

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 201.768 van 9 maart 2010
in de zaak A. 194.551/XII-6026**

In zake: Ivo EVERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Pascal Lahousse
kantoor houdend te Mechelen
Leopoldstraat 64
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN KALMTHOUT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Verbist
kantoor houdend te Antwerpen
Graaf Van Hoornestraat 34
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 5 november 2009, strekt tot de nietigverklaring en de schorsing van de tenuitvoerlegging van het besluit van de raad voor maatschappelijk welzijn van Kalmthout van 15 september 2009 waarbij Ivo Evers definitief met vervroegd pensioen wordt gesteld met ingang van 1 oktober 2009.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Auditeur Bart Weekers heeft een verslag over het beroep tot nietigverklaring opgesteld, op grond van artikel 93 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuurs-rechtspraak van de Raad van State, alsook over de vordering tot schorsing.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 januari 2010.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Verzoeker, advocaat Pascal Lahousse, die verschijnt voor verzoeker, en advocaat Michelle Daelemans, die loco advocaat Stijn Verbist verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Bart Weekers heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Verzoeker, vast benoemd maatschappelijk assistent bij het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn (OCMW) van Kalmthout, is sinds *medio* 2004 arbeidsongeschikt -en afwezig- wegens medische redenen.

3.2. Met een aangetekende brief van 24 september 2008 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: “Administratief werk, mede te bepalen door bevoegd arbeidsgeneesheer”.

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”.

In die “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.

U dient hiertoe contact op te nemen met 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 om een spontane raadpleging te organiseren.

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”.

Verzoeker maakt geen gebruik van de beroepsmogelijkheden, waarop het schrijven van 24 september 2008 hem attendeerde. Op 23 oktober 2008 immers verklaart hij, middels de ondertekening en terugzending van de vermelde bijlage 1, akkoord te gaan met de beslissing van de pensioencommissie.

3.3. Op 12 november 2008 neemt het vast bureau van het OCMW van Kalmthout kennis van de beslissing van de administratieve gezondheidsdienst en wordt beslist “gelet op het feit dat zoals in de beslissing staat vermeld, dhr. Ivo Evers zelf contact dient te nemen met de arbeidsgeneeskundige dienst om een spontane raadpleging te organiseren, om dhr. Ivo Evers schriftelijk in kennis te stellen van die contactgegevens van de arbeidsgeneeskundige dienst” en voorts dat het vast bureau “na het advies van de arbeidsgeneesheer kan [...] onderzoeken of er al dan niet aangepast werk kan worden geboden”.

Met een brief van 18 november 2008 aan verzoeker wordt uitvoering gegeven aan deze beslissing: verzoeker wordt andermaal er op geattendeerd dat hij zelf contact dient op te nemen met de arbeidsgeneesheer voor

aangepast werk en de coördinaten van de arbeidsgeneeskundige dienst worden hem meegedeeld.

3.4. Uit niets blijkt dat verzoeker zelf in de daaropvolgende periode met de arbeidsgeneeskundige dienst contact neemt.

Op 11 december 2008 contacteert hij wel het OCMW. In een e-mail met als onderwerp “Medex-ziekteregeling OCMW” herinnert hij er aan dat hij “per 1/10/2009 definitief vervroegd wordt gepensioneerd indien er geen wedertewerkstelling volgt via aangepast werk”. Over dit aangepast werk gaat het in die e-mail verder niet, wel en uitvoerig over de mogelijke weerslag van een nieuwe rechtspositieregeling bij het OCMW op zijn geldelijke situatie en op een eventuele terbeschikkingstelling wegens ziekte. Verzoeker zet uiteen waarom zijn loon “kan doorbetaald worden tot 30/9/2009 indien geen wedertewerkstelling zou plaatsvinden”. Verzoeker besluit het mailbericht toch nog met volgende bedenking:

“Een wedertewerkstelling in aangepast werk blijft op zich een toekomstige piste maar dient met de nodige realiteitszin benaderd te worden. Indien dit niet haalbaar zou zijn, hoop ik alleszins mijn wedde nog te kunnen houden tot 30/9/2009 waarna helaas definitief pensioen zal volgen”.

