

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 196.965 van 15 oktober 2009
in de zaak A. 155.990/XII-4270.**

In zake : Wilfried KEMPKES,
 wonende te Denderleeuw,
 Roeveld 4

tegen :

1. het VLAAMS GEWEST,
 dat woonplaats kiest bij
 advocaat B. Staelens,
 kantoor houdende te Brugge,
 Gerard Davidstraat 46, bus 1
2. de GEMEENTE DENDERLEEUEW,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat T. De Sutter,
 kantoor houdende te Gent,
 Koning Albertlaan 128.

--

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

Gezien het verzoekschrift dat Wilfried Kempkes op 27 september 2004 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit van de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering d.d. 27 juli 2004 houdende goedkeuring van het besluit van de gemeenteraad van Denderleeuw van 27 april 2004 houdende het opleggen van de terugzetting in graad aan de heer Wilfried Kempkes, administratief medewerker”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door adjunct-auditeur J. Neuts;

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

Gelet op de beschikking van 6 augustus 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 22 september 2009;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 19 november 2004 van de gemeente Denderleeuw;

Gelet op de beschikking van 18 januari 2005 die de tussenkomst van de gemeente Denderleeuw toelaat;

Gehoord het verslag van staatsraad G. van Haegendoren;

Gehoord de opmerkingen van advocaat I. Martens, die verschijnt voor verzoeker, van advocaat P.J. Staelens, die verschijnt voor de eerste verwerende partij, en van advocaat W. Lammens, die loco advocaat T. De Sutter. verschijnt voor de tweede verwerende partij;

Gehoord het advies van adjunct-auditeur J. Neuts bij beslissing van 31 oktober 2008 van de auditeur-generaal gemachtigd om ter openbare terechtzitting advies te verlenen;

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. Verzoeker is ten tijde van de bestreden beslissing statutair administratief medewerker (C 3) bij de gemeente Denderleeuw en aldaar werkzaam op de financiële dienst.

1.2. Hij is in zijn vrije tijd penningmeester van de vzw Jumelagecomité Denderleeuw.

In de loop van de maanden januari-februari 2004 komt aan het licht dat verzoeker geld dat toebehoort aan de genoemde vzw, van de rekening heeft afgehaald. Hij ondertekent op 26 februari 2004 een “schuldbekentenis en schuldverbintenis” ten behoeve van de vzw, waarin hij toegeeft een door hem op 15.500 euro geraamd bedrag, dat toebehoorde aan de genoemde vzw, te hebben aangewend voor eigen gebruik en waarin hij er zich toe verbindt “om eventuele

schulden daterend uit de periode voor 26 februari 2004, gemaakt in naam van het jumelagecomité en in [zijn] functie van penningmeester, te zullen vergoeden aan rechthebbenden”.

1.3. Wanneer het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Denderleeuw op de hoogte wordt gebracht van deze feiten, beslist het op 1 maart 2004 verzoeker bij hoogdringendheid preventief te schorsen voor de duur van vier maanden, met een inhouding van wedde van 30% en een ontzegging van de bevorderingsaanspraken en dit “in afwachting van de uitslag van het tuchtonderzoek”.

1.4. Op 2 maart 2004 stelt de gemeentesecretaris lastens verzoeker een tuchtverslag op, waarin hij voorstelt “[é]én der zware of maximum tuchtstraffen” aan verzoeker op te leggen.

1.5. Op 15 maart 2004 verschijnt verzoeker voor het college van burgemeester en schepenen in het kader van de hem opgelegde ordemaatregel van de preventieve schorsing.

Op 18 maart 2004 stort verzoeker het overeengekomen bedrag van 15.170,80 euro terug op rekening van de vzw.

Bij beslissing van 23 maart 2004 bekrachtigt de gemeenteraad van Denderleeuw de eerdere preventieve schorsing van verzoeker door het college van burgemeester en schepenen.

1.6. Bij brief van 6 april 2004 nodigt het college van burgemeester en schepenen verzoeker uit voor een hoorzitting door de gemeenteraad in het kader van de tuchtprocedure.

