RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

nr. 214.214 van 28 juni 2011
in de zaak A. 194.056/XIV-32.626

In zake : de stad BERINGEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Mertens
kantoor houdend te 3580 Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij :

Pierre Jacobs
wonende te 3583 Paal
Heldenlaan 33
alwaar woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 september 2009, strekt tot de nietigverklaring van het ministerieel besluit van 28 juli 2009 houdende gedeeltelijke vernietiging van het besluit van 10 juli 2008 van het college van burgemeester en schepenen van Beringen betreffende de opschorting van de bevorderingsprocedure van Pierre Jacobs.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 22 december 2009 . De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Rudi Van Der Gucht heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 mei 2011.

Staatsraad Stephan De Taeye heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Gebruers, die loco advocaat Wim Mertens verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Saartje Callens, die loco advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Rudi Van Der Gucht 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. Op 7 februari 2008 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Beringen om Pierre Jacobs, enige kandidaat in de beschikbare wervingsreserve, lopend tot 13 november 2008, een voortgezette vorming in functie van de toekomstige betrekking van ploegbaas te laten volgen.

3.2. Op 14 februari 2008 beslist het college van burgemeester en schepenen om de betrekking van ploegbaas in de ploeg riolering/wegen bij wijze van bevordering vacant te verklaren en dienaangaande een oproep te doen tot de enige kandidaat uit de beschikbare wervingsreserve, Pierre Jacobs.

3.3. Op 13 maart 2008 neemt het college van burgemeester en schepenen formeel kennis van de kandidatuur van Pierre Jacobs voor de voormelde betrekking.

3.4. Op 10 juli 2008 neemt het college van burgemeester en schepenen kennis van een nota waarin onder meer het volgende wordt gesteld:

> "(…)
> Het college neemt kennis van volgende nota:
> Aanleiding en doel:
> Op- 28-05-2008 werd vastgesteld dat drie werklieden van de ploeg riolering tijdens de diensturen werden aangetroffen ten huize van Joël Vanmol, Azaleastraat 36 te 3583 Beringen. Dit zou niet de eerste keer zijn geweest en daarom werd gevraagd aan de politie om de nodige vaststellingen te doen. Hiervan werd PV opgesteld en overgemaakt aan het Arbeidsauditoraat te Hasselt. Met het oog op het nemen van eventuele sancties werd het dossier opgevraagd bij het Arbeidsauditoraat, doch het auditoraat liet weten dat het dossier voor verder gevolg tot beschikking werd overgemaakt aan het parket van de procureur des Konings te Hasselt. Inmiddels werd op zijn beurt aan het parket een afschrift van het dossier opgevraagd voor verder arbeidsrechtelijk dan wel tuchtrechtelijk gevolg. In afwachting van inzage in het dossier vindt het college als bijlage een verslag over de feiten in de Azaleastraat, zoals besproken tijdens een onderhoud dat Peter Douven had met de betrokken werklieden op 26-06-2008.
> Het college vindt tevens een tweede verslag betreffende vaststellingen waarbij vier werklieden van de ploeg riolering werden aangetroffen in een werfkeet in de Wittevennestraat te Korspel op 12-06-2008. Het gaat om dezelfde drie werklieden als in het dossier Azaleastraat, samen met nog een vierde collega. Daags na deze vaststellingen werden de betrokken werknemers voor meer uitleg ontvangen in het bureel van Peter Douven (zie verslag).

Aan het college worden beide verslagen ter kennis gegeven met de vraag welke eventuele gevolgen dienen gekoppeld te worden aan de gedane vaststellingen.

Feitelijke overwegingen:

De vier werklieden, die werden aangetroffen ten huize van Joël Vanmol, werken hetzij in contractueel verband, hetzij in statutair verband bij de stad Beringen:

	Statuut	Sedert
Pierre Jacobs Werkman ploeg riolering	statutair	01-09-1994 op proef 01-09-1995 vastbenoemd
Nico Lenaerts Werkman-vrachtwagenbestuurder	Statutair	01-11-1998 op proef 01-11-1998 vastbenoemd
Joël Vanmol Werkman ploeg riolering	Contractueel	Startbaner: 22-09-2004 – 1 jaar Contract onbepaalde duur: 22-09-2005

Deze drie werklieden werden opnieuw samen aangetroffen, ditmaal in de werfkeet in de Wittevennenstraat te Korspel, met volgende collega:

Robert Nijs Werkman riolering	statutair	Op pensioen vanaf 01-10-2008

Juridische overwegingen:

1) m.b.t. de statutair aangestelde werkmannen: tuchtprocedure of niet

Met betrekking tot de statutairen wordt de vraag aan het college voorgelegd of een tuchtprocedure dient ingesteld te worden na het verkrijgen van inzage van het dossier, dat zich thans nog bij het parket bevindt.

Bijkomende vraag aan het college: op de zitting van 07-02-2008 gaf het college haar akkoord om Pierre Jacobs de voortgezette vorming te laten volgen in functie van de toekomstige betrekking van ploegbaas riolering. Hij zou vanaf 01-09-2008 kunnen bevorderen. Dit moet nog als agendapunt opgebracht worden. Wat is, gezien de vaststellingen, het huidig standpunt van het college omtrent de bevordering van Pierre Jacobs?

