

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 197.337 van 27 oktober 2009
in de zaak A. 165.166/IX-5001.**

In zake : Dirk DE BUCK,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. LINDEMANS,
kantoor houdend te BRUSSEL,
Keizerslaan 3

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van
Landsverdediging.

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

Gezien het verzoekschrift dat Dirk DE BUCK op 16 augustus 2005 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de Algemene Directie Human Ressources van het Ministerie van Landsverdediging van 1 juli 2005 waarbij hij met ingang van 1 september 2005 wordt “vervangen” in de functie van “Installation Safety Officer”;

Gelet op het arrest nr. 151.789 van 28 november 2005 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt verworpen;

Gezien het verzoek tot voortzetting van de rechtspleging ingediend op 28 december 2005 door de verzoeker;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur G. DE BLEECKERE;
RE;

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

Gelet op de beschikking van 7 april 2009 waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 18 mei 2009;

Gehoord het verslag van staatsraad B. THYS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat T. EYSKENS die, loco advocaat D. LINDEMANS, verschijnt voor de verzoeker, en van luitenant-kolonel militair administrateur A. DE DECKER, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur G. DE BLEECKERE;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT :

Feiten

1.1. Op het ogenblik van de bestreden beslissing maakt de verzoeker deel uit van het kader van de aanvullingsofficieren van de Krijgsmacht. Hij is bekleed met de graad van kapitein-commandant.

1.2. Met een nota van 25 juni 2001 betreffende “vacante betrekkingen in internationale staven en organismen voor Offr in 2002-2003” doet de staf van de landmacht een oproep aan de officieren van de landmacht om zich kandidaat te stellen voor de in bijlage van de nota vermelde functies. Eén van die functies is de betrekking van “Installation Safety Officer” bij de Supreme Headquarters Allied Powers Europe (hierna: SHAPE), het centrale commandocentrum van de militaire troepen van de NAVO.

In de hoofding van die nota wordt verwezen naar “Instr JSP-A/ALGEM 018 van 18 Jul 96”. Dit betreft een instructie met als onderwerp “Algemene principes inzake het beheer en de opvolging van het militair personeel tewerkgesteld in de I- en J-organismen”, waarbij “I-organismen” staat voor “intergeallieerde organismen”. Volgens deze instructie is, in het geval van een

mutatie van een officier naar een I-organisme, de duur van de dienstbeurt voor officieren in de regel drie jaar.

1.3. Na zich voor de functie van “Installation Safety Officer” bij SHAPE kandidaat te hebben gesteld, wordt de verzoeker op 2 september 2002 naar SHAPE gemuteerd.

Volgens de verzoeker, hierin niet tegengesproken door de verwerende partij, was hij voordien Commandant Staf en Diensten Batterij van het Rijdende Artilleriebataljon, en bestaan die Staf en Diensten thans niet meer ingevolge de herstructurering van de strijdkrachten.

1.4. Met een nota van 11 augustus 2004 betreffende “vacante betrekkingen in internationale staven en organismen voor Offr in 2005” doet de Algemene Directie Human Resources (hierna: DGHR) een oproep aan de officieren van het Departement Defensie om zich kandidaat te stellen voor de in bijlage van de nota vermelde functies. Eén van die functies is de op dat ogenblik door de verzoeker beklede betrekking van “Installation Safety Officer” bij SHAPE. Blijkens de bijlage is het einde van de uitoefening van die functie door de verzoeker voorzien voor september 2005. Onder punt 4 van de nota wordt gesteld dat “de normale duur van een toer” drie jaar bedraagt, dat verlengingen kunnen worden gevraagd in functie van de specifieke situatie van de betrokkenen, en dat de eventuele vragen tot verlenging samen met de andere kandidaturen zullen worden onderzocht.

1.5. Op 16 september 2004 vraagt de verzoeker in hoofddorde een verlenging of een hernieuwing van zijn aanstelling als “Installation Safety Officer” bij SHAPE. In ondergeschikte orde stelt hij zich kandidaat voor enkele andere betrekkingen.

1.6. Op 6 oktober 2004 richt de verzoeker een brief aan de Algemene Directie Juridische Steun en Bemiddeling (hierna: DGJM), waarin hij stelt dat hij als preventieadviseur de bescherming geniet van de wet van 20 december 2002 betreffende de bescherming van de preventieadviseurs (hierna: de wet van 20 december 2002), dat het vacant verklaren van zijn functie zijn vertrek als preventieadviseur kan impliceren, maar dat zulks enkel kan binnen de grenzen bepaald in de genoemde wet.

Met een brief van 15 december 2004, gericht aan SHAPE, antwoordt DGJM dat de verzoeker in de functie is aangeduid voor een periode van drie jaar en dat de beschermingsregeling die wordt geboden door de wet van 20 december 2002 in het geval van de verzoeker niet van toepassing is, omdat de beëindiging van diens opdracht wegens het verstrijken van de periode van aanstelling niet neerkomt op een verwijdering uit de functie om redenen die de onafhankelijkheid van de verzoeker in het gedrang brengen of om reden van diens onbekwaamheid.

