

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 245.180 van 12 juli 2019
in de zaak A. 227.484/X-17.449.**

In zake : XXXX
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Niki Leys
 kantoor houdend te 1082 Brussel
 Zelliksesteenweg 12/1
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de HULPVERLENINGSZONE BRANDWEER ZONE RAND
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Verbist en Joris Claes
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Graaf van Hoornestraat 51
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. Met een op 20 februari 2019 ingestelde vordering vraagt verzoeker in de eerste plaats de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de zoneraad van de hulpverleningszone Brandweer Zone Rand van 21 december 2018 om zijn dienstnemingscontract van vrijwillig brandweerman niet te vernieuwen vanaf 1 juli 2018.

 Tevens vraagt hij dat bijkomende voorlopige maatregelen worden opgelegd, onder verbeurte van een dwangsom.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

 Eerste auditeur Iris Verheven heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 juni 2019.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ward Ghyselinck, die *loco* advocaat Niki Leys verschijnt voor verzoeker, en advocaat Joris Claes, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Iris Verheven 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. Verzoeker is sinds 1990 vrijwillig brandweerman in Schoten. Hij ondertekende op 14 juni 2013 een dienstnemingscontract als brandweerman-vrijwilliger tot 1 juli 2018.

Sedert 1 januari 2015 maakt de brandweerpost Schoten deel uit van de hulpverleningszone Brandweer Zone Rand.

Op 26 april 2018 stelt de zonecommandant aan de zoneraad voor om de benoeming van verzoeker niet te verlengen vanaf 1 juli 2018.

Na verzoeker gehoord te hebben, beslist de zoneraad op 29 juni 2018 om verzoekers dienstnemingscontract van vrijwillig brandweerman niet te vernieuwen vanaf 1 juli 2018.

4. Die beslissing wordt door de Raad van State bij arrest nr. 243.180 van 7 december 2018 in haar tenuitvoerlegging geschorst, en bij arrest nr. 244.068 van 29 maart 2019 vernietigd.

Overwogen wordt dat de beslissing hoofdzakelijk, minstens in de eerste plaats berust op verzoekers bijzonder lage aantal oefeningen en interventies.

Wat de verplichte oefeningen betreft, meent de Raad van State dat de kritiek van de verwerende partij alleen voor de jaren 2015 en 2017 kan gelden en vraagt hij zich af waarom verzoekers medische problemen en loopbaanonderbreking geen rechtvaardiging kunnen vormen voor de betrokken cijfers.

Ook wat de lage interventie-uren sinds 2015 aangaat, zegt de Raad van State niet te begrijpen waarom verzoekers medische problemen en loopbaanonderbreking er geen toereikend excuus voor uitmaken. In dat verband wordt vastgesteld dat verzoeker, vanwege zijn medische problemen in 2015, heel 2016 in code rood heeft gestaan, waardoor hij niet voor interventies in aanmerking kwam.

5. Op 21 december 2018 trekt de zoneraad de geschorste beslissing van 29 juni 2018 in en beslist hij opnieuw om het dienstnemingscontract van vrijwillig brandweerman van verzoeker niet te vernieuwen vanaf 1 juli 2018. Dit is de bestreden beslissing. Er wordt in geoordeeld dat verzoeker noch qua beschikbaarheid, noch qua oefeningen de vereiste drempels haalt. Toegelicht wordt:

“47. Vooreerst erkent [...] de raad dat de heer XXXX om medische redenen verhinderd was van 13 augustus 2015 tot en met 10 november 2015, en dat hij van 1 juli 2017 tot en met 30 juni 2018 in loopbaanonderbreking was. Met deze periodes kan bijgevolg in de afweging van de raad niet verder rekening gehouden worden.