Een voorlopig antwoord op zijn vragen rond zijn geldelijk statuut en terbeschikkingstelling krijgt verzoeker per e-mail op 23 december 2008. Het OCMW laat in die e-mail ook weten dat verzoeker steeds contact mag opnemen met de arbeidsgeneesheer : “Dit zou het ons mogelijk maken om een zicht te krijgen op de mogelijkheid tot aangepast werk”. Er volgen vanwege het OCMW nog een brief van 23 december 2008 en een e-mail van 31 december 2008 over deze kwestie, met ook telkens een vraag van het OCMW aan verzoeker om contact te nemen met de arbeidsgeneesheer.

3.5. Op 31 december 2008 beslist verwerende partij om verzoeker wegens ziekte in de administratieve stand van terbeschikkingstelling te plaatsen. In de motivering van het besluit wordt onder meer opgemerkt dat verzoeker “tot op heden” niet is ingegaan op de mogelijkheid om contact op te nemen met de arbeidsgeneesheer. Die beslissing wordt met een brief van 16 januari 2009 aan verzoeker meegedeeld.

3.6. Op 22 januari 2009 neemt verzoeker contact met de arbeidsgeneesheer, die hem onmiddellijk afspraak geeft op 26 januari 2009.

Op 23 januari 2009 schrijft verzoeker in een e-mail aan de waarnemend OCMW-secretaris dat hij “wel contacten gehad [heeft] met de arbeidsgeneesheer” en dat het “mij vrij [staat] om te bepalen of en wanneer ik initiatief neem”. De overweging van het vast bureau bij zijn terbeschikkingstelling dat hij hier nooit op is ingegaan noemt verzoeker “uiterst voorbarig” en hij verwijst naar het op 26 januari geplande gesprek met de arbeidsgeneesheer.

3.7. De arbeidsgeneesheer heeft in het kader van een mogelijke werkhervatting van verzoeker vervolgens een gesprek met de OCMW-voorzitter en -secretaris op 6 februari 2009. Afgesproken wordt om verzoeker de openstaande functie van welzijnscoördinator aan te bieden. Verzoeker wordt hiervan diezelfde dag nog op de hoogte gebracht. Hij antwoordt hierover te willen nadenken.

Verzoeker vraagt met een e-mail van 11 februari 2009 nogmaals de arbeidsgeneesheer te mogen spreken, die hem afspraak geeft op 16 februari 2009.

Op 16 februari 2009 bericht het OCMW aan verzoeker wat volgt:

“Zoals afgesproken met dokter D’Hondt zenden wij hierbij het functieprofiel welzijnscoördinator. De voorzitter heeft mij specifiek gevraagd om zeker voor woensdagavond iets te laten weten aangezien de openverklaring van deze functie was geagendeerd voor de RMW van 18/02/2009. U kan hiervoor contact met ons opnemen of met dokter D’Hondt. Gezien de dringendheid voor invulling van de functie (timing sociaal huis) is het niet mogelijk om de beslissing tot openverklaring of invulling van de functie door ambtshalve herplaatsing (omwille van aangepast werk verenigbaar met de gezondheidstoestand) uit te stellen. Aangezien reeds in november 2008 een mogelijkheid tot dialoog hierover werd aangeboden (schrijven met contactgegevens van dokter D’Hondt in het kader van de mogelijkheden tot aangepast werk) en aangezien het gesprek van vorige week vrijdag op uw vraag werd uitgesteld, verwacht de voorzitter dan ook een antwoord voor woensdagavond”.