Met een brief van 11 januari 2005 betwist de verzoeker dit standpunt.

Met een brief van 24 januari 2005, gericht aan SHAPE, antwoordt DGJM dat zij bij haar standpunt blijft.

1.7. Met een brief van 20 april 2005 deelt DGHR aan de verzoeker mee dat er in de “planning aflossing officieren 2005” in zijn vervanging is voorzien, dat deze vervanging kadert binnen de algemene beheerspolitiek van Defensie, volgens dewelke de inplaatsstelling van een officier in een internationaal organisme voor een periode van drie jaar geldt, dat de vervanging bijgevolg gepland is om redenen vreemd aan de bescherming die wordt beoogd door de wet van 20 december 2002, en dat de procedure van artikel 17 van de wet van 20 december 2002 voor de verwijdering uit de functie van preventieadviseur zonder dat een einde wordt gesteld aan de statutaire tewerkstelling, zal worden toegepast.

Met een brief van dezelfde datum vraagt DGHR aan het Comité voor preventie en bescherming op het werk bij SHAPE of het akkoord gaat met de “verwijdering” van de verzoeker uit zijn functie van preventieadviseur zonder dat een einde wordt gesteld aan zijn statutaire tewerkstelling.

Met een brief van 31 mei 2005 antwoordt het Comité voor preventie en bescherming op het werk bij SHAPE dat het weigert zijn akkoord te verlenen.

1.8. Met een brief van 1 juli 2005 deelt DGHR aan SHAPE mee dat de verzoeker per 1 september 2005 in zijn functie wordt vervangen.

Het voorliggende verzoekschrift tot nietigverklaring vermeldt de volgende Nederlandse vertaling van die brief:

“Voorwerp:

Verwijdering van de functie van preventieadviseur zonder een einde te stellen aan de statutaire tewerkstelling

Betreft: Cdt DE BUCK, Dirk (030440)

Ref: 1. Wet betreffende de bescherming van de preventieadviseurs van 20 december 2002

2. Nota SHAPE 0601/SHSXX/05 van 31 mei 2005

3. Telefonische mededeling Hoofd van de Inspectie van het werk van Landsverdediging (Mr. PICCU) - FOD WASO/Inspectie van het werk (Algemeen raadgever VAN DE LAER) van 16 juni 2005

1. Cdt. DE BUCK oefent bij SHAPE de functie van ‘Installation Safety Officer’ uit sinds 2 september 2002. Het algemeen personeelsbeleid in de schoot van Landsverdediging voorziet dat een officier voor een termijn van drie jaar wordt geplaatst bij een internationaal organisme. Om deze reden is de vervanging van Cdt. DE BUCK door een andere preventieadviseur gepland voor de maand september 2005. Deze vervanging is dus niet gepland om redenen bepaald in de wet van 20 december 2002 betreffende de bescherming van de preventieadviseurs. Toch is de procedure bepaald in art. 17 van die wet gevolgd. Inderdaad, alvorens een beslissing betreffende die mutatie te nemen is het voorafgaand akkoord gevraagd aan de comités voor de preventie en de bescherming op het werk voor het personeel LWR en LWS.
2. Bij Referentie (2) hebben de betrokken comités voor preventie en bescherming op het werk hun akkoord geweigerd met de verwijdering van Cdt DE BUCK uit zijn functie.
3. Overeenkomstig de wet bedoeld onder Referentie 1, is het advies van de Arbeidsinspectie van de FOD Werk, Arbeid en Sociaal Overleg (FOD WASO) gevraagd geworden.
4. De Arbeidsinspectie van de FOD WASO heeft laten weten bij Referentie (3) dat zij niet bevoegd is om in deze zaak tussen te komen, nl. het geval van een lid van Landsverdediging, onderworpen aan de statutaire regels van Landsverdediging, die tewerkgesteld is als preventieadviseur bij een internationaal organisme dat wordt beschouwd als een private vennootschap voor zijn personeel, nu dit niet valt onder de wet geciteerd in referentie 1.
5. Gezien Landsverdediging de procedure bepaald in de wet heeft nageleefd, neemt zij de definitieve beslissing als werkgever van Cdt DE BUCK, om hem per 1 september 2005 te vervangen in zijn betrekking van preventieadviseur.
6. Een kopie van onderhavige nota zal worden getekend en gedateerd als ‘gezien en kennis genomen’ en zal in zijn persoonlijk dossier worden geklasseerd.
7. Een beroep tot nietigverklaring van de onder het vijfde lid van deze nota bedoelde beslissing, alsook van de gevolgen die zij teweegbrengt, kan worden gebracht voor de afdeling administratie van de Raad van State [...] met aangetekende brief en binnen een termijn van zestig dagen te rekenen van de dag volgend op de kennisgeving van onderhavige nota”.

Dit is de bestreden beslissing. De verzoeker neemt er op 25 juli 2005 kennis van.

1.9. Op 12 augustus 2005 wordt aan de verzoeker een “inlichtingensteekkaart kandidaat-preventieadviseur” bezorgd, omdat een

“mogelijke vacature” in de Koninklijke Militaire School (hierna: KMS) kan worden ingevuld.