(...)".

Dienvolgens beslist het college van burgemeester en schepenen onder meer wat volgt:

"(…)

-Voor de statutaire personeelsleden wordt de ontvangst van het strafdossier afgewacht vooraleer over te gaan tot de opstart van een tuchtprocedure.

(…)

-De bevorderingsprocedure voor Pierre Jacobs dient rekening houdende met voornoemde feiten opgeschort.".

3.5. Op 16 oktober 2008 neemt het college van burgemeester en schepenen kennis van de volgende nota :

"Het college neemt kennis van volgende nota:

Aanleiding en doel:

Op donderdag 2 oktober II. vond op de personeelsdienst een bespreking plaats

met het diensthoofd, Dorien Vanhees en het afdelingshoofd, Peter Douven, van de stedelijke werkplaatsen aangaande de huidige personeelsbezetting van de stedelijke werkplaatsen.

Feitelijke overwegingen:

1. Momenteel zijn er in de ploeg riolering een aantal personeelsleden uit dienst gegaan en niet vervangen.

Robert Nijs - op pensioen sedert 01-10-2008.

Joël Van Mol - ontslagen en uit dienst op 12-09-2008.

Er wordt gevraagd of er een invulling van deze twee betrekkingen mag gebeuren. De wervingsreserve van riolering liep tot 31-05-2008. De wervingsreserve is dus vervallen, dus zouden we hiervoor opnieuw een wervingsreserve willen aanleggen.

2. functie van ploegbaas riolering

Gaston Vertessen is sedert 01-09-2008 op pensioen. De functie is aldus vacant. In principe zou Pierre Jacobs hiervoor in aanmerking komen, gezien hij immers de enige kandidaat is, die in de wervingsreserve van ploegbaas riolering zit Op de zitting van 07-02-2008 gaf het college haar akkoord om Pierre Jacobs de voortgezette vorming te laten volgen in functie van de toekomstige betrekking van ploegbaas riolering. Pierre diende nog 9 uren vorming te volgen om te kunnen bevorderen. Op 10-07-2008 nam het college echter kennis van een aantal feiten, met name het verrichten van andere zaken dan deze welke werden opgelegd of tot de normale taak behoren en het benutten van een werfkeet zonder toestemming. ingevolge hiervan besliste het college dat voor de statutaire personeelsleden, die hierbij betrokken waren, waaronder Pierre Jacobs, de ontvangst van het strafdossier wordt afgewacht vooraleer over te gaan tot de opstart van een tuchtprocedure. De bevorderingsprocedure voor Pierre Jacobs werd rekening houdende met voornoemde feiten opgeschort, alsmede het voltooien van zijn vormingsuren.

Graag hadden we het standpunt vernomen van het college aangaande de verdere invulling van de betrekking van ploegbaas riolering. Het parket in Hasselt liet op 14-10-2008 weten dat het strafdossier zonder gevolg werd geklasseerd. Het dossier zal bij het parket worden opgevraagd om te integreren in het tuchtonderzoek. De wervingsreserve loopt af op 13-11-2008. Als het college alsnog Pierre wenst te laten bevorderen, kan hij nog deelnemen aan de opleiding functionerings- en evaluatiegesprekken, die start op 03-11-2008 en kan hij bevorderd worden vóór de afloop van de wervingsreserve. In het andere geval dient een nieuwe bevorderingsprocedure te worden opgestart. Wenst het college beroep te doen op de huidige wervingsreserve en Pierre Jacobs als enige kandidaat te laten bevorderen of een nieuwe bevorderingsprocedure op te starten na 13-11-2008 met aanleg van een wervingsreserve?

3. langdurige ziekte werkman ploeg zwerfvuil

Agnes Devillé is sedert 05-08-2008 In ziekteverlof. Haar laatste ziektebriefje werd verlengd tot en met 31-10-2008 en vermoedelijk zal zij nog langer in ziekteverlof blijven. Mag zij vervangen worden? Mag hiervoor geput worden uit de lijst van de wervingsreserve van de ploeg beplanting (wervingsreserve ploeg zwerfvuil is vervallen) en uit de spontane sollicitatie en bij gebreke aan kandidaten een oproep via de gewone kanalen geplaatst worden?”.

Dientengevolge beslist het college van burgemeester en schepenen wat volgt:

> "1. Akkoord met de invulling van twee betrekkingen in vervanging van Robert Nijs en Joel Vanmol.
> 2. Niet akkoord met de bevordering/resterende vorming van Pierre Jacobs in afwachting van de te voeren tuchtprocedure. Een nieuwe wervingsreserve voor de functie van ploegbaas riolering dient opgestart te worden.".

3.6. Op 30 oktober 2008 beslist het college van burgemeester en schepenen om de betrekking van meewerkende ploegbaas riolering open te stellen bij wijze van bevordering met aanleg van een wervingsreserve.

3.7. Op 18 december 2008 geeft het college van burgemeester en schepenen aan de stadssecretaris de opdracht om lastens Pierre Jacobs een tuchtprocedure op te starten.