Verzoeker antwoordt op 18 februari 2009:

“Aangezien nu uit uw bericht hieronder blijkt dat de datum van beslissing door de Raad mbt genoemde functie, wegens dringendheid, reeds definitief is vastgelegd op 18/2/09, wordt openverklaring de enige mogelijkheid. In de periode tussen de brief van het OCMW van 18/11/2008 en 6/2/2009 was ik noch op de hoogte van de openstaande vacature, noch werd ik door het OCMW hiervan in kennis gesteld, nadat blijkbaar eerder geen kandidaat werd weerhouden na examens op 4/10/2008 voor deze functie. Op 27/1/2009 kreeg ik de nieuwe rechtspositieregeling toegestuurd zodat ik ook pas vanaf deze datum kennis kon nemen van de nieuwe bepalingen vanaf 1/1/2009 inzake ambtshalve herplaatsing waarvan sprake in uw e-mail van 16/1.

Tot 31/12/2008 was statutair een gelijkaardige ambtshalve weder-tewerkstellingsregeling voorzien op uitdrukkelijk initiatief van het bestuur. Na mijn gesprek met dr. Dhondt op 26/1 vernam ik van de arbeidsgeneesheer op 6/2, die toen een onderhoud had met de voorzitter en de waarnemend secretaris, dat er sprake was van een nog openstaande vacature van welzijnscoördinator. Ik begreep dat er op dat ogenblik nog geen officieel voorstel vanwege het bestuur aan de orde was.

Op 6/2 wist ik trouwens ook niet wat de functie inhield op vlak van taken en profiel en of deze verenigbaar zou zijn met mijn gezondheidstoestand.

Op 11/2 heb ik terug een gesprek gevraagd met dr. Dhondt, nadat ik hem op 6/2 had meegedeeld hierover te willen nadenken, wat resulteerde in een onderhoud met de arbeidsgeneesheer op 16/2.

Ik heb mijn toestand omstandig uitgelegd en via dr. Dhondt kreeg ik van het OCMW op 16/2 's middags een e-mail met de functiebeschrijving van welzijnscoördinator.

Met dr. Dhondt sprak ik af dat ik hem nadien zou contacteren voor het verdere verloop, echter niet met de bedoeling dat hierover binnen de 48 uur uitsluitel zou gegeven worden, temeer daar een herplaatsing ingrijpend en definitief is. Gezien dit verloop begrijp ik ook niet dat er nu plots wordt gesteld 'dat op mijn vraag uitsluitel werd gevraagd voor een gesprek op 13/2'".

3.8. Op 18 februari 2009 beslist de raad voor maatschappelijk welzijn om over te gaan tot de openverklaring van de functie van welzijnscoördinator. Genotuleerd wordt daarbij onder meer wat volgt:

"Op 6 februari 2009 werd een eerste gesprek gevoerd met dr. D'Hondt, de voorzitter en de plaatsvervangend secretaris over de mogelijkheden die de arbeidsgeneesheer zag voor aangepast werk. In samenspraak met de arbeidsgeneesheer werd afgesproken om hem de openstaande functie van welzijnscoördinator aan te bieden. Een gesprek met dhr. I. Evers hierover werd gepland op 13/02/2009 wat niet doorging omdat dhr. I. Evers op 16/02/2009 nog een gesprek wou hebben met dr. D'Hondt. Na dit gesprek heeft dr. D'Hondt ons gevraagd het functieprofiel van welzijnscoördinator te bezorgen, wat wij dezelfde dag hebben gedaan. Wij hebben betrokkene gevraagd voor vandaag zijn standpunt kenbaar te maken gezien de dringendheid van het invullen van de functie van welzijnscoördinator.

De voorzitter licht vervolgens het standpunt van dhr. I. Evers toe die in zijn mail van vandaag meldt dat openverklaring de enige mogelijkheid is als de Raad voor Maatschappelijk Welzijn wegens dringendheid van de invulling van de functie een beslissing niet kan uitstellen. Dhr. Ivo Evers meldt dat hij hierover binnen de 48 uur geen uitsluitel kan geven, temeer daar een herplaatsing ingrijpend en definitief is.

