

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 235.519 van 15 juli 2016
in de zaak A. 218.618/X-16.548.**

In zake : XXXX

tegen :

1. het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering en de beroepscommissie voor tuchtzaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Koen Geelen en Wouter Moonen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de GEMEENTE XXXX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 maart 2016, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 11 januari 2016 (brief 12 januari 2016) van de Beroepscommissie voor tuchtzaken [...] waarbij het beroep van XXXX tegen het besluit van 29 september 2015 [...] van het College van burgemeester en schepenen van de Gemeente XXXX houdende ontslag van ambtswege bij tuchtmaatregel, ongegrond wordt bevonden”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De eerste verwerende partij heeft een nota ingediend.

De gemeente XXXX heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Luc Vermeire heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 juni 2016.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Verzoeker, advocaat Wouter Moonen, die verschijnt voor de eerste verwerende partij, en advocaat Jente Wouters, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de gemeente XXXX, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Luc Vermeire 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. Nadat verzoeker, personeelslid van de gemeente XXXX, ook al eerder het voorwerp uitmaakte van tuchtvervolgingen en -straffen, beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente XXXX op 13 januari 2015 eens te meer een tuchtprocedure tegen hem te starten. Net als in de vorige tuchtprocedure wordt A. D., afdelingshoofd financiën, overheidsopdrachten, GIS en ICT, belast met het tuchtonderzoek, het opstellen van het tuchtverslag en de samenstelling van het tuchtdossier. Reden van de vervanging van de gemeentesecretaris als tuchtonderzoeker is een klacht van verzoeker, tegen onder anderen de gemeentesecretaris, in het kader van de wet van 11 juni 2002

‘betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk’ (hierna: de wet van 11 juni 2002).

Het college van burgemeester en schepenen neemt op 14 juli 2015 kennis van het tuchtverslag en beslist over te gaan tot de tuchtrechtelijke vervolging van verzoeker “aangezien de in het tuchtverslag opgenomen handelingen [...] van die aard zijn dat de tuchtprocedure moet worden verder gezet”.

Met een brief van 16 juli 2015 wordt hij uitgenodigd om te worden gehoord op 25 augustus 2015.

Aangezien hij zich niet aanbiedt, wordt op 25 augustus 2015 een proces-verbaal van niet verschijning opgesteld.

Bij beslissing van 29 september 2015 verklaart het college van burgemeester en schepenen de aan verzoeker ten laste gelegde feiten als afdoende bewezen en legt het hem de tuchtstraf van het ontslag van ambtswege op.

Op beroep van verzoeker beslist de beroepscommissie voor tuchtzaken op 11 januari 2016 om de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 29 september 2015 niet te vernietigen. Zij “bevestigt” de collegebeslissing.

IV. Nadere bepaling van het voorwerp en van de verwerende partij

4. De beslissing van de beroepscommissie voor tuchtzaken om niet het besluit van het college van burgemeester en schepenen van 29 september 2015 te vernietigen, is niet in de plaats gekomen van dat collegebesluit, maar heeft er zich alleen aan toegevoegd.

In het licht van het belang waarvoor verzoeker opkomt en van de aangevoerde middelen, is er reden om als werkelijke voorwerp van zijn

vordering te beschouwen, niet alleen de beslissing van de beroepscommissie, maar ook het collegebesluit.

Het brengt mee dat naast het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering en de beroepscommissie voor tuchtzaken, eveneens de gemeente XXXX als een verwerende partij te bestempelen is en dat, finaal, haar verzoekschrift tot tussenkomst wordt gekwalificeerd als een nota met opmerkingen van een (tweede) verwerende partij.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. Gelet op artikel 17, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een akte of een reglement worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de beslissing *prima facie* kan verantwoorden en dat de zaak te spoedeisend is voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring.

VI. Voorwaarde van een ernstig middel

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De tuchtbeslissing van het college van burgemeester en schepenen van 29 september 2015, evenals de beslissingen van het schepencollege van 13 januari 2015 en 14 juli 2015 schenden de artikelen 54, § 3, en 35, § 2, van het gemeentedecreet, evenals artikel 35 van het provinciedecreet.

Verzoeker betoogt in de eerste plaats dat het niet bewezen is dat de stemming geheim was: “Er kan niet bewezen worden dat het elektronisch systeem dat XXXX gebruikt wel effectief de geheime stemming waarborgt. Men kan toch zien wie op wat drukt als men langs mekaar zit”.