48. Desondanks en zonder de periodes van medische ongeschiktheid en van loopbaanonderbreking nog verder mee te tellen, stelt de zoneraad vast wat volgt:

- Dat de oproepcomputer laat zien dat de heer XXXX van januari tot en met december 2016 0,21% van de tijd (17 uren) onder de status ‘beschikbaar’ stond en 99,79% van de tijd (8600 uren) onder de status ‘niet oproepbaar’, en van januari tot en met juni 2017 7,70% van de tijd onder de status ‘beschikbaar’ (332 uren), 92,17% van de tijd onder de status ‘niet oproepbaar’ (3.981 uren) en 0,13% van de tijd onder de status ‘niet beschikbaar’ (5 uren). Weliswaar was er voor de heer XXXX nog geen formele evaluatiecyclus opgestart; echter is conform het Huishoudelijk reglement beschikbaarheid vrijwilligers duidelijk dat hij onder beschikbaarheidsprofiel 2 viel (nacht/avond/weekend beschikbaar voor brandweer), waarvoor een minimaal beschikbaarheidspercentage op jaarbasis van 19% voorzien wordt. De minimale beschikbaarheidspercentages zoals voorzien in het huishoudelijk reglement werden dan ook manifest niet gehaald voor de periodes waarin er geen sprake was van medische overmacht of loopbaanonderbreking, en waarin die percentages dus wel hadden moeten gehaald worden. De beschikbaarheidscijfers kunnen niet anders dan als extreem ondermaats beschouwd worden.

- dat het aantal verplichte oefeningen van de heer XXXX, zelfs wanneer de periodes van medische ongeschiktheid en loopbaanonderbreking niet meegeteld worden, ook beneden de norm bleef (13 oefeningen in 2014; 7 oefeningen in 2015; 5 oefeningen in 2016; 11 oefeningen in 2017).”

IV. Voorwaarden voor een schorsing of andere voorlopige maatregel

6. Overeenkomstig artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State is de afdeling Bestuursrechtspraak als enige bevoegd om de schorsing te bevelen van de tenuitvoerlegging van een akte en om alle maatregelen te bevelen die nodig zijn om de belangen veilig te stellen van de partijen of de personen die een belang hebben bij de beslechting van de zaak. De voorwaarden daartoe zijn dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden, en dat de zaak te spoedeisend is voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring.

V. Voorwaarde van een ernstig middel

Standpunt van de partijen

7. Verzoeker voert in een derde middel de schending aan van, onder meer, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Hij zet onder andere uiteen:

- dat de verwerende partij verzuimt te verwijzen naar de dienstnota SO 2015-04 van 20 januari 2017 waaruit blijkt dat de oproepcomputer er nog niet was in 2015, 2016 en begin 2017 en dat het huishoudelijk reglement Beschikbaarheid vrijwilligers van 25 maart 2016 in Schoten “nog niet integraal van toepassing was begin 2017”;
- dat er voor verzoeker geen correct beschikbaarheidsprofiel werd vastgesteld, dat dan ook de minimale vereisten inzake beschikbaarheid niet zijn vastgelegd, en dat het niet opgaat plots zo een beschikbaarheidsprofiel op verzoeker toe te passen zonder daar voordien ooit met hem over gecommuniceerd te hebben;
- dat de verwerende partij geen stukken bijbrengt die haar cijfers in verband met de vermelde beschikbaarheden steunen;
- dat de minimale beschikbaarheid op jaarbasis moet worden bekeken en de cijfers van de verwerende partij geen betrekking hebben op een volledig dienstjaar;
- dat verzoekers zeer lage beschikbaarheid in 2016 het gevolg is van de beslissingen van de lokale (post)commandant om hem op code rood te zetten en te houden gedurende een volledig jaar en dat er voor het jaar 2017 rekening mee gehouden moet worden dat verzoeker in mei opnieuw in code rood werd geplaatst en vanaf 1 juli in loopbaanonderbreking was;
- dat, wat het aantal oefeningen betreft, het lage aantal in 2015 te wijten was aan de medische toestand van verzoeker, dat de cijfers voor 2014 en 2016 verschillen van die in de eerdere beslissing van 29 juni 2018, dat verzoeker ook in 2017 aan oefeningen heeft deelgenomen, en dat hij in 2018 geen oefeningen deed gelet op zijn loopbaanonderbreking die liep tot 30 juni 2018.