De voorzitter verwijst naar het feit dat reeds op 18/11/2008 betrokkene in kennis is gebracht van het feit dat contact kan opgenomen worden met de arbeidsgeneesheer voor aangepast werk. Dit werd aan betrokkene nogmaals herhaald in mails van 23/12/2008 en 31/12/2008. Het feit dat dhr. I. Evers nu meldt dat een beslissing niet kan worden genomen binnen de 48 uur, had kunnen worden vermeden door eerder initiatief van betrokkene zelf. Zoals de beslissing van Medex duidelijk meldt en wij eveneens in ons schrijven van 18/11/2008 melden, kon dit enkel gebeuren op initiatief van betrokkene zelf, niet op initiatief van het bestuur. Een werking kan op dit moment onmogelijk worden stilgelegd op basis van het feit dat betrokkene bepaalt wanneer een vraag tot aangepast werk wordt ingediend. Het schrijven van 18/11/2008 en de

mails van 23/12/2008 en 31/12/2008 bewijzen dat het bestuur de nodige inspanningen heeft geleverd om een dialoog hierover te voeren en dit op een eerder tijdstip”.

3.9. In e-mailberichten van 16 en 24 maart 2009 beklaagt verzoeker zich er bij de arbeidsgeneesheer over -en in een e-mail van 1 april 2009 nogmaals bij het OCMW- dat de vacature van welzijnscoördinator is openverklaard zonder dat het OCMW hem na 18 februari 2009 nog heeft gecontacteerd.

Op het vast bureau van 22 april 2009 verklaart de voorzitter van het OCMW “dat de arbeidsgeneesheer tegen hem en de secretaris a.i. verklaard zou hebben dat de heer Evers geen interesse had voor de betrekking van welzijnscoördinator. Jammer genoeg beschikken we daarover over geen verklaring op papier van de arbeidsgeneesheer”. Beslist wordt verzoeker te antwoorden “dat het bestuur meer inspanningen heeft gedaan dan betrokkene om tot een oplossing te komen in het zoeken naar administratief werk, mede te bepalen door de bevoegde arbeidsgeneesheer”. Een brief in die zin wordt op 27 april 2009 aan verzoeker gericht.

3.10. Met de thans bestreden beslissing van 15 september 2009 wordt verzoeker door de raad voor maatschappelijk welzijn definitief vervroegd met pensioen gesteld met ingang van 1 oktober 2009.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. Verwerende partij onzegt aan verzoeker belang bij het beroep. Volgens haar wordt het nadeel dat verzoeker poogt af te weren veroorzaakt door een definitieve griefhoudende beslissing van MEDEX op 24 oktober 2008 en niet door de thans bestreden beslissing. Voorts heeft verzoeker zélf nagelaten om de vervulling van de voorwaarde uit de beslissing van MEDEX te voorkomen door nooit effectief initiatief genomen te hebben om in een aangepaste functie te werk gesteld te worden. Nu de beslissing van MEDEX blijft bestaan, kon en kan het OCMW ook niet anders dan de bestreden beslissing te nemen.

4.2. De door verwerende partij opgeworpen exceptie is volledig gelijk luidend met een middel van onontvankelijkheid dat de Raad van State heeft onderzocht in (randnummer 2 van) het arrest nr. 195.038 van 2 juli 2009 inzake Verbert. Om dezelfde redenen als in dat arrest zijn uiteengezet en die de Raad ook

voor deze zaak bijvalt, wordt vastgesteld dat de exceptie verband houdt met de grond van de zaak.

5.1. Verwerende partij ontzegt verzoeker ook belang omdat hij “zelf gevraagd heeft de beslissing te nemen”.

5.2. Om haar stelling te onderbouwen legt verwerende partij enkele mailberichten neer van verzoeker. Die doen er enkel van blijken dat verzoeker tijdig de vereiste administratieve formaliteiten vervuld wil zien worden om na de beslissing over zijn pensionering niet plots zonder inkomen te vallen. Dit kan moeilijk als een berusting in zijn toestand begrepen worden, laat staan als een van verzoeker zelf uitgaande vraag om de bestreden beslissing te nemen. De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Als eerste middel voert verzoeker aan : “Schending van de beginselen van het behoorlijk bestuur in het algemeen en in het bijzonder schending van de formele motiveringsplicht en de Uitdrukkelijke Motiveringswet dd. 29 juli 1991”.