3.8. Bij schrijven van 24 december 2008 wordt aan Pierre Jacobs medegedeeld dat zijn kandidatuur niet in aanmerking kan worden genomen omdat hij geen kopie van zijn rijbewijs heeft toegevoegd.

3.9. Op 10 maart 2009 beslist de gouverneur van de provincie Hasselt om het besluit van 10 april 2008 van het college van burgemeester en schepenen houdende het functioneren van werklieden in de ploeg riolering in zijn uitvoering te schorsen wat de bepaling aangaande de opschorting van de bevorderingsprocedure betreft en dit op grond van de volgende overwegingen:

> "(…)
> Overwegende dat het College van Burgemeester in Schepenen op 10 juli 2008 beslist als volgt:
> - voor de statutaire personeelsleden wordt de ontvangst van het strafdossier afgewacht vooraleer over te gaan tot de opstart van een tuchtprocedure
> - [...] de bevorderingsprocedure voor Pierre Jacobs dient rekening houdende met voornoemde feiten opgeschort;
>
> Overwegende dat de beslissing om de bevorderingsprocedure op te schorten een verkapte tuchtmaatregel inhoudt die opgelegd wordt door het College van Burgemeester en Schepenen en die bovendien wordt opgelegd alvorens de opdracht gegeven is om een tuchtonderzoek te starten;
> dat dit in strijd is met art. 120 GD waarin de mogelijke tuchtsancties limitatief

vermeld staan; dat het opschorten van een bevorderingsprocedure hier niet voorzien is; dat het College van Burgemeester en Schepenen niet zelf tuchtstraffen mag uitvinden;

dat anderzijds art. 125 GD geschonden wordt aangezien een tuchtstraf pas kan worden opgelegd nadat het personeelslid en desgevallend zijn raadsman de gelegenheid hebben gekregen om door de tuchtoverheid te worden gehoord in zijn middelen van verdediging over alle feiten die hem ten laste worden gelegd; dat dhr Jacobs nooit werd gehoord over de beweerde feitelijkheden;

dat het College van Burgemeester en Schepenen op 10/07/2008 uitdrukkelijk beslist om de tuchtprocedure nog niet op te starten;

dat de opdracht om een tuchtonderzoek te starten pas werd gegeven door het College van Burgemeester en Schepenen op 18/12/2008, zijnde meer dan 6 maanden na de vermeende feiten en meer dan 5 maanden na huidig betwiste beslissing;

dat het College van Burgemeester en Schepenen in deze omstandigheden niet bevoegd was de bevorderingsprocedure op te schorten;

Overwegende dat de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van 10/07/2008 eveneens in strijd is met het eigen administratief statuut - tuchtregeling - van de gemeente Beringen; dat art. 155 van dit administratief statuut bepaalt dat gedurende de perioden van tuchtschorsing de aanspraken op bevordering niet gelden; dat deze bepaling beperkend geïnterpreteerd dient te worden en zeker niet kan worden uitgebreid tot de periode vóór het tuchtonderzoek; dat het College van Burgemeester en Schepenen hiermee haar bevoegdheid ruim overschrijdt;

Overwegende dat de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van 10/07/2008 bovendien de algemene beginselen van behoorlijk bestuur schendt, meer bepaald de motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel;

dat de motiveringsplicht vereist dat de motieven of beweegredenen van een administratieve beslissing steunen op feiten of gegevens die bestonden vooraleer de administratieve rechtshandeling werd genomen en die deze moeten rechtvaardigen; dat er zonder deugdelijk motief geen wettige handeling is; dat de materiële motiveringsplicht, de vereiste dus van deugdelijke motieven, inhoudt dat iedere administratieve rechtshandeling op motieven moet steunen waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen genomen worden; dat het onderzoek naar het bewijs van de feiten een onderdeel is van het wettigheidsonderzoek; dat een beslissing die op niet afdoende bewezen feiten steunt , in rechte niet te verantwoorden is; dat bij het nemen van een administratieve beslissing enkel rekening gehouden kan worden met de reden(en) die aanwezig zijn ten tijde van het tot stand komen van de beslissing; dat het gemis aan motieven niet kan worden goedgemaakt door een latere toevoeging; dat de feiten waarop het College van Burgemeester en Schepenen haar beslissing van 10/07/2008 steunt niet bewezen zijn aangezien het strafdossier nog lopende was, de tuchtprocedure nog niet opgestart was en de betrokkene nog niet gehoord was dat het besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van 10/07/2008 derhalve onvoldoende deugdelijk gemotiveerd is;

dat bovendien het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden werd; dat de beslissing van het College en Burgemeester van 10/07/2008 immers gebrekkig werd voorbereid wegens geen, minstens onvoldoende, onderzoek op voorhand naar de feiten ; dat de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen enkel gebaseerd is op 'een verslag' vooraleer enig (tucht)onderzoek gevoerd werd; dat dhr. Jacobs bovendien niet gehoord werd in zijn verdediging;

Overwegende dat, omwille van deze redenen, de bovenvermelde beslissing van

10 juli 2008 van het College van Burgemeester en Schepenen van Beringen, de wet en het algemeen belang schenden;

BESLUIT:

Artikel 1

Het besluit dd. 10 juli 2008 van het College van Burgemeester en Schepenen van Beringen, verzonden aan het agentschap voor Binnenlands Bestuur, afdeling Limburg op 19 februari 2009, houdende het functioneren van werklieden in de ploeg riolering, wordt in zijn uitvoering geschorst voor wat betreft de bepaling betreffende opschorting van de bevorderingsprocedure.