1.10. Middels die inlichtingensteekkaart stelt de verzoeker zich op 18 augustus 2005 kandidaat voor de functie van preventieadviseur. Op de inlichtingensteekkaart vermeldt de verzoeker dat hij zich kandidaat stelt “onder voorbehoud van het gevolg dat de Raad van State zal geven aan het reeds ingediende verzoek tot schorsing en tot nietigverklaring van [zijn] verwijdering als preventieadviseur bij SHAPE.”

1.11. Op 30 augustus 2005 wordt verzoekers kandidatuur voor advies overgemaakt aan het bevoegde Basis Overlegcomité (hierna: BOC).

1.12. Blijkens een bericht van ongekende datum wordt de verzoeker met ingang van 19 september 2005 gemuteerd van SHAPE naar de KMS. Onder een luik “opmerking” wordt gesteld: “inplaatsstelling als Preventieadviseur Niv 1, onder voorbehoud van overleg in BOC ETTERBEEK”.

1.13. Op 9 november 2005 gaat het BOC unaniem akkoord met de inplaatsstelling van de verzoeker als preventieadviseur.

1.14. Op 27 januari 2006 wordt verzoekers inplaatsstelling als preventieadviseur bevestigd. Deze aanstelling gebeurt met terugwerkende kracht tot 19 september 2005.

Ontvankelijkheid

2.1. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord een exceptie van onontvankelijkheid van het beroep op, afgeleid uit het feit dat het gericht is tegen een niet voor vernietiging vatbare handeling.

Zij betoogt dat, volgens vaste rechtspraak van de Raad van State, mutaties en dienstaanwijzingen van ambtenaren maatregelen van inwendige orde zijn die niet met een annulatieberoep kunnen worden bestreden. Dergelijke maatregelen worden immers genomen in het belang van de dienst en betreffen de organisatie van een openbare dienst of helpen de goede werking ervan verzekeren. Ze hebben geen gevolgen voor de statutaire situatie van de betrokkenen. De

appreciatie van de opportuniteit en de doelmatigheid van deze maatregelen behoort toe aan het bestuur.

Volgens de verwerende partij is de beslissing die voorziet in de vervanging van de verzoeker als “Installation Safety Officer” bij SHAPE, genomen in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, zonder dat daarbij de statutaire situatie van de verzoeker wordt aangetast.

Beoordeling

2.2. De verwerende partij betoogt terecht dat dienstaanwijzingen en mutaties in de regel geen administratieve rechtshandelingen zijn die de toestand van ambtenaren wijzigen, maar maatregelen van inwendige orde die betrekking hebben op de organisatie en de werking van de dienst en waarvan de beoordeling van de opportuniteit en de doelmatigheid tot de vrije appreciatiebevoegdheid van de overheid behoren.

De vraag rijst evenwel of te dezen de bestreden beslissing als een maatregel van inwendige orde kan worden beschouwd.

De bestreden beslissing houdt in dat de verzoeker weliswaar statutair in dienst blijft van de verwerende partij, maar dat hem de functie van preventieadviseur die hij bij SHAPE uitoefende, wordt ontnomen. Ze brengt aldus een ingrijpende wijziging van verzoekers rechtstoestand teweeg. Een dergelijke beslissing is geen loutere maatregel van inwendige orde, maar is grievend voor de verzoeker. Ze kan dan ook door de verzoeker met een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State worden bestreden.

De exceptie van onontvankelijkheid kan derhalve niet worden aangenomen.

Ten gronde

3.1.1. De verzoeker roept onder meer een tweede middel in, afgeleid uit de schending van de artikelen 2, 5, 7, § 2, 16 en 17 van de wet van 20 december 2002, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel “patere legem quam ipse fecisti”.

In een eerste onderdeel van het middel voert de verzoeker aan dat de bestreden beslissing steunt op de procedure bepaald in de wet van 20 december 2002, maar dat die procedure na het negatieve advies van het Comité voor preventie en bescherming op het werk bij SHAPE niet op een regelmatige wijze is voortgezet, terwijl een overheid die een bepaalde procedure opstart om tot een zorgvuldige besluitvorming te komen, deze procedure nauwgezet moet afhandelen, zodat zij op grond van de regelmatig verzamelde adviezen en stukken, met kennis van zaken een beslissing kan nemen.

In een tweede onderdeel van het middel voert de verzoeker aan dat de bestreden beslissing verwijst naar het negatieve advies van het Comité voor preventie en bescherming op het werk, en naar een vermeend telefonisch contact met de Arbeidsinspectie van de Federale Overheidsdienst (hierna: FOD) Werk, Arbeid en Sociaal Overleg,

terwijl het advies waarin het Comité voor preventie en bescherming op het werk op een gemotiveerde wijze afstand neemt van de redenen tot verwijdering zoals deze hem vooraf door het bestuur zijn meegedeeld, een negatief advies is, zodat uit de motieven van de bestreden beslissing moet blijken dat het bestuur dit negatief advies niet bijvalt en welke redenen het daarvoor meent te hebben,