Bovendien moet volgens verzoeker het geheim van de stemming blijken uit de notulen van de zitting en is dit niet het geval. Zonder schriftelijk bewijs kan niet voor bewezen worden gehouden dat een geheime stemming heeft plaatsgevonden.

Beoordeling

7. Uit artikel 54, § 3, *iuncto* artikel 35, § 2, 3°, van het gemeentedecreet volgt dat in het college van burgemeester en schepenen geheim moet worden gestemd over individuele personeelszaken.

8. Zowel wat de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 29 september 2015 betreft als wat die van 13 januari 2015 en 14 juli 2015 aangaat, vermeldt het betrokken uittreksel uit het register van de beraadslagingen wel degelijk expliciet dat er geheim werd gestemd en namelijk dat de beslissing werd genomen bij “geheime elektronische stemming”.

9. Verzoeker brengt op het eerste gezicht niet de geloofwaardigheid daarvan in het gedrang door alleen maar, in het algemeen, te doen gelden dat niet bewezen is dat het geheim van de stemming effectief werd bewaard omdat wie naast mekaar zit eventueel kan zien op welke knop zijn buur drukt.

Klaarblijkelijk zag verzoeker liever dat er met stembriefjes was gestemd. Nochtans bestaat ook bij een dergelijke stemming de mogelijkheid, in theorie, dat burens van mekaar kunnen zien welke stem zij op hun stembiljet uitbrengen. Evenmin als bij een geheime elektronische stemming is dat op zich echter een voldoende reden om er *a priori* tot een ongeoorloofde druk op de leden van het tuchtcollege en tot een schending van het geheim van de stemming uit te besluiten.

10. Artikel 35 van het provinciedecreet, dat niet de stemmingen in het schepencollege maar die in de provincieraad betreft, lijkt te dezen niet toepasselijk.

11. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. De collegebesluiten van 29 september 2015 en van 13 januari 2015 zijn niet mede ondertekend door een gemeentesecretaris en daardoor strijdig met de artikelen 180, 182, § 2, en 184 van het gemeentedecreet.

Beoordeling

13. Artikel 180 van het gemeentedecreet schrijft voor dat de gemeentesecretaris de vergadering van het college van burgemeester en schepenen bijwoont, verantwoordelijk is voor het opstellen van de notulen ervan en de orginelen van de notulen meeondertekent. Artikel 182, § 2, bepaalt dat onder meer de beslissingen en akten van het college van burgemeester worden meeondertekend door de gemeentesecretaris. Luidens artikel 184 kan de gemeentesecretaris zijn bevoegdheid tot ondertekening of medeondertekening opdragen aan een of meer personeelsleden van de gemeente, tenzij de bevoegdheid betrekking heeft op de ondertekening van de notulen, vermeld in artikel 180.

14. Met een e-mail van 16 juli 2014 stelde verzoeker er onder anderen de gemeentesecretaris van in kennis dat hij bij IDEWE, een externe dienst voor preventie en bescherming op het werk, een afspraak had gemaakt om tegen hem een officiële klacht neer te leggen wegens laster en eerroof. Met een brief van 28 juli 2014 deelde een preventieadviseur van IDEWE mee dat

verzoeker een met redenen omklede klacht in het kader van de wet van 11 juni 2002 neerlegde tegen onder meer de gemeentesecretaris.

Vanwege de schijn van partijdigheid die in deze omstandigheden in zijn hoofd ontstond of kon ontstaan, zag de gemeentesecretaris zich, op het eerste gezicht niet ten onrechte, ertoe genoodzaakt om zich ervan te onthouden op te treden in een tuchtzaak tegen verzoeker.

In dit licht wordt, alleszins in de huidige stand van de procedure, niet bijgevalen dat, zoals blijkbaar verzoekers uitgangspunt is, de collegebeslissing van 29 september 2015 en de betrokken notulen noodzakelijk meeondertekend dienen te worden door een gemeentesecretaris, op straffe van schending van de in het middel aangevoerde voorschriften.

Overigens lijkt verzoeker niet te betwisten dat de dienstverantwoordelijke secretariaat die de beslissing als “verslaggeefster” meeondertekende, correct verslag heeft uitgebracht over wie bij de beslissing aanwezig was, en wat en hoe beslist werd. Op welke wijze verzoeker door die medeondertekening van de dienstverantwoordelijke secretariaat is benadeeld geworden laat hij op het eerste gezicht geheel onduidelijk.

