

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 205.559 van 22 juni 2010
in de zaak A. 192.357/XII-5801**

In zake: Gino ROOSENDANS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jim Deridder
kantoor houdend te Antwerpen
Mechelsesteenweg 210 a
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN ETTERBEEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jérôme Sohier
kantoor houdend te Brussel
Emile De Motlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen
tevens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Lindemans

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 21 april 2009, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 13 maart 2009 van de raad voor maatschappelijk welzijn van Etterbeek, waarbij Gino Roosendans ter beschikking gesteld wordt wegens ambtsontheffing in het belang van de dienst.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 197.209 van 23 oktober 2009 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing ingewilligd.

De verwerende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoeker heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Bart Weekers heeft een verslag opgesteld op grond van artikel 93 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 juni 2010.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jim Deridder, die verschijnt voor verzoeker en advocaat Dirk Lindemans, die in eigen naam en loco advocaat Jérôme Sohier 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 is sedert 1 februari 2003 secretaris van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn (OCMW) van Etterbeek.

3.2. Op 22 november 2007 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Etterbeek om in het kader van zijn toezichthoudende opdracht over het OCMW een algemene doorlichting te laten uitvoeren met betrekking tot de administratieve organisatie en de werking van het OCMW.

De audit wordt afgerond in de loop van de maand juni 2008. Een onderdeel ervan bevat vaststellingen omtrent het (gebrek aan) leiderschap in de administratie. Geïndividualiseerde coaching van verzoeker wordt sterk aanbevolen.

Ten gevolge van deze audit ondernemen de raad voor maatschappelijk welzijn (hierna ook: OCMW-raad) en het vast bureau van het OCMW van Etterbeek pogingen om verzoeker te verwijderen uit de dienst door middel van een reeks ordemaatregelen, die telkens met succes door verzoeker bij de Raad van State worden aangevochten. Hierna worden enkel de voor de huidige zaak meest relevante feiten in herinnering gebracht.

3.3. Op 3 september 2008 roept het vast bureau verzoeker op om gehoord te worden op 23 september 2008 in het kader van een procedure tot terbeschikkingstelling wegens ambtsontheffing in het belang van de dienst.

Op 23 en 30 september 2008 hoort het vast bureau een reeks personeelsleden, voornamelijk diensthoofden, van het OCMW.

3.4. Op 10 oktober 2008 richten een tiental diensthoofden een brief aan de voorzitter van het OCMW waarin zij de terugkeer van verzoeker betreuren. Het is volgens hen in de concrete omstandigheden niet mogelijk met verzoeker samen te werken.

In een niet gedateerde nota antwoordt de dienstdoende voorzitter van het OCMW dat de terugkeer in dienst van verzoeker zijn reden uitsluitend vindt in een arrest van de Raad van State waarbij de preventieve schorsing van verzoeker werd geschorst, dat het OCMW die beslissing moet respecteren, dat de lopende procedure houdende de terbeschikkingstelling van verzoeker daar evenwel los van staat en over luttele weken afgerond zal zijn en dat ondertussen iedereen de plicht heeft om op correcte wijze, in het belang van de continuïteit van de openbare dienst en de dienstverlening aan de burgers, samen te werken met de secretaris.

3.5. Verzoeker zelf wordt gehoord door het vast bureau op 17 en 28 oktober 2008. Op 21 november 2008 volgt nog een verhoor van personeel en van de steller van de audit.

3.6. Ook de raad voor maatschappelijk welzijn hoort vervolgens verzoeker, op 12 januari 2009.

De thans bestreden beslissing volgt op 13 maart 2009. Beslist wordt om verzoeker met toepassing van de artikelen 63 en 64 van het organiek

reglement vanaf 17 maart 2009 ter beschikking te stellen wegens ambtsontheffing in het belang van de dienst. De uitgebreide motivering van de beslissing is te lezen in het schorsingsarrest nr. 197.209 van 23 oktober 2009 in deze zaak.

IV. Onderzoek van de middelen

4. De Raad van State heeft de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing bevolen op grond van het *vierde middel*, waarin verzoeker de schending aanvoert van artikel 64, § 1, van het statuut en van het evenredigheidsbeginsel.

Het schorsingsarrest stelt vast dat de audit een coaching van verzoeker aanbeveelt maar dat het bestuur die aanbeveling terzijde laat om reden van “de verzwarende elementen die de verhoren van de diensthoofden gebracht hebben”. Op het eerste gezicht neemt het arrest aan dat doorslaggevend hiervoor was “dat het uit de verhoren van de diensthoofden blijkt dat dit verlies aan vertrouwen ernstig was”. Voor verwerende partij is de opgelegde maatregel vanzelfsprekend “als men dit onontbeerlijk element aangaande het functioneren van een secretaris in het OCMW, aan de andere gebreken toevoegt”.