en terwijl, in het geval van een negatief advies van het genoemde comité, het bestuur het geschreven advies moet inwinnen van de bevoegde arbeidsinspectie, te dezen de militaire Arbeidsinspectie, die eerst een verzoeningspoging moet organiseren, en bij het falen hiervan een advies moet formuleren dat zij bezorgt aan het comité, waarna het bestuur pas met kennis van zaken kan beslissen,

en terwijl, zo het bestuur naast de wettelijk verplicht in te winnen adviezen al een bijkomend advies zou kunnen vragen aan de Arbeidsinspectie van de FOD Werk, Arbeid en Sociaal Overleg, de bestreden beslissing in dit advies enkel haar motieven kan vinden in de mate dat het bestuur dit advies, of bepaalde onderdelen ervan, bijvalt of gemotiveerd verwierpt.

3.1.2. In de toelichting bij het middel wijst de verzoeker vooreerst op de bepalingen van hoofdstuk V van de wet van 20 december 2002, die de bescherming van de preventieadviseur regelen in het geval van een statutaire tewerkstelling.

De verzoeker betoogt dat hij een preventieadviseur is in de zin van artikel 2, 2/, a), van de wet van 20 december 2002 en dat zijn werkgever de Belgische Staat is, vermits deze zijn statutaire en geldelijke loopbaan bepaalt en zijn wedde betaalt. Het feit dat hij op grond van een bilaterale overeenkomst tussen de Belgische Staat en de NAVO zijn functie uitoefent bij SHAPE, doet hieraan geen afbreuk. De wet bepaalt immers nergens dat de preventieadviseur daadwerkelijk bij zijn werkgever moet worden tewerkgesteld, enkel dat hij door zijn werkgever wordt tewerkgesteld.

De verzoeker vervolgt dat de Belgische Staat op 20 april 2005, overeenkomstig artikel 17, eerste lid, van de wet van 20 december 2002, artikel 5 van diezelfde wet heeft toegepast. Op 31 mei 2005 weigerde het Comité voor preventie en bescherming op het werk bij SHAPE een gunstig advies te verstrekken over verzoekers verwijdering uit zijn functie. Vervolgens heeft de verwerende partij, gelet op artikel 17, derde lid, van de wet van 20 december 2002, toepassing gemaakt van artikel 7, § 2, van diezelfde wet.

De verzoeker voert aan dat hij geen kennis heeft van het stuk waarmee de verwerende partij aan de Arbeidsinspectie van de FOD Werk, Arbeid en Sociaal Overleg een advies heeft gevraagd. In de bestreden beslissing wordt slechts melding gemaakt van een telefoongesprek met de Algemene Directie Toezicht op het Welzijn op het Werk van de FOD Werk, Arbeid en Sociaal Overleg. De verzoeker merkt op dat de genoemde contactpersoon en adviesverstrekker niet werkzaam is bij de Algemene Directie Toezicht op het Welzijn op het Werk, maar bij de Algemene Directie Humanisering van de Arbeid. Bovendien, zo vervolgt de verzoeker, vertolkte het ministerie van Tewerkstelling en Arbeid vroeger een standpunt dat haaks staat op de woorden die volgens de bestreden beslissing in de mond van de ambtenaar van de FOD Werk, Arbeid en Sociaal Overleg worden gelegd. De verzoeker stelt zich vragen bij de techniek die erin bestaat dat de verwerende partij op 1 juli 2005 in een besluit de overwegingen vermeldt van een telefoongesprek dat op 16 juni 2005 zou hebben plaatsgevonden. Hij betoogt dat een dergelijke werkwijze kennelijk onzorgvuldig is. Na verloop van twee weken de strekking van een advies op papier zetten, laat immers in redelijkheid vermoeden dat het niet gaat om een correcte weergave van wat mondeling is geadviseerd, te meer omdat de weergegeven strekking van het advies haaks staat op wat vroeger is geadviseerd. Voorts is het voor de verzoeker onduidelijk waarom de militaire Arbeidsinspectie geen advies heeft geformuleerd, voorzover deze al een adviesaanvraag zou hebben ontvangen. Hij meent dat de militaire Arbeidsinspectie

het geëigende orgaan is om over een militair personeelslid een advies te verstrekken. Volgens de verzoeker toont dit gegeven alleen reeds aan dat artikel 7, § 2, van de wet van 20 december 2002 is miskend.

Voorts voert de verzoeker aan dat de arbeidsinspectie niet vooraf een verzoeningspoging heeft georganiseerd. Voorzover de verzoeningspoging als mislukt wordt beschouwd, moet worden vastgesteld dat geen geschreven advies is verstrekt, hetgeen eveneens in strijd is met artikel 7, § 2, van de wet van 20 december 2002.

De verzoeker laat tevens gelden dat het bestuur ten aanzien van het advies een standpunt dient in te nemen. Het volstaat niet dat het advies wordt geciteerd. Het bestuur moet het advies geheel of gedeeltelijk bijvallen, dan wel gemotiveerd verwerpen. Volgens de verzoeker heeft het bestuur dit allerminst gedaan.