Artikel 2

Afschrift van onderhavig besluit zal aangetekend toegestuurd worden aan het College van Burgemeester en Schepenen van Beringen en ter kennisgeving aan de Vlaamse Regering en de financieel beheerder van Beringen.

(...)".

3.10. Op 11 juni 2009 neemt het college van burgemeester en schepenen het volgende rechtvaardigingsbesluit:

"(…)

Artikel 1.- Het geschorste besluit van het college van burgemeester en schepenen van 10-07-2008 met betrekking tot de beslissing tot opschorting van de bevorderingsprocedure in hoofde van Pierre Jacobs, gemotiveerd te rechtvaardigen aan de hand van onderstaande motieven:

Het besluit van 10-07-2008 wordt door de toezichthoudende overheid beoordeeld als een "verkapte tuchtstraf".

In het werk "Tuchtrecht voor lokale besturen" werd dit begrip als volgt omschreven door Ingrid Opdebeek :

"Het bestuur kan zich schuldig maken aan een vorm van machtsafwending door, onder het mom van een ordemaatregel, een verkapte tuchtstraf op te leggen. Daar niet de inhoud maar het motief determinerend is om te bepalen of men al dan niet te maken heeft met een tuchtstraf, kan de overheid, die redenen meent te hebben om een ambtenaar te straffen, gewild haar motieven verbergen om aldus, zonder de zware tuchtprocedure te volgen, een ordemaatregel op te leggen die een verkapte tuchtstraf is."

In voorliggend geval heeft het college van burgemeester en schepenen op 10-07-2009 het volgende beslist :

"De bevorderingsprocedure voor Pierre Jacobs dient rekening houdende met voornoemde feiten opgeschort."

De bevorderingsprocedure werd enkel opgeschort en het begrip "opschorting" wordt in Van Dale gedefinieerd als het uitstellen naar een later tijdstip.

Het besluit van het college van burgemeester en schepenen heeft enkel beslist om de bevorderingsprocedure even uit te stellen in afwachting van het resultaat van het strafrechtelijk onderzoek lastens de heer Pierre Jacobs.

In welke mate deze beslissing een verkapte tuchtstraf uitmaakt is niet geheel duidelijk. Indien we de redenering van de Gouverneur volgen, zou de Stad Beringen als het ware de plicht hebben om, zonder enig onderzoek ter zake en niettegenstaande er aanwijzingen zijn van disfunctioneren, zonder meer over te gaan tot bevordering van deze personeelsleden.

Een opschorting van de bevorderingsprocedure leek ons in dit kader een gerechtvaardigd middel als werkgever om ons in staat te stellen om na het

verzamelen en checken van de feitelijke gegevens met kennis van zaken te kunnen oordelen.

Dit kan in hoofde van de Stad Beringen enkel maar beoordeeld worden als een daad van behoorlijk bestuur.

Op 14-10-2008 kreeg het stadsbestuur kennis vanwege het Parket van de Procureur des Konings dat het dossier strafrechtelijk zonder gevolg werd geklasseerd.

Binnen het tijdsbestek van de lopende wervingsreserve, met onder meer Pierre Jacobs, kreeg de Stad Beringen de bevorderingsprocedure niet meer rond.

Bijgevolg heeft het college van burgemeester en schepenen op 30-10-2008 de betrekking van meewerkende ploegbaas riolering (D4) noodgedwongen opnieuw opengesteld bij wijze van bevordering met aanleg van een wervingsreserve.

Indien door het opschorten van de bevorderingsprocedure de geldigheid van de lopende wervingsreserve kwam te vervallen, maakt dit een ongelukkige samenloop van omstandigheden uit maar hieruit kan nog niet worden afgeleid dat dit een moedwillige handeling is van het bestuur om een personeelslid te straffen, hetgeen een noodzakelijke vereiste is om te kunnen spreken van het opleggen van een verkapte tuchtstraf.

Er dient immers geloofwaardig gemaakt worden dat de Stad Beringen werkelijk de bedoeling had om hem te straffen door te beslissen tot opschorting van de bevorderingsprocedure vooraleer over een verkapte tuchtstraf kan worden gesproken. Deze bewijzen liggen op dit ogenblik niet voor.

Alle statutair vastbenoemde werkmannen kregen de mogelijkheid om hun kandidatuur te stellen na deze hernieuwde openstelling bij besluit van 30-10-2008.

Op 19-11-2008 werd ook Pierre Jacobs per brief in kennis gesteld van deze openstelling met de mogelijkheid om zijn kandidatuur in te dienen. Hij kreeg bijgevolg wel degelijk de mogelijkheid om deel te nemen aan het bevorderingsexamen en om zijn kansen op bevordering tot ploegbaas te vrijwaren.