8. In de nota repliceert de verwerende partij:

- dat zij in het kader van haar discretionaire bevoegdheid perfect kon en mocht vaststellen dat de beschikbaarheid van verzoeker ver beneden de norm in het huishoudelijk reglement bleef, ook al was er voor hem formeel nog geen beschikbaarheidsprofiel vastgelegd, en dat verzoeker nergens het tegenbewijs levert dat hij wel voldoende beschikbaar was;
- dat er met betrekking tot het aantal oefeningen blijkbaar een administratieve vergissing is gebeurd voor 2016 en 2017 en de bestreden beslissing niet de correcte cijfers weergeeft, maar dat hoe dan ook dit aantal “aan de te lage kant” was en het aantal oefeningen geen decisief motief voor de bestreden beslissing vormt.

Beoordeling

9. Uit de bestreden beslissing en de verklaring in de nota van de verwerende partij dat het aantal oefeningen geen decisief motief uitmaakt, wordt, minstens in de huidige stand van de procedure, aangenomen dat het doorslaggevende motief te dezen de extreem ondermaatse beschikbaarheid van verzoeker in 2016 en de eerste helft van 2017 is.

Dit motief is gestoeld op gegevens van de oproepcomputer en het minimale beschikbaarheidspercentage waarin het huishoudelijk reglement Beschikbaarheid vrijwilligers voorziet.

10. Evenwel wijst verzoekers stuk 5c, een 20 januari 2017 gedateerde dienstnota SO 2017-04, uit dat de nieuwe oproepcomputer op dat moment “er in Schoten nog niet meteen [is]” en dat het blijkbaar van het “overstappen op de nieuwe oproepcomputer” afhangt of “het beschikbaarheidsreglement integraal van toepassing [is]”.

Het stuk ondergraaft op het eerste gezicht de draagkracht van het doorslaggevende motief voor de bestreden beslissing.

In zoverre de verwerende partij, in strijd met de bewoordingen in de bestreden beslissing, haar informatie uit een andere bron dan de oproepcomputer zou hebben gehaald, lijkt te moeten worden vastgesteld dat zij er geen nadere informatie over verschaft en dat zij overigens de betrokken gegevens niet bijbrengt, laat staan nog verzoeker de mogelijkheid heeft geboden er zijn zienswijze over te geven.

11. Bovendien schrijft de verwerende partij in de bestreden beslissing wel dat zij in haar afweging rekening houdt met de periodes waarin verzoeker om medische redenen verhinderd was en in loopbaanonderbreking was, namelijk van 13 augustus 2015 tot en met 10 november 2015 en van 1 juli 2017 tot en met 30 juni 2018, maar geen rekening houdt zij ermee dat, zoals de Raad van State reeds in zijn arrest nr. 243.180 van 7 december 2018 moest vaststellen, verzoeker, vanwege zijn medische problemen in 2015, heel 2016 in code rood [heeft] gestaan”. Kleurcode ‘rood’, aldus de verwerende partij in de nota, een standaardmaatregel zijnde wanneer iemand medisch ongeschikt is om aan brandweeractiviteiten deel te nemen.

Dit is nog meer van aard om te doen betwijfelen dat het doorslaggevende motief voor de bestreden beslissing – verzoekers beschikbaarheidscijfers in 2016 en de eerste helft van 2017 – met de vereiste zorgvuldigheid is vastgesteld en als draagkrachtig kan worden beschouwd.

12. Het middel is alleszins in de besproken mate ernstig.

VI. Voorwaarde van de spoedeisendheid

Standpunt van de partijen

13. Verzoeker zet onder meer uiteen dat het nadeel zich vooral op het morele vlak situeert. Hij heeft zich gedurende 28 jaar ononderbroken en op onberispelijke wijze ingezet voor de samenleving als vrijwillig brandweerman.