Ten slotte voert de verzoeker aan dat uit niets blijkt dat de Belgische Staat het Comité voor preventie en bescherming op het werk bij SHAPE in kennis heeft gesteld van het “telefonisch advies” van de Arbeidsinspectie bij de FOD Werk, Arbeid en Sociaal Overleg.

De verzoeker besluit dat de beslissing houdende zijn verwijdering uit de functie van preventieadviseur onregelmatig is, zoals bepaald in artikel 16, tweede lid, van de wet van 20 december 2002.

3.2. De verwerende partij merkt in haar memorie van antwoord vooreerst op dat de verzoeker ervan uitgaat dat hij bij SHAPE de functie van preventieadviseur vervult, terwijl moet worden vastgesteld dat hij werd gedetacheerd om de functie van “Installation Safety Officer” op te nemen. De verwerende partij leidt daaruit af dat de verzoeker zich niet nuttig op de wet van 20 december 2002 kan beroepen.

Voorts verwijst de verwerende partij naar artikel 2, 1/, a), van de wet van 20 december 2002 waarin, door verwijzing naar artikel 2 van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk (hierna: de wet van 4 augustus 1996), wordt bepaald op welke werkgevers die wet van toepassing is. Volgens haar blijkt uit een aantal documenten van het ministerie van Arbeid en Tewerkstelling en van SHAPE dat de wet van

4 augustus 1996 enkel van toepassing is op het burgerpersoneel dat bij SHAPE is tewerkgesteld. Vermits de verzoeker als militair de functie van “Installation Safety Officer” uitoefent, besluit de verwerende partij dat de bepalingen van de wet van 20 december 2002 niet op hem van toepassing zijn. Uit de bestreden beslissing blijkt bovendien dat de FOD Werk, Arbeid en Sociaal Overleg “tijdens een telefonisch onderhoud eveneens lijkt te hebben gesteld dat verzoekers situatie niet valt onder de bepalingen van de wet van 20 december 2002”.

Subsidiair, in zoverre de Raad van State zou aannemen dat de wet van 20 december 2002 wel op de verzoeker van toepassing is, laat de verwerende partij gelden dat verzoekers specifieke situatie hoe dan ook niet onder die wet ressorteert, nu uit de parlementaire voorbereiding van de wet blijkt dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen “de vervanging van een preventieadviseur” enerzijds en “het verwijderen van een preventieadviseur uit zijn functie” anderzijds. De verwerende partij stelt dat de verzoeker te dezen niet uit zijn functie is verwijderd, vermits hij zich kandidaat heeft gesteld voor de functie van preventieadviseur bij de KMS en die functie hem met terugwerkende kracht tot 19 september 2005 werd toegewezen.

3.3. De verzoeker repliceert in zijn memorie van wederantwoord op een aantal stellingen van de verwerende partij.

Waar de verwerende partij stelt dat de functie van “Installation Safety Officer” niet gelijkstaat met de functie van “preventieadviseur”, wijst de verzoeker er vooreerst op dat de bestreden beslissing als voorwerp vermeldt: “verwijdering van de functie van preventieadviseur zonder een einde te stellen aan de statutaire tewerkstelling”. Tevens wijst hij op een aantal stukken uit het dossier, inzonderheid gevoerde briefwisseling, waaruit moet blijken dat de benaming “Installation Safety Officer” de Engelse term is voor “preventieadviseur”.

Op de stelling van de verwerende partij dat de wet van 4 augustus 1996 slechts van toepassing is op het burgerpersoneel dat bij SHAPE is tewerkgesteld, repliceert de verzoeker dat dit verweer naast de kwestie is, vermits hij het beschermingsregime van de wet van 20 december 2002 inroept en uit niets blijkt dat een militair die de functie van preventieadviseur uitoefent, uit het toepassingsgebied van die wet is gesloten.

Met betrekking tot het door de verwerende partij gemaakte onderscheid tussen “de verwijdering uit de functie” en “de vervanging”, merkt de verzoeker vooreerst op dat deze verantwoording niet in de bestreden beslissing kan worden gelezen en dat het bijgevolg om een motivering a posteriori gaat die niet in aanmerking kan worden genomen. Voorts stelt de verzoeker dat het begrip “vervangen” moet worden begrepen als een uitsluitende verwijzing naar de preventieadviseurs die verbonden zijn aan een externe dienst voor preventie en bescherming op het werk, in de zin van artikel 2, 2/, b), van de wet van 20 december 2002. De verzoeker is evenwel verbonden aan een interne dienst voor preventie en bescherming op het werk, in de zin van artikel 2, 2/, a) van die wet. De wet beschermt de preventieadviseur verbonden aan een interne dienst tegen de “verwijdering” in het algemeen, en dus tegen alle vormen van verwijdering, zonder dat een uitzondering wordt gemaakt voor een vervanging. De verzoeker besluit dat in redelijkheid niet kan worden betwist dat hij als preventieadviseur verwijderd is uit zijn betrekking bij SHAPE.