Volgens verzoeker heeft verwerende partij in de bestreden beslissing op geen enkel ogenblik enige uitleg verstrekt over het al dan niet ontbreken van een aangepaste functie en ontbreekt elk doorslaggevend motief om hem vervroegd met pensioen te sturen.

Beoordeling

7. Verzoeker preciseert niet welke “beginselen van behoorlijk bestuur” geschonden zijn. Alvast is “de formele motiveringsplicht” geen algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Het middel is slechts ontvankelijk in zoverre het de schending aanvoert van de formele-motiveringsplicht als bedoeld in de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

8. Om te voldoen aan die formele-motiveringsplicht moeten niet de “motieven van de motieven” in de beslissing worden vermeld. De in de aanhef van het bestreden besluit uitdrukkelijk opgenomen motivering -dat verzoeker op medische gronden definitief ongeschikt is verklaard, dat hij nog wel geschikt is verklaard voor administratief werk mede bepaald door de arbeidsgeneesheer, dat hij na een termijn van één jaar zonder bijkomend medisch onderzoek definitief vervroegd gepensioneerd wordt indien onder die voorwaarden geen wedertewerkstelling is gerealiseerd en dat verzoeker binnen een termijn van één jaar niet tewerkgesteld kon worden onder deze voorwaarden- volstaat, vanuit oogpunt van de formele-motiveringsplicht, om de beslissing te onderbouwen. De overweging dat verzoeker binnen een termijn van één jaar niet tewerkgesteld kon worden onder de door de administratieve gezondheidsdienst vermelde voorwaarden houdt meer bepaald in dat er -althans volgens verwerende partij- aan verzoeker geen binnen het kader vrijgekomen geschikte betrekking kon worden aangeboden. Opsommen welke onderzoeken het bestuur daarvoor heeft ondernomen is niet vereist om verzoeker in staat te stellen de motivering van het besluit te begrijpen en, desgevallend, het “doorslaggevend” motief in rechte te betwisten, zoals hij het overigens doet in het tweede middel.

Het eerste middel faalt.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. Het tweede middel is geput uit de schending van “de beginselen van het behoorlijk bestuur in het algemeen en in het bijzonder schending van het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Verzoeker herinnert aan de e-mails van 23 en 31 december 2008 waarin verwerende partij aangeeft bereid te zijn om een gesprek te voeren met verzoeker en dat hij ter voorbereiding contact dient op te nemen met de arbeidsgeneesheer. Ondanks deze belofte en na de gesprekken tussen de arbeidsgeneesheer en het OCMW werd hij door verwerende partij op geen enkele wijze gecontacteerd voor een gesprek. Verwerende partij heeft “gewoonweg [...] genegeerd dat de arbeidsgeneesheer oordeelt dat de wedertewerkstelling van verzoeker absoluut tot de mogelijkheden behoorde, zeker in de vacante betrekking

van welzijnscoördinator”; “Dat verweester op geen enkel ogenblik heeft overwogen om verzoeker opnieuw tewerk [te] stellen, alvorens een dermate ingrijpende beslissing als vroegtijdige pensionering te nemen...”; “Dat verweester derhalve duidelijk tekort is geschoten aan de op haar rustende zorgvuldigheidsplicht”.

Beoordeling

10. Verzoeker was er zeer wel van op de hoogte dat hij automatisch en zonder nieuw medisch onderzoek gepensioneerd zou worden indien hij niet binnen het jaar tewerkgesteld raakte in een voor hem geschikte betrekking én dat hij bij het zoeken naar aangepast werk in de eerste plaats zelf het initiatief moest nemen.