De heer Pierre Jacobs diende dan ook op 04-12-2008 zijn kandidatuur in voor deze functie.

Zijn kandidatuur was echter niet vergezeld van het vereiste rijbewijs en derhalve werd zijn kandidatuurstelling dan ook door het college van burgemeester en schepenen als onregelmatig beoordeeld en werd hij niet uitgenodigd voor het bevorderingsexamen.

Het feit dat hij niet heeft kunnen deelnemen aan het bevorderingsexamen en derhalve een bevordering heeft misgelopen, is niet het gevolg van een beslissing van het college van burgemeester en schepenen maar wel door een onzorgvuldige en onvolledige kandidatuurstelling door Pierre Jacobs zelf.

De Stad Beringen is van oordeel dat de heer Pierre Jacobs via deze weg zijn onregelmatige kandidatuur wenst te omzeilen om alsnog tot de kandidaten voor bevordering te kunnen behoren.

Bovendien werd de tuchtprocedure lastens de heer Pierre Jacobs intussen ook reeds opgestart en volledig doorlopen zodat het ook zeker niet werd aangetoond dat het de bedoeling is geweest van de Stad Beringen om een complexe en tijdrovende tuchtprocedure te omzeilen en ze dan maar is overgegaan tot het opleggen van een verkapte tuchtstraf.

De voorwaarden om de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 10-07-2008 te kwalificeren als een verkapte tuchtstraf zijn NIET vervuld, m.n.:

- de beslissing tot opschorting van de bevorderingsprocedure kan op zich niet beschouwd worden als een 'straf' aangezien het louter gaat om een uitstellen op latere datum van de bevorderingsprocedure en geen afstel van de bevordering, zoals trouwens wordt bewezen door het feit dat hij bij de nieuwe

vacantverklaring van de functie in oktober 2008 zijn kandidatuur kon stellen en zijn deelname en eventuele aanspraken op bevordering gevrijwaard zag
- de beslissing tot opschorting van de bevorderingsprocedure werd niet moedwillig genomen maar enkel op grond van overwegingen van zorgvuldig bestuur aangezien er aanwijzingen waren van disfunctioneren van het personeelslid die eerst moesten uitgeklaard worden in het strafonderzoek
- de beslissing tot opschorting van de bevorderingsprocedure werd niet genomen om de zware en omslachtige tuchtprocedure te omzeilen aangezien de tuchtprocedure in hoofde van de heer Pierre Jacobs werd doorlopen en afgerond met een tuchtsanctie van inhouding van wedde voor één maand.

Het besluit van het college van 10-07-2008 is derhalve niet strijdig met het algemeen belang en de wet en wordt op grond van voormelde motieven gerechtvaardigd door de Stad Beringen.

(...)".

3.11. Op 28 juli 2009 neemt de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand de thans bestreden vernietigingsbeslissing, die luidt als volgt:

"(…)

Gelet op de beginselen van behoorlijk bestuur;

Overwegende dat het college van burgemeester in schepenen op 10 juli 2008 beslist als volgt:
- voor de statutaire personeelsleden wordt de ontvangst van het strafdossier afgewacht vooraleer over te gaan tot de opstart van een tuchtprocedure
- [...] de bevorderingsprocedure voor Pierre Jacobs dient rekening houdende met voornoemde feiten opgeschort;

Overwegende dat het college van burgemeester en schepenen is overgegaan tot deze maatregel nadat er onregelmatigheden werden vastgesteld in het functioneren van de heer Pierre Jacobs;

Overwegende dat het bestuur van de gemeente Beringen op het moment dat de feiten werden vastgesteld een tuchtprocedure kon opstarten, maar dit toen heeft nagelaten te doen;

Overwegende dat men, als gevolg van de vaststellingen van de onregelmatigheden, wel is overgegaan tot het opschorten van de bevorderingsprocedure; dat dit niet in overeenstemming is met artikelen 118 en volgende van het gemeentedecreet; dat opschorting van de bevorderingsprocedure niet één van de tuchtstraffen is die kunnen worden opgelegd in overeenstemming met artikel 120 van het gemeentedecreet;

Overwegende dat er hier sprake is van een zogenaamde "verkapte tuchtmaatregel"; dat er wel degelijk belangrijke negatieve gevolgen voor de heer Pierre Jacobs zijn gekoppeld aan de beslissing van 10 juli 2008;

Overwegende dat het besluit van 10 juli 2008 aldus strijdig is met het gemeentedecreet;

Overwegende dat de beslissing van 10 juli 2008 van het college van burgmeester en schepenen van Beringen in strijd is met het toenmalig geldend administratief statuut; dat artikel 155 van dit administratief statuut bepaalt dat gedurende de perioden van tuchtschorsing de aanspraken op bevordering niet gelden; dat deze bepaling beperkend geïnterpreteerd dient te worden en zeker niet kan worden

uitgebreid tot de periode vóór het tuchtonderzoek; dat het college van burgemeester en schepenen hiermee zijn bevoegdheid ruim overschrijdt;