3.4. In haar laatste memorie laat de verwerende partij nog gelden dat verzoekers kandidaatstelling voor de functie van preventieadviseur bij de KMS dateert van vóór zijn overplaatsing op 19 september 2005 en dat de verzoeker dus nog voordat zijn overplaatsing van kracht werd, er kennis van had dat het een overplaatsing naar een functie van preventieadviseur betrof. De verwerende partij besluit hieruit dat de verzoeker uit zijn functie niet werd “verwijderd” in de zin van de wet van 20 december 2002, maar werd vervangen, zodat de genoemde wet niet op de verzoeker diende te worden toegepast.

Beoordeling

3.5.1. Ter beoordeling van het middel moet de vraag worden beantwoord of de wet van 20 december 2002 bij het nemen van de bestreden beslissing al dan niet moest worden toegepast.

3.5.1.1. Daartoe moet vooreerst worden onderzocht of de functie van “Installation Safety Officer” kan worden gelijkgesteld met de functie van preventieadviseur.

Te dezen stelt de Raad van State vast dat uit het administratief dossier blijkt dat zowel de verwerende partij als SHAPE steeds ervan uitgegaan zijn dat de verzoeker als “Installation Safety Officer” de functie van preventieadviseur

uitoefende. Dit wordt overigens ook in de bestreden beslissing aangenomen. Het standpunt van de verwerende partij dat de verzoeker zich niet op de bescherming van de wet van 20 december 2002 zou kunnen beroepen omdat hij niet de functie van preventieadviseur uitoefende, mist dan ook feitelijke grondslag.

3.5.1.2. Artikel 2, eerste lid en tweede lid, 1/, a), van de wet van 20 december 2002 luidt als volgt:

“Art. 2. Deze wet is van toepassing op de werkgevers en de preventieadviseurs.

Voor de toepassing van deze wet wordt verstaan onder:

1/ werkgever:

a) de werkgever bedoeld in artikel 2 van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk;”

Artikel 2 van de wet van 4 augustus 1996 luidt als volgt:

“Art. 2. § 1. Deze wet is toepasselijk op de werkgevers en de werknemers.

Voor de toepassing van deze wet worden gelijkgesteld met:

1/ werknemers:

a) de personen die, anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst, arbeid verrichten onder het gezag van een ander persoon;

[...]

2/ werkgevers: de personen die de onder 1/ genoemde personen tewerkstellen.

[...].”

Uit de samenlezing van de voormelde wetsbepalingen volgt dat de verwerende partij moet worden beschouwd als een werkgever die onderworpen is aan de wet van 20 december 2002, vermits zij personen tewerkstelt die, anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst, arbeid verrichten onder het gezag van een ander persoon.

3.5.1.3. Artikel 2, eerste lid en tweede lid, 2/, a), van de wet van 20 december 2002 luidt als volgt:

“Art. 2. Deze wet is van toepassing op de werkgevers en de preventieadviseurs.

Voor de toepassing van deze wet wordt verstaan onder:

[...]

2/ preventieadviseur:

- a) elke natuurlijke persoon, verbonden aan een interne dienst voor preventie en bescherming op het werk, met wie de werkgever een arbeidsovereenkomst heeft gesloten of die verbonden is met de werkgever krachtens een statuut waarbij zijn rechtspositie eenzijdig is geregeld door de overheid en die daadwerkelijk tewerkgesteld wordt door die werkgever en die de opdrachten vervult die zijn vastgesteld krachtens artikel 33, § 1, vierde lid, en § 3, van de hoger vermelde wet van 4 augustus 1996;

[...]"

Zoals hiervóór werd gesteld, blijkt uit het administratief dossier dat zowel de verwerende partij als SHAPE steeds ervan uitgegaan zijn dat de verzoeker de functie van preventieadviseur uitoefende. Uit datzelfde dossier blijkt bovendien dat de verzoeker in die hoedanigheid verbonden was aan een interne dienst voor preventie en bescherming op het werk en opdrachten heeft vervuld zoals bedoeld in artikel 2, tweede lid, 2/, a), van de wet van 20 december 2002.

3.5.1.4. Uit het voorgaande moet worden besloten dat de wet van 20 december 2002 van toepassing was op de verzoeker en de verwerende partij en dat de voorschriften van deze wet bijgevolg moesten worden nageleefd bij het nemen van de bestreden beslissing.

3.5.2.1. De verwerende partij stelt evenwel dat de verzoeker de door de wet van 20 december 2002 voorziene bescherming niet kan invoeren, omdat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen het “verwijderen” van een preventieadviseur uit zijn functie en het “vervangen” van een preventieadviseur. Volgens de verwerende partij is de verzoeker niet uit zijn functie verwijderd, maar slechts vervangen.