15. Vooralsnog wordt verzoeker evenmin gevolgd wat de collegebeslissing van 13 januari 2015 betreft. Bij het nemen ervan was R. N. mee aanwezig; hij stond voor de notulering en de medeondertekening ter zake in. R. N. werd bij beslissing van de gemeentesecretaris van 6 januari 2015 aangeduid als waarnemend gemeentesecretaris om hem vanaf 7 januari 2015 te vervangen tijdens zijn afwezigheid wegens ziekte.

16. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

17. Er is in de zitting van 13 januari 2015 geen schijn van partijdigheid aangevoerd tegen R. N., die optrad als waarnemende secretaris en die dus de decretaal aangestelde tuchtonderzoeker had moeten zijn. In de plaats was A. D. tuchtonderzoeker. Dit schendt artikel 1 van het besluit van de Vlaamse regering van 15 december 2006 ‘houdende vaststelling van de tuchtprocedure voor het statutaire gemeentepersoneel ter uitvoering van artikel 129, 136 en 143 van het Gemeentedecreet, voor het statutaire personeel van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn ter uitvoering van artikel 128, 135 en 142 van het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, en voor het statutaire provinciepersoneel ter uitvoering van artikel 125, 1332 en 139 van het Provinciedecreet’ (hierna: het tuchtprocedurebesluit).

Voorts heeft de waarnemende secretaris R. N. de beraadslagingen en de beslissing tot opstart van een tuchtprocedure van 13 januari 2015 bijgewoond. Vermits hij “de decretaal aangestelde tuchtonderzoeker had moeten zijn” wordt also artikel 3, § 2, van het tuchtprocedurebesluit geschonden.

Beoordeling

18. Artikel 1 van het tuchtprocedurebesluit bepaalt onder meer dat de tuchtoverheid bevoegd is om te oordelen of er, bij kennisneming van de feiten, een schijn van partijdigheid kan zijn in hoofde van de decretaal voorziene tuchtonderzoeker en dat zij in voorkomend geval een andere tuchtonderzoeker aanwijst.

19. Ofschoon de decretaal voorziene tuchtonderzoeker te dezen de gemeentesecretaris is, heeft het college van burgemeester en schepenen op

13 januari 2015, ter vervanging van de gemeentesecretaris, A. D., afdelingshoofd financiën, overheidsopdrachten, GIS en ICT, belast met het tuchtonderzoek, het opstellen van het tuchtverslag en de samenstelling van het tuchtdossier. Er was ten nadele van de gemeentesecretaris een schijn van partijdigheid ontstaan door een klacht van verzoeker in het kader van de wet van 11 juni 2002. A. D. verving de gemeentesecretaris om dezelfde reden ook reeds als tuchtonderzoeker in de vorige tuchtzaak tegen verzoeker.

Uit het aangevoerde artikel 1 lijkt geenszins te volgen dat het schepencollege zijn keuze van een tuchtonderzoeker ter vervanging van de gemeentesecretaris had moeten laten vallen op R. N. De omstandigheid dat R. N. op 13 januari 2015 als waarnemende gemeentesecretaris fungeerde, op grond van een aanduiding van 6 januari 2015 om de gemeentesecretaris te vervangen tijdens een afwezigheid wegens een operatieve ingreep, verandert daar niets aan.

20. Artikel 3, § 2, van het tuchtprocedurebesluit schrijft voor dat de tuchtonderzoeker niet aanwezig is bij de beraadslaging en de beslissing door de tuchtoverheid.

Vermits R. N. geen tuchtonderzoeker was, geeft zijn aanwezigheid bij het nemen van de collegebeslissing van 13 januari 2015 tot het starten van een tuchtprocedure tegen verzoeker en het aanstellen van een tuchtonderzoeker geen aanleiding tot bezwaren op grond van dit artikel 3, § 2.

21. Het middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

22. Een vierde middel is afgeleid uit de “schending van Art. 7. tuchtprocedurebesluit van 15/12/2006”, doordat het proces-verbaal van niet-verschijnen niet aangetekend verstuurd is of aan verzoeker overhandigd tegen

ontvangstbewijs. Het bestuur dient het postbewijs van aangetekende verzending van dit proces-verbaal bij te brengen.

Beoordeling

23. Gelet op artikel 7 van het tuchtprocedurebesluit dient de tuchtoverheid met betrekking tot de hoorzitting in voorkomend geval een proces-verbaal van niet-verschijnen op te maken en wordt een afschrift van dit proces-verbaal binnen zeven dagen na de dag van de hoorzitting aan de betrokkene overhandigd tegen ontvangstbewijs of toegezonden per aangetekende zending.