Zoals is aangegeven in het feitenrelaas, verklaarde verzoeker op 23 oktober 2008 immers akkoord te gaan met de beslissing van 24 september 2008 van de pensioencommissie, door de ondertekende bijlage 1 bij die beslissing terug te sturen.

Die hiervoor in het feitenrelaas aangehaalde bijlage 1 geeft correct de regeling weer als bedoeld in artikel 117, § 3, derde lid, van de wet van 14 februari 1961 voor economische expansie, sociale vooruitgang en financieel herstel, 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.

11. 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 Verbert, nr. 195.038 van 2 juli 2009, 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.

12. 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.

De beslissing van de administratieve gezondheidsdienst mag bijgevolg niet gelezen worden als zou ze een “garantie” op aangepaste tewerkstelling geven. Een statutair personeelslid in overheidsdienst kan slechts worden tewerkgesteld 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.

13. 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 -in overleg met de geneeskundige dienst- en van de inpassing ervan in de gedurende het bedoelde jaar beschikbare betrekkingen.

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

een bestuur mag ook niet worden gevergd in deze procedure dat het een negatief bewijs zou leveren van de ontstentenis van voor verzoeker passende betrekkingen.

Het door verzoeker aangevoerde zorgvuldigheidsbeginsel vereist wel dat van een zorgvuldig handelend bestuur mag 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 de elementaire plicht tot zorgvuldig handelen miskennen.

15. 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 zélf 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.

16. Toegepast op deze zaak, stelt de Raad van State vast dat het OCMW kennis neemt van de beslissing van MEDEX en, hoewel het daartoe geenszins verplicht is, zonder dralen verzoeker er aan herinnert dat, “om een zicht te krijgen op de mogelijkheid tot aangepast werk”, het initiatief van hem moet uitgaan, omdat hij hierover eerst de arbeidsgeneesheer moet contacteren. Verwerende partij laat niet na verzoeker hier regelmatig opnieuw aan te herinneren, zelfs in communicatie die antwoordt op andere besloemingen van verzoeker.

Wanneer verzoeker dan -pas na vier maanden- einde januari / begin februari 2009 de arbeidsgeneesheer op pad stuurt, volgt hieruit vanwege verwerende partij dadelijk een aanbod voor een passende functie. Verwerende partij heeft bijgevolg aan verzoeker een betrekking -als welzijnscoördinator- aangeboden,

zodra over het passend karakter van die vacante functie duidelijkheid bestond na overleg met de arbeidsgeneesheer. Verzoeker heeft dit aanbod evenwel niet binnen de hem gestelde termijn aangenomen. Uit de stukken van het dossier blijkt dat die betrekking reeds enkele keren opengesteld was en dat een spoedige aanwerving prangend was in het kader van het uiterlijk op 22 mei 2009 te realiseren “sociaal huis” van het OCMW. In die concrete omstandigheden komt het de Raad van State niet voor dat verwerende partij onzorgvuldig gedrag verweten kan worden als zij voor die welbepaalde betrekking verzoeker spijs de korte beslissingstermijn tóch een aanbod doet, maar niet bereid is om haar lopende beslissingsproces daarvoor op de lange baan te schuiven. Als verzoeker eerst maanden lankmoedig een afwachterende houding aanneemt, vervolgens als hij toch in actie komt op korte termijn van verwerende partij een daadwerkelijk voorstel krijgt en dan meent dat hij niet op enkele dagen tijd over dit aanbod kan beslissen, dan kan dat in de geschetste omstandigheden waarlijk niet als een onzorgvuldigheid aan het bestuur worden verweten. Verwerende partij mag in de concrete omstandigheden van de zaak ook niet worden verweten dat zij niet eerder spontaan met verzoeker had gecommuniceerd over deze betrekking, nu immers, eensdeels, voldoende aan verzoeker duidelijk was gemaakt dat het initiatief van hem moest uitgaan én de inschatting van het aangepast karakter van de aan te bieden tewerkstelling voorafgaand overleg vereiste met de arbeidsgeneesheer en, anderdeels, verzoeker nooit heeft geprotesteerd tegen deze zienswijze of zelfs maar formeel het OCMW heeft verzocht om hem over bestaande mogelijkheden te informeren.