De passus waaraan het arrest refereert luidt in zijn geheel:

“Gelet enerzijds op de conclusies van de audit die onder andere een coaching van de betrokkene aanbeveelt;
Gelet anderzijds op de verzwarende elementen die de verhoren van de diensthoofden gebracht hebben;
Overwegende dat men hier in het bijzonder moet vaststellen dat de auteur van het audit-rapport, aan de vragen over de toekomstperspectieven, twijfels heeft gehad, gelet op het totale verlies aan vertrouwen ten aanzien van het functioneren van de heer Roosendans als Secretaris van het OCMW, des te meer dat het uit de verhoren van de diensthoofden blijkt dat dit verlies aan vertrouwen ernstig was;
Overwegende dat, als men dit onontbeerlijk element aangaande het functioneren van een secretaris in het OCMW, aan de andere gebreken toevoegt, het vanzelfsprekend is dat alleen maar een maatregel van indisponibiliteit wegens ambtsontheffing in het belang van de dienst een minimaal klimaat van vertrouwen kan herstellen en een oplossing kan bieden aan de in het dagelijkse beheer van het OCMW vastgestelde functiestoornissen”.

De Raad van State stelt in het schorsingsarrest vervolgens vast dat verschillende diensthoofden inderdaad zodanige twijfels uiten over de vaardigheden en het gebrekkige leiderschap van verzoeker, en in zulke bewoordingen, dat het bestuur er *prima facie* een verlies aan vertrouwen uit mocht afleiden. Evenwel zijn

het verklaringen die op het eerste gezicht, anders dan in de bestreden beslissing wordt aangenomen, geen majeur nieuw licht werpen op het dossier en dus in dit dossier geen “verzwarende elementen” zijn:

“Hiervoor is reeds vastgesteld dat het auditrapport gesteund is op een selectie van het personeel. De lijst van ondervraagde personen omvat alle diensthoofden. Het zijn opnieuw die diensthoofden die door het vast bureau werden ondervraagd. Als die diensthoofden dan uiting geven aan het feit dat zij nog moeilijk vertrouwen kunnen stellen in de capaciteiten van de secretaris, ziet de Raad van State niet dadelijk wat dit kan toevoegen aan al de reeds negatieve uitlatingen over de secretaris zoals die in de halfgestructureerde vragenlijsten voorkomen in het rapport en de veelvuldige inefficiëntie die hem wordt toegeschreven. Reeds het auditrapport kon daarom signaleren, in zijn samenvatting : ‘Er bestaat een zeer ernstig probleem van leiderschap, dat ertoe heeft geleid dat de OCMW-secretaris geleidelijk aan het vertrouwen van zijn medewerkers en van zijn mandatarissen heeft verloren’.

Aan dit in het rapport reeds vastgestelde vertrouwensverlies later, op grond van de verklaringen van dezelfde diensthoofden, ten behoeve van de eindbeslissing een gradatie toekennen en het ‘ernstig’ of ‘totaal’ noemen, lijkt dan ook niet pertinent: wat verzoeker reeds volgens de audit ‘heeft verloren’ is kwijt gebleven”.

Volgens het schorsingsarrest is de implicatie van de aangevoerde vertrouwensbreuk ook te relativiseren en rijst de vraag “in welke mate de vertrouwensrelatie, voorwaar van belang, ook doorslaggevend moet zijn voor de onmiddellijke en definitieve verwijdering van verzoeker uit zijn ambt”.

Het arrest herinnert dan eraan dat de aard en de impact van een ordemaatregel, die bij bepaling opgelegd wordt wegens het dienstbelang, in beginsel proportioneel zijn met het nagestreefde doel en dat ze aan de ambtenaar geen groter ongemak mag veroorzaken dan noodzakelijk is in het licht van de nagestreefde doelstelling, om te besluiten:

“[De] volledige verwijdering uit de dienst van verzoeker, waarbij verwerende partij bovendien geen enkel perspectief lijkt aan te bieden dat deze maatregel slechts van tijdelijke aard zou zijn, is echter zo vérstrekkend dat de Raad van State vooralsnog verzoeker hierin bijvalt dat de evenredigheidstoets vereist dat het bestuur minstens onderzoekt of er minder verregaande maatregelen mogelijk zijn en dat het in de beslissing daarvan doet blijken en uiteenzet waarom deze maatregelen in de concrete omstandigheden niet haalbaar zijn. Hiervoor is reeds uiteengezet waarom het enig in de beslissing veruitwendigd motief om niet in te gaan op de in de audit voorgestelde intensieve begeleiding van verzoeker, met name de vastgestelde vertrouwensbreuk, voorlopig niet aangenomen wordt. Ook de niet tegengesproken vaststelling dat het bestuur sedert de benoeming van verzoeker gedurende meer dan vijf jaar geen opmerkingen heeft gemaakt over zijn functioneren, tenzij om hem er voor te feliciteren, versterkt de vraag van verzoeker dat het bestuur zich in het licht van het evenredigheidsbeginsel dient af te vragen of het al wel alle dienstige

middelen heeft aangewend die verzoeker uit zijn situatie zouden kunnen redden”.

5. In de memorie van wederantwoord herneemt verwerende partij in wezen de argumenten die zij, vergeefs, deed gelden in de nota met opmerkingen in de schorsingsprocedure. Het zijn de argumenten die de Raad met verwerende partij deed meegaan om *prima facie* te aanvaarden dat de audit haar reden gaf om tegen verzoeker op te treden, maar waarmee geen afdoende verantwoording was gegeven voor de welbepaalde drastische maatregel van de bestreden terbeschikkingstelling en het niet onderzoeken van andere, minder verregaande maatregelen zoals de door de audit gesuggereerde coaching.

Verwerende partij betoogt in de memorie van antwoord dat “er geen andere keuze was [...] dan om deze bestreden ordemaatregel te nemen” en dat er “geen alternatief voor de bestreden maatregel [was]” omdat verzoeker als secretaris een wettelijke graad bekleedt waardoor “elke overplaatsing of andere ordemaatregel onmogelijk [was]”. Zulks beweren is één zaak, overtuigend aantonen een andere. Waarom coaching of een andere remediërende maatregel niet dienstig kon zijn -uit het dossier blijkt nog steeds niet of en in welke mate die optie ook maar is onderzocht- of waarom een tijdelijke maatregel geen optie kon zijn is daarmee nog altijd niet concreet gemaakt.

6. Verwerende partij brengt in haar verweer geen enkel nieuw gegeven aan dat in de fase van het administratief kort geding niet of onvoldoende onder de aandacht van de Raad van State is gekomen en dat aanleiding zou kunnen zijn om aan het middel thans een andere beoordeling te geven dan tijdens de schorsingsprocedure.

Het brengt de auditeur-verslaggever ertoe om voor te stellen het middel in de korte-debattenprocedure gegrond te verklaren.

7. Verzoeker kan zich hiermee verenigen.

8. Ter terechtzitting verklaart verwerende partij dat zij recent een tweede opinie heeft gevraagd aan een andere raadsman, dat deze het omvangrijke dossier nog diende te bestuderen, dat het in de bedoeling lag om zijn bevindingen in de laatste memorie neer te schrijven en dat zij dit verweermiddel verliest in de korte-debattenprocedure.

Dit gegeven vermag evenwel geen reden te zijn om de zaak opnieuw naar de gewone procedure te verwijzen. Het is immers in de memorie van antwoord, en niet meer in de laatste memorie, dat verwerende partij haar argumenten nuttig kenbaar moest maken. De beginselen van een behoorlijke rechtsbedeling en van de wapengelijkheid evenals de cruciale taak die de wetgever aan het auditoraatsonderzoek heeft toebedeeld, vereisen immers dat aan het auditoraat ten behoeve van zijn onderzoek te nuttigen tijde argumenten zijn voorgelegd. Als echter de verwerende partij verzuimt om dit te doen in de memorie van antwoord, zou met in laatste memorie aangebrachte argumenten alsnog rekening houden geheel strijden met de door de wetgever ingebouwde stappen van de schriftelijke procedure, en met de essentiële rol van het auditoraat bij de instructie van de zaak. Het belang van de memorie van antwoord als verweermiddel is des te groter, nu de Raad reeds tot een voorlopige beoordeling van het middel was gekomen in het schorsingsarrest.

Zoals gezien heeft verwerende partij haar verweer slechts met losse beweringen gevoerd; terecht heeft de auditeur-verslaggever gemeend dat het beroep thans met korte debatten kan worden afgedaan.

9. De voorlopige beoordeling van het schorsingsarrest blijft, ook na onderzoek ten gronde, overeind. Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 13 maart 2009 van de raad voor maatschappelijk welzijn van Etterbeek, waarbij Gino Roosendans ter beschikking gesteld wordt wegens ambtsontheffing in het belang van de dienst.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 juni 2010,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Geert Van Haegendoren