Op 27 april 2004 wordt verzoeker gehoord door de gemeenteraad. Uit het proces-verbaal van dit verhoor blijkt dat verzoeker afziet van de bijstand van een raadsman en dat hij geen getuigen wenst te horen. Verzoeker verklaart een ernstige fout begaan te hebben en geenszins de feiten te betwisten. Hij verontschuldigt zich tegenover de gemeenteraadsleden, verklaart dat hij tot zijn daden was gekomen om een zoon te helpen, dat hij geen stukken heeft vervalst en dat hij het volledige bedrag inclusief interesten heeft terugbetaald. Hij besluit te

weten “dat een verdere sanctie thans in handen ligt van deze gemeenteraad” en “zal [zich] daar dan ook verder naar schikken”. Vervolgens overhandigt hij een brief uitgaande van een andere zoon, die door de voorzitter van de gemeenteraad wordt voorgelezen. Hierin wordt verslag gedaan van de weerslag van het gebeuren op verzoeker en zijn familie en wordt gevraagd “om ons groen licht te geven en [de familie] de kans te bieden een stabiele toekomst op te bouwen”.

De gemeenteraad beslist vervolgens met 20 stemmen voor bij 2 stemmen tegen en 2 onthoudingen dat het opleggen van een tuchtstraf noodzakelijk is. Met 2 stemmen voor en 21 stemmen tegen en 1 onthouding wordt het opleggen van de tuchtstraf “afzetting” verworpen; in een volgende stemming wordt eveneens -met 11 stemmen voor en 13 stemmen tegen- de tuchtstraf “ontslag van ambtswege” verworpen. Uiteindelijk beslist de gemeenteraad met 15 stemmen voor bij 7 stemmen tegen en 2 onthoudingen om verzoeker de tuchtsanctie van “terugzetting in graad tot administratief assistent D1” op te leggen, en dit met ingang van 1 mei 2004.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

1.7. Met een ongedateerde en met een 24 mei 2004 gedateerde brief richten in totaal dertien gemeenteraadslieden zich tot de burgemeester. Zij dringen er op aan om de tuchtbeslissing “te schorsen wegens te weinig informatie over de voorgestelde tuchtstraf” en zij delen mee dat een klacht tot vernietiging van dit raadsbesluit werd overgemaakt aan de gouverneur. Uit onderzoek van het auditoraat blijkt dat zo een klacht niet bestaat.

1.8. Bij schrijven, aangetekend verzonden op 26 mei 2004, tekent verzoeker beroep aan bij de Vlaamse regering tegen de tuchtbeslissing.

Op 15 juli 2004 wordt verzoeker gehoord aangaande zijn beroep. Zowel verzoeker als de gemeente Denderleeuw leggen tijdens de (afzonderlijke) hoorzittingen nota's met bijlagen neer. Van die hoorzittingen worden tevens processen-verbaal opgesteld.

Bij besluit van 27 juli 2004 keurt de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering, de beslissing van 27 april 2004 van de gemeenteraad van Denderleeuw waarbij aan verzoeker de

tuchtstraf van de terugzetting in graad wordt opgelegd, goed. Hierbij overweegt hij onder meer “dat de terugzetting in graad betekent dat de betrokkene in de naast lagere graad wordt gezet; dat dit impliceert dat de schaalanciënniteit niet verrekend dient te worden; dat de gevolgen van de sanctie inderdaad mogelijk het pensioen van betrokkene kunnen beïnvloeden zonder dat dit echter een argument kan zijn om, indien de sanctie verantwoord is, ze niet toe te passen”.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

Deze beslissing wordt aan verzoeker ter kennis gebracht met aangetekende brief van 27 juli 2004 en ze wordt gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 27 augustus 2004.

Het voorwerp van het beroep en de tussenkomst

2. Gelet op de aangevoerde middelen moet het beroep geacht worden te zijn gericht tegen én het goedkeuringsbesluit van 27 juli 2004 én de goedgekeurde beslissing van 27 april 2004.

Zulks betekent overigens dat de gemeente Denderleeuw in de zaak niet hoeft tussen te komen maar integendeel ook verwerende partij is.

De gegrondheid van het beroep

3. In het inleidend verzoekschrift voert verzoeker twee vernietigingsgronden aan. Het auditoraatsverslag is beperkt tot een onderzoek van het eerste onderdeel van het eerste middel.