Tenslotte beweert verzoeker in het inleidend verzoekschrift niet dat er, voor of na deze betrekking van welzijnscoördinator, nog andere aangepaste administratieve functies tijdens het jaar zijn vrijgekomen waarvoor hij in aanmerking kwam. De Raad van State bedenkt daarbij ook dat het verzoeker moeilijk onbekend kon zijn dat voor hem aangepaste én vacante betrekkingen in het OCMW van Kalmthout vóór de noodlottige datum van 24 september 2009 niet dik bezaaid zouden liggen, rekening houdende met de beperkte omvang van dit bestuur. Het zou des te meer reden geweest moeten zijn voor verzoeker, om na kennisname van de MEDEX-beslissing niet lang te dralen om zijn kansen op wedertewerkstelling gaaf te houden in plaats van veeleer fatalistisch, in een e-mail van 11 december 2008, aan verwerende partij te schrijven dat “wedertewerkstelling in aangepast werk [...] op zich een toekomstige piste [blijft] maar dient met de nodige realiteitszin benaderd te worden”.

De bewering dat verwerende partij “op geen enkel ogenblik heeft overwogen om verzoeker opnieuw tewerk [te] stellen” faalt in feite. Verzoeker toont voorts niet aan dat verwerende partij in strijd met de zorgvuldigheidsplicht heeft gehandeld vooraleer tot de bestreden beslissing te besluiten.

Het middel is ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

17. Al derde middel voert verzoeker de schending aan van artikel 117 van de wet van 14 februari 1961 voor economische expansie, sociale vooruitgang en financieel herstel.

Opnieuw argumenteert verzoeker dat verwerende partij “op geen ogenblik overwogen heeft waarom verzoeker niet in aanmerking zou komen voor de vacante betrekking van welzijncoördinator” en dat het bestuur tijdens de periode van twaalf maanden zich geen enkele inspanning heeft getroost om hem opnieuw te integreren. Hij verwijst naar “de expliciete verklaring” van de arbeidsgeneesheer van 19 oktober 2009 om aan te tonen dat hij interesse had voor de betrekking van welzijnscoördinator. Nergens uit de bestreden beslissing blijkt volgens verzoeker dat het bestuur daadwerkelijk de mogelijkheden heeft onderzocht om hem te herplaatsen in een ambt dat aan zijn lichamelijke geschiktheid voldoet overeenkomstig het advies van de arbeidsgeneesheer.

Beoordeling

18. In de “expliciete verklaring” van de arbeidsgeneesheer waaraan verzoeker refereert, verduidelijkt deze enkel dat tussen hem, verzoeker en het OCMW “in februari 2009 diverse contacten geweest [zijn] om na te gaan of er aangepast werk mogelijk was”. Die verklaring lijkt dus enkel te bevestigen, wat reeds is opgemerkt bij de bespreking van het tweede middel, dat verzoeker noch vroeger, noch later dan februari 2009 enige moeite heeft gedaan om bij zichzelf en vervolgens bij het bestuur belangstelling voor het vinden van aangepast werk aan te wakkeren. Hiervoor is ook reeds uiteengezet waarom, in de concrete omstandigheden van deze zaak, aan het handelen van verwerende partij in de maand

februari 2009 dan weer geen onzorgvuldigheid kan worden verweten. Bij die beoordeling werd reeds het in het derde middel aangevoerde artikel 117 van de wet van 14 februari 1961 betrokken. Dit middel voegt niets toe aan hetgeen reeds is aangevoerd en verworpen bij het tweede middel. Ook het derde middel kan niet worden aangenomen.

VI. Korte-debattenprocedure

19. Ter terechtzitting bepleit verzoeker dat het beroep niet, zoals voorgesteld door de auditeur-verslaggever, afgehandeld zou worden met korte debatten maar vraagt hij dat het nog verder onderzocht zou worden volgens de gewone procedure.