24. Op de hoorzitting van 25 augustus 2015 bleef verzoeker afwezig. Het proces-verbaal van niet-verschijning is hem, tezamen met een begeleidende brief, op 28 augustus 2015 per aangetekende zending toegestuurd (stuk 111 van de tweede verwerende partij).

Het middel lijkt feitelijke grond te missen. Het is niet ernstig.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

25. Het tuchtbesluit van 29 september 2015 is niet aangetekend verzonden, zodat het nietig is. Het bestuur dient het postbewijs van een aangetekende zending te leveren. Er is sprake van een “Schending van Art. 12 tuchtprocedurebesluit van 15/12/2006”.

Beoordeling

26. Artikel 12 van het tuchtprocedurebesluit luidt:

“Het tuchtbesluit wordt op straffe van nietigheid, aan de betrokkene betekend, hetzij bij een ter post aangetekende brief, hetzij door overhandiging tegen ontvangstbewijs binnen een termijn van veertien dagen na de beslissing.”

27. Blijkens stuk 114 van de tweede verwerende partij is het tuchtbesluit van 29 september 2015, tezamen met een begeleidend schrijven van 30 september 2015, op 1 oktober 2015 per aangetekende zending aan verzoeker toegestuurd.

Het middel lijkt feitelijke grond te missen. Het is niet ernstig.

F. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

28. De gemeentesecretaris mag op het gebied van tucht “geen verantwoordelijkheden verder doordelegeren”. Nochtans is het opstellen van het tuchtverslag wel gedelegeerd aan A. D. Dit is in strijd met artikel 124, § 3, van het gemeentedecreet.

Beoordeling

29. Artikel 124, § 3, van het gemeentedecreet schrijft voor dat, als het college van burgemeester en schepenen als tuchtoverheid optreedt, het de gemeentesecretaris belast met het tuchtonderzoek, het opstellen van het tuchtverslag en de samenstelling van het tuchtdossier.

30. Anders dan verzoeker lijkt te menen is er (door de gemeentesecretaris) niets “gedelegeerd” aan A. N. Zij is direct aangesteld door het schepencollege zelf, vanwege de niet-betwiste schijn van partijdigheid in hoofde van de gemeentesecretaris.

31. Het middel is niet ernstig.

G. Zevende middel

Uiteenzetting van het middel

32. De brief met betrekking tot het opstarten van de tuchtprocedure is ondertekend door een waarnemende secretaris, “maar boven de handtekening is geen vermelding van de opdracht tot ondertekening of medeondertekening”. Artikel 184 van het gemeentedecreet is geschonden.

Beoordeling

33. Volgens artikel 184 van het gemeentedecreet kan de gemeentesecretaris zijn bevoegdheid tot ondertekening of medeondertekening opdragen aan een of meer personeelsleden van de gemeente, die dan boven hun handtekening, naam en functie, tevens melding moeten maken van die opdracht.

34. De brief van 15 januari 2015 waarmee verzoeker is ingelicht geworden van het collegebesluit van 13 januari 2015 om tegen hem een tuchtprocedure te starten is meeondertekend door “[R. N.] gemeentesecretaris wnd.”. Naar vooralsnog wordt aangenomen gebeurde die ondertekening niet op grond van een opdracht ex artikel 184 van het gemeentedecreet, maar op grond van de op het (toentertijd geldende) artikel 81 gebaseerde aanduiding van 6 januari 2015 van R. N. als waarnemende gemeentesecretaris gedurende de ziekteperiode van de gemeentesecretaris.

35. Het middel is niet ernstig.

H. Achtste middel

Uiteenzetting van het middel

36. In een achtste middel betoogt verzoeker, onder verwijzing naar zijn stuk 4a, dat de uitoefening van de bevoegdheid tot aanstellen of ontslag niet

werd toevertrouwd aan de gemeentesecretaris en dat bijgevolg F. L. “niet rechtsmatig [kan] tekenen in naam van de tuchtoverheid”:

“De aanstellende overheid treedt op als tuchtoverheid zoals in artikel 123 van het gemeentedecreet bepaald, in dit geval dus het College van burgemeester en schepenen. Het is onverenigbaar dat [F. L.] hier tekent.”

Beoordeling

37. Verzoekers stuk 4a is de brief van 15 januari 2015 waarmee hem mededeling wordt gedaan van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen om tegen hem een tuchtprocedure te starten. De brief is niet ondertekend door F. L., maar door “[R. N.] gemeentesecretaris wnd.”

Het middel mist feitelijke grond.