Standpunt van de partijen

4. Het eerste middel is geput uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de verplichting tot deugdelijke motivering van bestuurs-handelingen.

In het eerste middelonderdeel wordt toegelicht dat de gemeenteraad op het ogenblik van het nemen van de tuchtbeslissing van 27 april 2004 onwetend was omtrent de financiële gevolgen van de tuchtstraf van de

terugzetting in graad. Verzoeker leidt zulks af uit een verklaring van de secretaris tijdens de hoorzitting van 15 juli 2004 en de poging van een aantal gemeenteraadsleden om op de eerstvolgende gemeenteraadszitting bij hoogdringendheid een nieuw punt aan de agenda toe te voegen, nieuw punt dat erop gericht zou zijn het tuchtbesluit van 27 april 2004 in te trekken, en dit om reden dat die gemeenteraadsleden onvoldoende zicht hadden op de financiële impact van die tuchtstraf. Omdat niet de daarvoor vereiste tweederde meerderheid werd bereikt, werd het punt uiteindelijk niet bij hoogdringendheid op de agenda geplaatst.

Verzoeker is van oordeel dat de gemeenteraad niet met kennis van zaken over zijn zaak heeft geoordeeld, hetgeen nochtans vereist is, zodat hij daarin een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel ziet. Bijkomend doet hij gelden dat het niet in aanmerking nemen van de financiële consequenties van een tuchtsanctie ook een schending van de verplichting tot deugdelijke motivering van bestuurshandelingen inhoudt.

5. Het Vlaams Gewest antwoordt in zijn memorie van antwoord op het eerste onderdeel van het eerste middel, in essentie, dat verzoeker ervoor geopteerd heeft zich in zijn verdediging te beperken tot het bekennen van de hem ten laste gelegde feiten en er zijn spijt voor uit te drukken. Hij heeft de tuchtoverheid niet gewezen op de bijzondere weerslag die de straf van de terugzetting in graad op zijn specifieke situatie zou hebben, zodat hij achteraf de tuchtoverheid niet van enige onzorgvuldigheid kan betichten. Volgens eerste verwerende partij is er reden om toepassing te maken van het adagium *fraus omnia corrumpit*, nu verzoeker tijdens het verhoor voor de gemeenteraad zelf heeft gesteld elke mogelijke sanctie te zullen aanvaarden en nadien aan de tuchtoverheid verwijt geen rekening te hebben gehouden met elementen die hij niet aan die overheid heeft voorgelegd. Ten gronde argumenteert zij “volstrekt subsidiair” dat zij als toezichthoudende overheid heeft kunnen constateren dat een ambtenaar, die 15.000 euro heeft verduisterd, toch niet één van de maximumstraffen heeft gekregen en dat de tuchtoverheid op die manier een zeer grote verantwoordelijkheid heeft opgenomen, klaarblijkelijk vanuit de bedoeling om verzoeker een groter sociaal en persoonlijk leed te besparen. Meer bepaald is eerste verwerende partij van oordeel dat de tuchtoverheid maximaal aandacht heeft gehad voor de belangen van verzoeker, niet het minst op het vlak van zijn pensioenrechten. Dat er toch een weerslag is op verzoekers pensioenrechten, is correct : het betreft een sanctie en zonder weerslag zou het geen sanctie zijn.

6. De gemeente Denderleeuw voert in essentie aan, omtrent het eerste onderdeel, dat verzoeker slechts één element aanhaalt om tot de onzorgvuldigheid van de tuchtoverheid te besluiten en dit ene element vloeit volgens haar dan nog voort uit een unfair en deloyaal procesgedrag van verzoeker zelf. Verzoeker heeft uitdrukkelijk afgezien van de bijstand van een raadsman, het horen van getuigen en de openbaarheid van de hoorzitting en hij heeft geen enkel verweer gevoerd met betrekking tot de mogelijke tuchtstraf die hem zou worden opgelegd. Hij heeft enkel getracht -en met succes- de emotionele snaar van de gemeenteraads-leden te bespelen met een brief van zijn zoon en gevraagd om hem niet te ontslaan.