Verzoeker -die overigens door het neerleggen van een pleitnota schriftelijk hééft kunnen reageren en dus een met een laatste memorie vergelijkbaar wederwoord heeft gehad op het auditoraatsverslag- brengt evenwel geen argumenten bij die de Raad ervan overtuigen dat een verder “woord en wederwoord” over een der aangevoerde middelen nog van aard kan zijn een ander licht te werpen op de beoordeling ervan.

Verzoeker betoogt vooreerst dat hij zich wél beklaagde over het feit dat er geen ander aanbod kwam. Als dat het geval was, dan laat hij na om daarvan enige concrete informatie te geven, laat staan een en ander met stukken aan te tonen. In de drie aangevoerde middelen concentreert verzoeker zich alvast exclusief op de betrekking van welzijnscoördinator. Geen enkel van de in deze zaak neergelegde stukken doet ervan blijken dat verzoeker voor of na februari 2009 het bestuur heeft aangespoord om voor hem nog een andere betrekking te zoeken.

Vervolgens argumenteert verzoeker dat het OCMW voor de betrekking van welzijnscoördinator geen “effectief wedertewerkstellingsaanbod” deed, aangezien daarvan geen raadsbeslissing bestaat. Dit argument is naast de kwestie. Verzoeker is na het gesprek tussen de arbeidsgeneesheer en het OCMW in de loop van de maand februari maar al te duidelijk een aanbod voorgelegd als welzijnscoördinator. Het OCMW heeft hem zelfs het functieprofiel daarvan toegezonden, verzoeker heeft er gesprekken over gevoerd met de arbeidsgeneesheer en er is over gecommuniceerd tussen verzoeker en verwerende partij in mailberichten. Verzoeker heeft een kleine twee weken respijt gekregen om over het aanvaarden van de betrekking na te denken. Als gezien, betrof het op het ogenblik

waarop verzoeker eindelijk van zich liet horen een reeds enige tijd lopende procedure mét een overigens decretaal opgelegde uiterste beslissingsdatum. In die context doet het ontbreken van een door de OCMW-raad geformaliseerde beslissing niets af aan de vaststelling dat, enerzijds, het bestuur binnen de bestaande mogelijkheden en het vooropgestelde tijdstraject het nodige heeft gedaan om verzoeker ter wille te zijn terwijl verzoeker precies niet is willen ingaan binnen de toegemeten beslissingstijd op het aanbod. Ter beoordeling van het tweede middel is het bestaan van een door het OCMW in een raadsbesluit geformaliseerd voorstel dan ook niet relevant.

Tenslotte argumenteert verzoeker dat het OCMW niet te goeder trouw was, door aan de arbeidsgeneesheer een verklaring toe te schrijven die deze niet heeft gedaan, namelijk dat verzoeker geen belangstelling had voor de betrekking van welzijnscoördinator. De Raad van State merkt evenwel op dat de drie in het verzoekschrift aangevoerde middelen hiervoor beoordeeld werden, enkel rekening houdend met de in het feitenrelaas beschreven handelingen en uitingen van verzoeker en verwerende partij, en niet aan de hand van loutere beweringen die worden toegeschreven aan de arbeidsgeneesheer. Ook dit argument is bijgevolg niet ter zake.

Verzoeker besluit in de pleitnota dat hij zich “tijdig en herhaaldelijk” aanbod bij de arbeidsgeneesheer. Dat is een zienswijze die de Raad van State -ook na kennisname van die pleitnota, nog steeds- niet kan bijvallen.

De auditeur heeft bijgevolg terecht gemeend dat de oplossing van dit geschil slechts korte debatten vereist.

IX. De vordering tot schorsing

20. De vordering tot schorsing, als accessorium van het annulatieberoep, dient hetzelfde lot te ondergaan.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 maart 2010,
door de Raad van State, XIle kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

Frank Bontinck

Geert Van Haegendoren