Overwegende dat het opschorten van de bevorderingsprocedure wordt ervaren als een verkapte tuchtstraf aangezien er bepaalde verwachtingen - namelijk dat de heer Pierre Jacobs zou worden bevorderd tot ploegbaas - die werden gecreëerd, niet werden ingelost; dat dit strijdig is met het vertrouwensbeginsel en zodoende strijdig is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur; dat dit beginsel stelt dat wie op goede gronden erop mag vertrouwen dat een overheid een bepaald besluit zal nemen, daar ook recht op heeft;

Overwegende dat het college geen afdoende onderzoek heeft gevoerd naar de feiten die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing van 10 juli 2008; dat de motiveringsplicht vereist dat de motieven of beweegredenen van een administratieve beslissing steunen op feiten of gegevens die bestonden vooraleer de administratieve rechtshandeling werd genomen en die deze moeten rechtvaardigen; dat de materiële motiveringsplicht inhoudt dat iedere administratieve rechtshandeling op motieven moet steunen waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen genomen worden; dat het onderzoek naar het bewijs van de feiten een onderdeel is van het wettigheidsonderzoek; dat een beslissing die op niet afdoende bewezen feiten steunt, in rechte niet te verantwoorden is; dat bij het nemen van een administratieve beslissing enkel rekening gehouden kan worden met de reden(en) die aanwezig zijn ten tijde van het tot stand komen van de beslissing; dat het gemis aan motieven niet kan worden goedgemaakt door een latere toevoeging; dat de feiten waarop het college van burgemeester en schepenen zijn beslissing van 10 juli 2008 steunt niet bewezen zijn aangezien het strafdossier nog lopende was;

Overwegende dat de heer Pierre Jacobs niet werd gehoord naar aanleiding van vermelde beslissing van 10 juli 2008 waarbij de bevorderingsprocedure werd opgeschort;

Overwegende dat de heer Pierre Jacobs niet de kans heeft gekregen om zich te verdedigen naar aanleiding van die opschorting;

Overwegende dat de werkgever in de openbare sector ten aanzien van een personeelslid geen ernstige maatregel kan nemen zonder het algemeen rechtsprincipe om voorafgaandelijk gehoord te worden na te leven;

Overwegende dat het feit dat er op 12 december 2008 -meer dan zes maanden nadat de feiten werden vastgesteld - alsnog een tuchtprocedure werd opgestart en volledig werd doorlopen, niets verandert aan de voorbarige beslissing om de bevorderingsprocedure op te schorten die op 10 juli 2008 werd genomen;

Overwegende dat college van burgemeester en schepen voorbarig en onzorgvuldig heeft gehandeld; dat college van burgemeester en schepenen zodoende de beginselen van behoorlijk bestuur (het zorgvuldigheidsbeginsel) heeft geschonden en aldus het algemeen belang en bovendien de wet heeft geschonden,

BESLUIT:

Enig artikel. Het besluit van het college van burgemeester en schepen van 10 juli 2008 betreffende de opschorting van de bevorderingsprocedure van de heer Pierre Jacobs , wordt vernietigd.

(...)".

3.12. Op 20 mei 2009 beslist het college van burgemeester en schepenen om Pierre Jacobs de tuchtsanctie van de inhouding van salaris voor één maand op te leggen.

3.13. Op 9 oktober 2009 beslist de beroepscommissie voor tuchtzaken om Pierre Jacobs geen tuchtstraf op te leggen.

IV. Onderzoek van de middelen

Enig middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, van de beginselen van behoorlijk bestuur en meer in het bijzonder de motiveringsplicht en van de artikelen 118 en volgende van het gemeentedecreet.

Zij voert aan dat de bestreden beslissing strijdig is met artikel 3 van de motiveringswet en de materiële motiveringsplicht daar zij ten onrechte argumenteert dat de opschorting van de benoemingsprocedure van Pierre Jacobs door de verzoekende partij in feite een "verkapte tuchtmaatregel" uitmaakt en dat deze maatregel strijdig zou zijn met het gemeentedecreet en de rechten van verdediging. De beslissing tot opschorting van de benoemingsprocedure werd in tegendeel in het belang van de dienst genomen. De Raad van State heeft in het verleden reeds meermaals geoordeeld dat ordemaatregelen kunnen zijn ingegeven door de omstandigheid van een hangend strafrechtelijk onderzoek. Het is volgens een vaste rechtspraak van de Raad van State aan de partij die van mening is dat een maatregel die formeel als een ordemaatregel wordt gekwalificeerd, om aan te tonen dat deze eigenlijk werd genomen met de bedoeling om tuchtrechtelijk te straffen.