Zij zoekt daarvoor steun in de parlementaire voorbereiding van de wet van 20 december 2002. Zij verwijst naar de volgende passages uit die parlementaire voorbereiding:

- “Het begrip ‘vervanging van een preventieadviseur’ heeft immers een andere betekenis dan het begrip ‘verwijdering uit de functie’. De vervanging bestaat hierin dat een andere persoon de plaats inneemt van de preventieadviseur, zonder dat dit impliceert dat deze zijn functie in het geheel niet meer kan uitoefenen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij ziekte of afwezigheid. De vervanging heeft dus niet tot gevolg dat de preventieadviseur wordt verwijderd uit zijn functie of dat de overeenkomst wordt beëindigd” (Parl.St. Kamer 2001-2002, nr 50-2032/001, blz. 17);

- “De verwijdering uit de functie betekent hier dat de betrokken preventieadviseur niet langer de functie van preventieadviseur zal mogen uitoefenen, zonder dat dit de beëindiging van de overeenkomst tot gevolg heeft. Hij zal dus een andere functie toegewezen krijgen in de onderneming of instelling” (Parl.St. Kamer 2001-2002, nr 50-2032/001, blz. 24).

De verwerende partij laat ook gelden dat verzoekers kandidaatstelling voor de functie van preventieadviseur bij de KMS dateert van vóór zijn overplaatsing op 19 september 2005 en dat de verzoeker nadien met terugwerkende kracht tot 19 september 2005 in die functie is aangesteld. De verwerende partij besluit hieruit dat de verzoeker niet uit zijn functie werd verwijderd in de zin van de wet van 20 december 2002, maar werd vervangen, zodat de genoemde wet niet op de verzoeker diende te worden toegepast.

3.5.2.2. Uit geen van beide passussen -waarvan de tweede overigens betrekking heeft op een regeling die niet op de verzoeker van toepassing is- kan worden afgeleid dat de bestreden beslissing geen verwijdering van de verzoeker uit zijn functie betreft, maar een vervanging. Integendeel, uit de eerst aangehaalde passus blijkt dat een vervanging erin bestaat dat een andere persoon de plaats inneemt van de preventieadviseur zonder dat dit impliceert dat deze zijn functie in het geheel niet meer kan uitoefenen. De verzoeker daarentegen kan ingevolge de bestreden beslissing zijn functie van preventieadviseur bij SHAPE níét meer uitoefenen, niettegenstaande hij om een verlenging of hernieuwing van zijn aanstelling als “Installation Safety Officer” had verzocht. De bestreden beslissing omschrijft overigens uitdrukkelijk haar voorwerp als een “verwijdering van de functie van preventieadviseur zonder een einde te stellen aan de statutaire tewerkstelling”.

Hieruit moet worden besloten dat de bestreden beslissing wel degelijk dient te worden begrepen als een verwijdering van de verzoeker uit zijn functie van preventieadviseur.

De omstandigheid dat de verzoeker met uitwerking op 19 september 2005 is aangesteld als preventieadviseur bij de KMS doet aan het voorgaande geen afbreuk.

3.5.3.1. Vermits de bestreden beslissing een verwijdering van de verzoeker uit zijn functie inhoudt, kon ze slechts rechtsgeldig worden genomen met inachtneming van artikel 17 van de wet van 20 december 2002, dat als volgt luidt:

“Art. 17. De werkgever die het voornemen heeft een einde te stellen aan de statutaire tewerkstelling van een preventieadviseur of die deze preventieadviseur wil verwijderen uit zijn functie past de bepalingen van artikel 5 toe.

Indien er een akkoord is van het bevoegde comité mag de werkgever een einde stellen aan de statutaire tewerkstelling of de preventieadviseur verwijderen uit zijn functie volgens de regels bepaald in het statuut.

Indien er geen akkoord is van het bevoegde comité of het comité niet binnen een redelijke termijn advies verleent, past de werkgever de procedure als bedoeld in artikel 7, § 2, toe, vooraleer een einde te stellen aan de tewerkstelling of vooraleer de preventieadviseur te verwijderen uit de functie volgens de regels als bepaald door het statuut.

De verwijdering uit de functie zonder dat er een einde gesteld wordt aan de statutaire tewerkstelling is onregelmatig in de gevallen bepaald in artikel 16, tweede lid, 1/ tot 4/.”

3.5.3.2. Luidens artikel 17, vierde lid, van de wet van 20 december 2002 is de verwijdering uit de functie zonder dat een einde wordt gesteld aan de statutaire tewerkstelling onregelmatig in de gevallen bepaald in artikel 16, tweede lid, 1/ tot 4/.

De gevallen bepaald in artikel 16, tweede lid, 1/ tot 4/, zijn de volgende:

“1/ indien [de werkgever] de preventieadviseur heeft verwijderd uit de functie met miskennen van de procedureregels als bedoeld in artikel 15;

2/ indien de door de werkgever aangevoerde redenen geen verband houden met de organisatie, de samenstelling en de werking van de interne dienst voor preventie en bescherming op het werk of met vaardigheden die erin aanwezig moeten zijn;

3/ indien de door de werkgever aangevoerde redenen betreffende de onbekwaamheid van de preventieadviseur om zijn opdrachten uit te oefenen niet bewezen zijn;

4/ indien de door de werkgever aangevoerde redenen de onafhankelijkheid van de preventieadviseur in het gedrang brengen.”

Het volstaat te dezen dat één van de vier voormelde gevallen zich voordoet, opdat zou kunnen worden besloten dat de bestreden beslissing onregelmatig is in de zin van artikel 17, vierde lid, van de wet van 20 december 2002.