Nu ten aanzien van hem de verplichting geldt om alle elementen van de rechten van verdediging voor de tuchtoverheid zelf uit te spelen, kan die overheid bezwaarlijk worden verweten onvoldoende of geen rekening te hebben gehouden met bepaalde aspecten. Ook tweede verwerende partij verwijst naar verzoekers houding tegenover de tuchtoverheid en stelt dat die tuchtoverheid met de grootste welwillendheid rekening gehouden heeft met de belangen van verzoeker door af te zien van het opleggen van een maximumstraf. Als verzoeker wilde dat de tuchtoverheid over de financiële gevolgen van de hem opgelegde sanctie zou beraadslagen, had hij zulks aan die tuchtoverheid moeten vragen, hetgeen hij niet heeft gedaan; de tuchtoverheid is terzake niet verplicht om een en ander op eigen initiatief te onderzoeken. Verder haalt zij aan dat de tuchtoverheid wel degelijk op de hoogte was van de implicaties van de tuchtstraf, zijnde de terugzetting in graad. Dat geen van de gemeenteraadsleden heeft gevraagd naar de concrete implicaties op het financiële vlak, betekent dan weer niet dat de tuchtoverheid onzorgvuldig zou zijn geweest. De terugzetting in graad impliceert nu per definitie een aanzienlijk weddeverlies. De raadsleden die aanvankelijk bij hoogdringendheid om een heroverweging vroegen, hebben hun vergissing klaarblijkelijk zelf ingezien, nu ze hierom later, zonder hoogdringendheid, niet meer verzocht hebben.

Nu verzoeker zich ten overstaan van de gemeenteraad heeft onthouden van enige beschouwingen inzake de onevenredigheid van een mogelijke afzetting of ontslag van ambtswege, en geenszins te kennen heeft gegeven dat een terugzetting in graad onevenredige gevolgen met zich zou brengen, kan aan de tuchtoverheid ook bezwaarlijk worden verweten in de formele motivering van de tuchtstraf niet te zijn ingegaan op dit element.

7. In de memorie van wederantwoord repliceert verzoeker dat hij tijdens het verhoor nog niet wist welke van de zware of maximumstraffen hem zou worden opgelegd zodat hij ook niet kon reageren op de zwaarte van de uiteindelijk opgelegde straf. Toch diende de keuze van de gemeenteraad voor de concreet opgelegde straf deugdelijk te zijn gemotiveerd en het gevolg te zijn van een zorgvuldig onderzoek van de impact van die straf op het betrokken personeelslid. Verzoeker wijst op het feit dat een meerderheid van de gemeenteraadsleden achteraf heeft gevraagd om dit punt opnieuw te agenderen bij hoogdringendheid. Het toont volgens hem aan dat de gemeenteraad niet op de hoogte was van de financiële impact en zodoende geen correcte en volledige informatie ontving.

Beoordeling

8. In het besproken middelonderdeel verwijt verzoeker het bestuur niet dat de straf onevenredig is in verhouding tot de gepleegde feiten. Wel betoogt hij dat het bestuur onzorgvuldig heeft gehandeld door tot een tuchtbeslissing te zijn gekomen zonder inzicht in alle relevante gegevens.

9. Verzoeker heeft tijdens zijn verhoor door de gemeenteraad nagelaten enig verweer ten gronde te voeren - en hij heeft zich bijgevolg ook niet uitdrukkelijk verdedigd met betrekking tot de op te leggen sanctie. Verwerende partijen leiden hieruit af dat verzoeker deze grief voor de Raad van State niet meer op ontvankelijke wijze kan aanvoeren.

De houding van een bestuurde die nalaat in de loop van de tuchtprocedure bepaalde rechten te doen gelden, kan inderdaad consequenties hebben voor de ontvankelijkheid van bepaalde grieven in een later stadium van die procedure of in het beroep bij de Raad van State. Dit betekent echter niet dat een personeelslid dat -zoals verzoeker- bij de tuchtoverheid schuld erkent, verklaart te weten “dat een verdere sanctie thans in handen ligt van deze gemeenteraad” en besluit met de woorden “Ik zal mij daar dan ook verder naar schikken”, hierdoor alleen reeds zonder élk verhaal is tegen de straf die hem eventueel wordt opgelegd. Een personeelslid dat alzo het hoofd buigt voor de tuchtoverheid, geeft daarmee aan die overheid geen vrijbrief tot willekeur en mag er nog steeds van uit gaan dat de sanctie die hem vervolgens wordt opgelegd door die tuchtoverheid op zorgvuldige wijze wordt vastgesteld. De concrete houding van verzoeker ten overstaan van de

tuchtoverheid ontzegt hem bijgevolg niet *ipso facto* het belang om het eerste middelonderdeel te doen gelden.