Het disciplinair karakter van de maatregel ligt volgens de verwerende partij besloten in het feit dat "er bepaalde verwachtingen (namelijk dat de heer Pierre Jacobs zou worden bevorderd tot ploegbaas) die werden gecreëerd, niet werden ingelost". Dit volstaat niet om te kunnen spreken van een disciplinaire straf en is ook nog manifest onjuist. Bij de beslissing van 10 juli 2008 werd de

benoemingsprocedure enkel opgeschort, er werd enkel besloten om de bevorderingsprocedure even uit te stellen in afwachting van het strafrechtelijk onderzoek. De redenering in de bestreden beslissing zou ertoe leiden dat administratieve overheden die geconfronteerd worden met aanwijzingen van disfunctioneren van bepaalde ambtenaren, verplicht zouden zijn om een hangende bevorderingsprocedure zonder meer verder te zetten. Dit zou pas getuigen van onzorgvuldig bestuur. In het kader van het zorgvuldigheidsbeginsel heeft een administratieve overheid het recht om zich vooreerst in kennis te stellen van alle feitelijke elementen van de zaak om naderhand met kennis van zaken een dergelijk oordeel te kunnen vellen. Pierre Jacobs heeft ook alle kansen gekregen om in de functie van ploegbaas benoemd te worden. Indien door het opschorten van de bevorderingsprocedure de geldigheid van de lopende reserve kwam te vervallen, maakt dit een ongelukkige samenloop van omstandigheden uit, waaruit niet kan worden afgeleid dat dit een moedwillige handeling van de verzoekende partij was om de betrokkene te straffen. Na de hernieuwde openstelling bij besluit van 30 oktober 2008 kregen alle statutaire werkmannen de mogelijkheid om hun kandidatuur te stellen, zo ook Pierre Jacobs, die zijn kandidatuur ook indiende, echter zonder vergezeld te zijn van het vereiste rijbewijs, waardoor zijn kandidatuurstelling terecht als onregelmatig werd beoordeeld. Het feit dat hij niet heeft kunnen deelnemen aan het bevorderingsexamen en mogelijks een bevordering heeft mislopen, is niet het gevolg van de beslissing van 10 juli 2008, maar van een onvolledige en onzorgvuldige kandidatuurstelling door Pierre Jacobs zelf. Bovendien werd de tuchtprocedure lastens laatstgenoemde intussen ook opgestart en volledig doorlopen, zodat zeker niet wordt aangetoond dat het de bedoeling van de verzoekende partij was om een complexe en tijdrovende tuchtprocedure te omzeilen en daarom zou zijn overgegaan tot het opleggen van een verkapte tuchtstraf.

Het is verder niet correct om te stellen dat de ordemaatregel in feite van tuchtrechtelijke aard is omdat bepaalde verwachtingen die werden gecreëerd, niet werden ingelost. De Raad van State oordeelde reeds dat er twee belangrijke criteria de tuchtmaatregel van de ordemaatregel onderscheiden, met name het motief en het schadeverwekkend effect van de maatregel. Uit de

bestreden beslissing blijkt noch dat er een disciplinaire grondslag aan de basis van de schorsing ligt, noch het schadeverwekkend effect van de maatregel op de betrokkene. De verzoekende partij heeft de benoemingsprocedure enkel opgeschort met het oog op de goede werking van de dienst. Immers werd er nadien voor de feiten die tot de schorsing hebben geleid effectief een tuchtprocedure opgestart en een tuchtstraf opgelegd. Hierdoor werd Pierre Jacobs uitdrukkelijk gestraft voor zijn gedrag. Laatstgenoemde had ook geen enkel nadeel bij de opschorting van zijn procedure. Zo had hij de mogelijkheid -mits het indienen van een geldige kandidatuurstelling- om deel te nemen aan het examen en tot ploegbaas benoemd te worden. De beslissing van 10 juli 2008 wijzigt ook op geen enkele manier de statutaire toestand van de betrokkene. Indien de schorsing werkelijk een verkapte tuchtmaatregel zou hebben uitgemaakt, zou de betrokkene op de hoorzitting naar aanleiding van de tuchtprocedure de exceptie "non bis in idem" hebben opgeworpen, wat hij niet heeft gedaan. Het gebrek aan enige disciplinaire intentie blijkt ook uit de beslissing van 10 juli 2008 zelf, waarin op geen enkel ogenblik de schuldvraag wordt beslecht.

4.2. In haar memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij dat het middel ontvankelijk is waar dit de schending van de formele motiveringsplicht aanvoert.

Zij betoogt verder dat de verwerende partij geenszins het disciplinaire karakter van de beslissing van 10 juli 2008 aantoont. Op het ogenblik van die beslissing had de verzoekende partij ook geen kennis van het feit dat het strafonderzoek zonder gevolg zou worden geklasseerd. Nadat het "parallelle" strafonderzoek was afgerond en nadat de verzoekende partij inzage had gekregen in het strafdossier, heeft zij onmiddellijk een tuchtonderzoek bevolen. Bij gebrek aan inhoudelijke argumentatie probeert de verwerende partij verwarring te zaaien. Het is treffend dat deze partij niet eens terugkomt op de redenen op grond waarvan men de bestreden beslissing heeft gemotiveerd en meer bepaald het gegeven dat er "bepaalde verwachtingen werden gecreëerd die niet werden ingelost" en dat de schending van het vertrouwensbeginsel het bewijs zou vormen van het tuchtrechtelijk karakter van het besluit van 10 juli 2008. Een administratieve