I. Negende middel

Uiteenzetting van het middel

38. Volgens een negende middel is de “aanstelling waarnemend gemeentesecretaris niet conform art. Art. 81, 82, alsook artikel 184 [van het gemeentedecreet]”.

Verzoeker doet gelden dat er geen gemeenteraadsbeslissing voorligt “zoals bedoeld in het [...] artikel 81, § 2, eerste lid, waarbij een waarnemend stadssecretaris werd aangesteld voor de periode waarin de beslissing van 13 januari 2015 [...] werd genomen”. Ook ligt niet het bewijs voor van de bekrachtiging in de eerstvolgende vergadering van de gemeenteraad van de aanstelling op grond van artikel 81, § 2, tweede lid, van een waarnemende gemeentesecretaris door het schepencollege, noch een beslissing waarmee de stadssecretaris overeenkomstig artikel 81, § 2, derde lid, zelf voorziet in zijn vervanging door een door de gemeenteraad erkende plaatsvervanger uitdrukkelijk aan te stellen.

Tevens moest de waarnemende secretaris vermeld zijn geworden onderaan de beslissing van 13 januari 2015 “met vermelding van de machtiging” en is dus artikel 184 geschonden. Ook artikel 82 van het gemeentedecreet is geschonden omdat R. N. niet medeondertekent, ofschoon hij alle taken dient over te nemen, zoals artikel 82 vermeldt.

Beoordeling

39. De collegebeslissing van 13 januari 2015 vermeldt als “Aanwezig”, onder anderen “[R. N.] - gemeentesecretaris wnd.”; en bij wie “Afwezig/verontschuldigd” is, de gemeentesecretaris. Aangenomen lijkt dan ook te moeten worden, minstens voorlopig, dat de verwijzing onderaan de beslissing naar een medeondertekening door de gemeentesecretaris louter een materiële vergissing is en dat de beslissing feitelijk ondertekend is door de waarnemend gemeentesecretaris R. N.

40. In zoverre het middel de schending van artikel 184 aanvoert, is het een herhaling van het zevende middel.

41. Blijft nog de beweerde schending van artikel 81 van het gemeentedecreet.

De beslissing van 6 januari 2015 waarmee de gemeentesecretaris met toepassing van artikel 81 van het gemeentedecreet, zoals het toentertijd gold, R. N. als waarnemende gemeentesecretaris aanstelt tijdens zijn afwezigheid wegens een operatieve ingreep, verwijst in de aanhef uitdrukkelijk naar de gemeenteraadsbeslissing van 9 november 2009 houdende de aanstelling van een waarnemend gemeentesecretaris in spoedeisende gevallen. In die gemeenteraadsbeslissing wordt “conform artikel 81” de lijst van de personeelsleden vastgesteld waaruit bij verhindering van de gemeentesecretaris wegens onder andere ziekte een waarnemende gemeentesecretaris wordt aangesteld. R. N. is één van die personeelsleden.

Er lijkt bijgevolg voldaan aan het vereiste in het toenmalige artikel 81, § 2, derde lid, van het gemeentedecreet dat, in geval van gewettigde afwezigheid, de gemeentesecretaris in zijn vervanging kan voorzien en daartoe “een door de gemeenteraad erkende” waarnemer kan aanstellen.

42. Het middel is niet ernstig.

J. Andere middelen

43. Ter terechtzitting brengt verzoeker nog andere middelen ter sprake. Deze mondelinge middelen, ten aanzien waarvan de verwerende partijen zich niet hebben kunnen verdedigen, die ook in het (enig) verzoekschrift konden zijn aangebracht en waarvan niet wordt beweerd dat ze de openbare orde betreffen, zijn onontvankelijk.

VII. Anonimisering

44. Verzoeker verklaart *in fine* van zijn verzoekschrift geen toestemming te geven om “[z]ijn naam (identiteit) te vermelden online in de arresten of in eender welke geschreven tekst die openbaar wordt gemaakt”.

Dit is kennelijk een verzoek tot depersonalisatie als bedoeld in artikel 2 van het koninklijk besluit van 7 juli 1997 ‘betreffende de publicatie van de arresten en de beschikkingen van niet-toelaatbaarheid van de Raad van State’.

Dit verzoek wordt ingewilligd.

BESLISSING

1. De vordering tot schorsing wordt verworpen.

2. Bij de publicatie van dit arrest door de Raad van State wordt de identiteit van verzoeker niet bekendgemaakt.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijftien juli 2016, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Johan Lust,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Lust