk een functie al voorhanden is en of verzoeker aldus wedertewerkgesteld kan worden afhankelijk is van de mogelijkheden van de werkgever en van de betrokkene en van de goedkeuring van de arbeidsgeneesheer, dat in deze verzoeker de voorheen aangeboden functie op de buitendienst reeds na drie dagen heeft dienen te staken juist op advies van de inspecteur-geneesheer, dat de werkgever geen fout begaat zo er geen aangepaste functie voorhanden is, dat de werkgever niet verplicht kan worden om bijkomende functies te creëren ten einde de tewerkstelling van verzoeker te garanderen en dat verzoeker binnen de wettelijk voorziene periode van twaalf maanden niet kon worden wedertewerkgesteld. De nodige motieven die aan de grondslag liggen van de thans bestreden beslissing zijn volgens verwerende partij in het besluit zelf weergegeven.

Beoordeling

13. Om te voldoen aan de formele-motiveringsplicht moeten niet de “motieven van de motieven” in de beslissing worden vermeld. De in het bestreden besluit opgenomen formele motivering dat verzoeker binnen een termijn van één jaar niet tewerkgesteld kon worden onder de door de administratieve gezondheidsdienst vermelde voorwaarde houdt in dat er -althans volgens verwerende partij- geen binnen het kader vrijgekomen geschikte betrekking kon worden aangeboden. Opsommen welke onderzoeken zij daarvoor heeft ondernomen is niet vereist om verzoeker in staat te stellen de motivering van het besluit te begrijpen en, desgevallend, het motief in rechte te betwisten. Uit de bespreking van het eerste middel volgt voorts dat verzoeker er niet toe is gekomen aannemelijk te maken dat die motivering inhoudelijk niet draagkrachtig is. Met de toelichting van het tweede middel voegt verzoeker daar niets aan toe dat tot een ander besluit moet leiden.

Het middel faalt.

Derde middel - uiteenzetting van verzoeker

14. Het derde middel is geput uit machtsafwendings. Het wordt in het inleidend verzoekschrift als volgt toegelicht :

“Verzoeker voelde zich reeds benadeeld door het feit dat bij als enige ingenieur na de splitsing van de provincie, werd overgeheveld van de technische dienst wegen en onbevaarbare waterlopen naar de technische gebouwendienst waar hij geen enkele specialisatie voor had.

Het betrof evenwel een tijdelijke tewerkstelling, volgens de mededeling van de Provincie dd 21.12.1994, en verzoeker die een positieve ingesteldheid heeft, heeft deze tijdelijke opdracht aanvaard en er zich volledig voor ingezet zoals blijkt uit de feitelijke uiteenzetting.

Nochtans moet hij vaststellen dat er sindsdien geen enkel ander aanbod is gedaan, zodat verzoeker zich niet kan ontdoen van het gevoel dat de Provincie hem niet meer in zijn oorspronkelijke functie wenste in te zetten.

Thans moet verzoeker vaststellen dat de medische beslissing door de Provincie Vlaams Brabant is aangewend om de ambtshalve oppensioenstelling van verzoeker mogelijk te maken.

Er is nooit enige mededeling aan verzoeker gedaan met betrekking tot de termijn van 1 jaar waarbinnen aan de gestelde voorwaarden moet worden voldaan, en er is evenmin een voorstel tot invulling van deze voorwaarden gedaan.

Verzoeker heeft dit in zijn verzetschrijven tegen de beslissing duidelijk verwoord :

Quasi elke maand heeft dokter Carton mij opgeroepen. Dit was mijn enige contactpersoon met het provinciebestuur. Telkens heb ik hem gevraagd om mijn werkzaamheden vol- of deeltijds te mogen hervatten. Op dit verzoek heeft niemand gereageerd, Volgens de dokter had men het steeds te druk, o.m. met verhuis, reorganisatie van de diensten, kandidatuurstellingen van het ambt van griffier, enz .. Ik had hiervoor alle begrip.

Na de beslissing tot oppensioenstelling besluit hij : . . Nu is duidelijk dat het hier een doelbewuste, gewilde strategie betrof tot gemakkelijke uitsluiting van een vastbenoemd ambtenaar met een onberispelijke staat van dienst.

Deze reactie van verzoeker is ingegeven door het feit dat hij na 1 jaar werd geconfronteerd met een ambtshalve oppensioenstelling daar waar hij door de medische dienst nog geschikt werd bevonden om te worden tewerkgesteld onder bepaalde voorwaarden, doch de vervulling van deze voorwaarden in handen was van de Provincie zonder enige inspraak van verzoeker.

Door aldus te handelen wendt de Provincie haar bevoegdheid af van het doel”.

Beoordeling

15. Wie machtsafwendings aanvoert, moet daartoe voldoende ernstige, welbepaalde en overeenstemmende vermoedens aandragen waaruit kan worden afgeleid dat andere dan rechtmatige doeleinden door het bestuur werden nagestreefd. Daarenboven, opdat van machtsafwendings sprake kan zijn, moet het ongeoorloofde oogmerk het enige doel van de bestreden beslissing zijn geweest.

16. In de uiteenzetting van het derde middel oppert verzoeker dat hij een “gevoel” heeft dat verwerende partij hem niet in zijn oorspronkelijke functie wenste in te zetten. Welnu, verwerende partij kan moeilijk om de beslissing heen die verzoeker medisch ongeschikt verklaart voor die oorspronkelijke functie. Haar “wensen” -welke die ook wezen- zijn aan die beslissing van de gezondheidsdienst ondergeschikt. Die beslissing dan weer is door verzoeker te gelegener tijd niet aangevochten, integendeel zelfs voor akkoord ondertekend, zodat hij er thans niets meer tegen in kan brengen.

Dat verzoeker niet in kennis is gesteld van de gevolgen van de beslissing van de administratieve gezondheidsdienst mist dan weer feitelijke grondslag, zoals is gebleken bij de bespreking van het eerste middel.

Verzoeker maakt geenszins aannemelijk dat het bestuur zijn bevoegdheid zou hebben misbruikt.

In een laatste memorie brengt verzoeker nog een omstandig relaas aan met betrekking tot dit derde middel. Het betreft feiten en de appreciatie van verzoeker over die feiten, welke volgens hem de Raad van State moet overtuigen tot de gegrondheid van het derde middel. Hieromtrent volstaat het vast te stellen dat het alle feiten betreffen die aan de indiening van het beroep voorafgaan en toen reeds bekend waren aan verzoeker, zodat hij ze reeds had kunnen -en moeten- integreren in de adstructie van het middel in het inleidend verzoekschrift. De uiteenzetting die verzoeker doet in de laatste memorie maakt bijgevolg een nieuwe feitelijke grondslag van het middel uit en is derhalve niet ontvankelijk.

Het middel is ongegrond.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 350 euro, komen ten laste van verzoeker.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twee juli 2009, 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.