overheid moet over de mogelijkheid kunnen beschikken om een lopende bevorderingsprocedure, in het belang van de dienst, op te schorten, tot zij met kennis van zaken over de feiten kan oordelen die een kandidaat worden verweten en, ten tweede, moet haar de opportuniteit worden gegund om in die fase een bevorderingsprocedure uit te breiden tot verschillende kandidaten. Een zorgvuldig handelende overheid wenst achteraf niet voor voldongen feiten te worden geplaatst, maar verkiest terecht om dergelijke werknemers niet als enige kandidaat te behouden maar wel om de bevorderingsreserve uit te breiden. De redenering van de verwerende partij zou er zelfs toe leiden dat het louter laten verstrijken van een geldigheidsreserve van een bevorderingstermijn als een verkapte tuchtmaatregel moet worden geïnterpreteerd. Het weze eveneens benadrukt dat Pierre Jacobs op geen enkel ogenblik een zeker "recht" op zijn bevordering kon laten gelden. Deze laatste verloor ook niet definitief de rechten die hij uit zijn bevorderingsreserve put, noch tast de maatregel van 10 juli 2008 zijn geldelijke, statutaire of morele belangen aan.

Verder wordt niet ingezien in welke mate de einduitspraak van de beroepscommissie en het gegeven dat de betrokkene zijn kandidatuur voor de tweede bevorderingsronde niet op geldige wijze heeft ingediend, enige invloed op het voorliggend beroep kan hebben.

De opschorting van de benoemingsprocedure kan niet anders worden gekwalificeerd dan een daad van zorgvuldig bestuur in het belang van de dienst, minstens is het door de verwerende partij niet naar genoegen van recht bewezen dat het de bedoeling was van de verzoekende partij om de opschorting als straf voor het gedrag van de betrokkene op te leggen.

4.3. De verzoekende partij voegt in haar laatste memorie nog toe dat de Raad van State dient uit te gaan van haar goede trouw en dat zij van de schijn van het tegendeel geniet dat er geen disciplinaire bedoeling aan de beslissing van 10 juli 2008 ten grondslag ligt.

Beoordeling

5.1. De bestreden beslissing is onder meer op de volgende overwegingen gestoeld:

> "(…)
> Overwegende dat de heer Pierre Jacobs niet werd gehoord naar aanleiding van vermelde beslissing van 10 juli 2008 waarbij de bevorderingsprocedure werd opgeschort;
> Overwegende dat de heer Pierre Jacobs niet de kans heeft gekregen om zich te verdedigen naar aanleiding van die opschorting;
> Overwegende dat de werkgever in de openbare sector ten aanzien van een personeelslid geen ernstige maatregel kan nemen zonder het algemeen rechtsprincipe om voorafgaand gehoord te worden na te leven;
> (…)".

5.2. Het recht om gehoord te worden of om zijn standpunt naar voor te brengen, geldt ingeval een maatregel wordt overwogen die steunt op het persoonlijk gedrag van de betrokkene en die van aard is om zijn belangen zwaar aan te tasten. Het voormelde hoorrecht geldt ongeacht de vraag of de betrokken maatregel een ordemaatregel of een tuchtmaatregel betreft. Wat de in de bestreden beslissing aangevoerde schending van het hoorrecht betreft, mist het betoog van de verzoekende partij dat de bestreden beslissing de kwestieuze maatregel van 10 juli 2008 ten onrechte als een tuchtmaatregel aanmerkt, derhalve pertinentie.

5.3. De verzoekende partij betwist niet dat de maatregel van 10 juli 2008 gebaseerd is op het persoonlijke gedrag van de tussenkomende partij, doch wel dat zij van aard is aan deze partij nadeel te berokkenen. Met de verwerende partij moet echter aangenomen worden dat de opschorting op 10 juli 2008 van een lopende bevorderingsprocedure, waarbij de tussenkomende partij de enige kandidaat was op grond van een bevorderingsreserve die tot 13 november 2008 liep en die, luidens de eerst vermelde beslissing, toeliet om de tussenkomende partij vanaf 1 september 2008 te bevorderen, wel degelijk van aard is de tussenkomende partij ernstig nadeel te berokkenen. Met de bij de bestreden beslissing vernietigde beslissing van 10 juli 2008 werd zodoende een maatregel genomen die de tussenkomende partij ernstig in haar belangen heeft geraakt en die

gebaseerd is op haar persoonlijk gedrag, zodat de grondvoorwaarden voor de toepassing van de hoorplicht vervuld waren en de tussenkomende partij, voorafgaandelijk aan de overwogen maatregel, diende gehoord te worden.

5.4. Gelet op wat voorafgaat, wordt in de bestreden beslissing terecht overwogen dat het recht van de tussenkomende partij om gehoord te worden of om zijn standpunt naar voor te brengen, niet werd nageleefd. Dit motief volstaat om de bestreden beslissing te dragen. De overige motieven zijn overtollig van aard en het gebeurlijk gegrond bevinden ervan kan niet tot de vernietiging van de bestreden beslissing leiden.

Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 juni 2011, door de Raad van State, XIVe kamer, samengesteld uit:

André Beirlaen,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,

bijgestaan door

Christophe Verhaert,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Christophe Verhaert **André Beirlaen**