3.5.3.3. Artikel 16, tweede lid, 1/, van de wet van 20 december 2002 bepaalt dat een beslissing tot verwijdering uit de functie van preventieadviseur

onregelmatig is wanneer de procedureregels als bedoeld in artikel 15 werden miskend.

Artikel 15 van de wet van 20 december 2002 luidt als volgt:

“Art. 15. De werkgever die het voornemen heeft de preventieadviseur te verwijderen uit zijn functie, zonder dat dit de beëindiging van de overeenkomst tot gevolg heeft, past de bepalingen van artikel 5 toe.

Indien er een akkoord is van het comité mag de werkgever de preventieadviseur verwijderen uit zijn functie.

Indien er geen akkoord is van het comité of het comité niet binnen een redelijke termijn advies verleent, past de werkgever de procedure als bedoeld in artikel 7, § 2, toe, vooraleer een beslissing te nemen over de verwijdering uit de functie.”

Artikel 5 van de wet van 20 december 2002 luidt als volgt:

“Art. 5. De werkgever die het voornemen heeft de overeenkomst van een preventieadviseur te beëindigen, is verplicht tegelijkertijd:

- 1/ aan de betrokken preventieadviseur bij een aangetekende brief de redenen waarom hij de overeenkomst wil beëindigen en het bewijs van die redenen mee te delen;
- 2/ aan de leden van het comité of de comités aan wie ook het voorafgaand akkoord over de aanduiding moet gevraagd worden bij een aangetekende brief een voorafgaand akkoord over de beëindiging van de overeenkomst te vragen en hen een afschrift mee te delen van de brief die werd verzonden aan de betrokken preventieadviseur.”

Artikel 7 van de wet van 20 december 2002 luidt als volgt:

“Art. 7. § 1. Indien er geen akkoord is van het comité of het comité niet binnen een redelijke termijn advies verleent, mag de werkgever niet overgaan tot de beëindiging van de overeenkomst.

Wanneer de werkgever toch bij zijn voornemen blijft de overeenkomst te beëindigen, past hij de procedure als bedoeld in § 2 toe, vooraleer hij de zaak aanhangig maakt bij de arbeidsrechtbank.

§ 2. De werkgever vraagt het advies van de ambtenaar die belast is met het toezicht met toepassing van artikel 80 van hoger vermelde wet van 4 augustus 1996.

Deze ambtenaar hoort de betrokken partijen en poogt de standpunten met elkaar te verzoenen.

Indien geen verzoening wordt bereikt, verstrekt deze ambtenaar een advies waarvan bij aangetekende brief kennis wordt gegeven aan de werkgever.

De werkgever stelt het comité in kennis van het advies van deze ambtenaar binnen een termijn van dertig dagen van de kennisgeving, vooraleer hij de beslissing neemt.

De kennisgeving wordt geacht ontvangen te zijn de derde werkdag na de afgifte van de brief aan de post.”

3.5.3.4. De bestreden beslissing vermeldt dat “de vervanging van [de verzoeker] [...] niet gepland [was] om redenen bepaald in de wet van 20 december 2002”, dat de verwerende partij toch de procedure van artikel 17 van de genoemde wet heeft aangevat, dat het voorafgaand akkoord van “de betrokken comités voor preventie en bescherming op het werk” werd gevraagd, dat dit akkoord echter werd geweigerd, dat vervolgens het advies van de Arbeidsinspectie van de FOD Werk, Arbeid en Sociaal Overleg werd gevraagd, dat deze heeft geantwoord dat zij niet bevoegd was om in de zaak tussen te komen, dat “gezien Landsverdediging de procedure bepaald in de wet [heeft] nageleefd, [...] zij de definitieve beslissing [neemt] als werkgever van [de verzoeker], om hem per 1 september 2005 te vervangen in zijn betrekking van preventieadviseur”.

3.5.3.5. Hiervóór is gebleken dat de wet van 20 december 2002 te dezen wel degelijk van toepassing was.

Er moet evenwel worden vastgesteld dat de verwerende partij, zodra het Comité voor preventie en bescherming op het werk bij SHAPE zijn akkoord met de verwijdering van de verzoeker uit zijn functie had geweigerd, de door artikel 7, § 2, van de wet van 20 december 2002 voorgeschreven procedure niet verder heeft gevolgd. Het blijkt immers niet dat het advies werd gevraagd van de te dezen bevoegde ambtenaar die belast is met het toezicht met toepassing van artikel 80 van de wet van 4 augustus 1996, noch dat daaropvolgend een verzoeningsprocedure is gestart.

Het tweede middel is dan ook gegrond in zoverre het de schending van artikel 7, § 2, van de wet van 20 december 2002 aanvoert.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van de Algemene Directie Human Resources van het Ministerie van Landsverdediging van 1 juli 2005 waarbij Dirk DE BUCK met ingang van 1 september 2005 wordt “vervangen” in de functie van “Installation Safety Officer” bij SHAPE.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op 27 oktober 2009, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	D. MOONS,	staatsraad,
	B. THYS,	staatsraad,
	W. GEURTS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

W. GEURTS.

P. LEMMENS.