10. Ten gronde evenwel moet worden vastgesteld dat verzoeker die onzorgvuldigheid enkel hierin gelegen ziet, dat de tuchtoverheid de implicaties van de opgelegde straf niet correct zou hebben ingeschat.

Die stelling kan de Raad van State niet bijvallen.

Vastgesteld moet immers worden dat de gemeenteraad, om tot de bestreden tuchtsanctie te komen, drie stemmingen heeft gehouden waarbij hij achtereenvolgens de afzetting en het ontslag als sanctie heeft verworpen om dan uiteindelijk tot de terugzetting in graad te besluiten. De gemeenteraad heeft dus de zwaarste straffen niet willen opleggen, waarvan verzoeker in de memorie van wederantwoord alvast zelf schrijft dat de financiële impact “als zijnde evident” kan worden beschouwd. De Raad van State ziet niet in waarom de impact van de terugzetting in graad niet even evident zou zijn. Het is een van de zware straffen, bepaald in artikel 283 van de nieuwe gemeentewet. Het tuchtverslag van de gemeentesecretaris waarin toelichting wordt gegeven bij elk van de mogelijke tuchtstraffen preciseert overigens dat terugzetting in graad “bestaat in de toekenning van een graad waaraan een lagere weddenschaal verbonden is of die in de hiërarchie een lagere rang inneemt”. De tuchtoverheid wordt verondersteld te weten dat een terugzetting in graad van een van haar personeelsleden dat personeelslid financieel bestraft, zowel onmiddellijk als op langere termijn op vlak van verminderde loopbaankansen en in voorkomend geval ook uiteindelijke pensioenrechten. Tijdens het verhoor op 15 juli 2004 heeft de secretaris overigens -en enkel- bevestigd “dat de raadsleden niet gevraagd hebben naar de concrete financiële implicaties van de opgelegde sanctie”. Uit het verloop van de stemming blijkt dat de gemeenteraad verzoeker een zware sanctie heeft willen besparen door hem toch in dienst te houden, wat ervan doet blijken dat de consequenties van elk van die sancties -ook de financiële- door de gemeenteraad in rekening zijn genomen.

Voor zover de gemeenteraad met méér rekening had moeten houden dan wat geacht moet worden het vanzelfsprekende en inherente gevolg te zijn van de sanctie “terugzetting in graad” op de administratieve en geldelijke rechtspositie van verzoeker, valt de Raad voorts de verwerende partijen bij. Dan immers gaat het om de specifieke, concrete gevolgen van de beslissing op

welbepaald verzoeker in zijn persoonlijke context en viel het aan verzoeker toe om het bestuur daar uitdrukkelijk op te wijzen. Hij heeft dat niet gedaan, en kan er naderhand bij de toeziende overheid of thans voor de Raad van State niet meer mee voor de dag komen.

Dat een aantal gemeenteraadsleden -zelfs een meerderheid- naderhand brieven schrijft aan de burgemeester, is niet van aard om de wettigheid van de eerder genomen beslissing in het gedrang te brengen. Het is overigens opvallend dat die briefwisseling net niet is gevolgd door een klacht bij de gouverneur en evenmin door een intrekking van het besluit, wat immers tot aan de sluiting van de debatten in deze zaak mogelijk bleef.

Enig onzorgvuldig handelen door de tuchtoverheid is niet aangetoond. Er was voor de toeziende overheid dan ook geen reden om op die grond tegen het tuchtbesluit op te treden. Het middelonderdeel faalt.

11. Het middelonderdeel maakt niet de oplossing van het geschil mogelijk. Er is reden tot aanvullend onderzoek.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De debatten worden heropend.

Artikel 2.

Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt ermee belast het onderzoek van de zaak verder af te doen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
vijftien oktober 2009, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH. D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
J. LUST,	staatsraad,
G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.