Hij wenst zich ten dienste te blijven stellen van de maatschappij, maar de bestreden beslissing ontnemt hem die mogelijkheid.

14. De verwerende partij werpt tegen dat uit de concrete omstandigheden van de zaak volgt dat het aantal verplichte oefeningen van verzoeker tijdens het laatste dienstnemingscontract gemiddeld beneden de norm lag, dat zijn beschikbaarheidspercentage bijzonder ondermaats is in de periodes waarin er geen sprake is van medische overmacht of loopbaanonderbreking, en dat hij tijdens de hoorzitting zelf aangaf dat hij zeer weinig inzetbaar zou zijn. Verzoeker vertoont een steeds voortschrijdende onbeschikbaarheid. Hij kan geen enkele garantie bieden dat hij ze kan ombuigen.

Beoordeling

15. De bestreden beslissing doet een einde komen aan verzoekers meer dan 25 jaar lange carrière als vrijwillig brandweerman, waarin hij, zoals in de bestreden beslissing expliciet wordt erkend, geen enkele tuchtstraf of (formele) negatieve evaluatie opliep.

Een dergelijke beslissing is, als eerder ook al aangenomen in arrest nr. 243.180 van 7 december 2018, van aard verzoeker een zwaarwegend moreel nadeel te doen lijden.

16. Niettemin meent de verwerende partij dat niet aan de voorwaarde van de spoedeisendheid is voldaan omdat in de specifieke, concrete situatie van verzoeker blijkt dat hij niet meer de nodige tijd kon of wilde maken om voldoende beschikbaar te zijn als vrijwillig brandweerman en dat er geen garantie is dat die situatie van onbeschikbaarheid ten goede zal veranderen.

Dit verweer steunt op het doorslaggevende motief van de bestreden beslissing, welk motief, zoals bij de bespreking van het derde middel gebleken is, op het eerste gezicht niet met de vereiste zorgvuldigheid tot stand is gekomen en draagkracht mist.

17. In de gegeven omstandigheden wordt de voorwaarde van de spoedeisendheid vervuld geacht.

VII. Conclusie

18. Er is voldaan aan de voorwaarden voor een schorsing van de bestreden beslissing.

19. Omdat een schorsing niet volstaat om zijn belangen nuttig te vrijwaren, vraagt verzoeker, naast een schorsing, dat hij in afwachting van de uitspraak over de vordering tot nietigverklaring zijn activiteiten als vrijwillig brandweerman zou mogen hervatten en dat meer bepaald aan de verwerende partij zou worden opgelegd, onder verbeurte van een dwangsom, om hem toegang te verschaffen tot het EasyCAD-systeem voor het aangeven van zijn beschikbaarheden en om hem toe te laten aan de oefeningen deel te nemen.

Naar verzoeker betoogt, en de verwerende partij niet tegenspreekt, is er geen enkel element waaruit blijkt dat deze voorlopige maatregel enig nadeel in hoofde van de verwerende partij zou veroorzaken.

Het verzoek tot het opleggen van de besproken voorlopige maatregel komt gegrond voor. Evenwel ziet de Raad van State geen aanleiding om het betrokken bevel vergezeld te laten gaan van de oplegging van een dwangsom.

20. Niét ingewilligd wordt de vraag van verzoeker om bovendien als voorlopige maatregel aan de verwerende partij het verbod op te leggen om de bestreden beslissing in te trekken en een nieuwe beslissing tot niet-verlenging van zijn benoeming als vrijwillig brandweerman te nemen.

Naar de mening van verzoeker is er inmiddels immers al sprake van “[h]et tot twee maal toe intrekken en vervangen van een beslissing die verzoekers benoeming als vrijwillig brandweerman niet verleng[t]”, wat “tergend

voor verzoeker” is. Met de verwerende partij wordt evenwel aangenomen dat er “slechts één beslissing met rechtsgevolgen [is] die inderdaad ingetrokken werd, namelijk die van 29 juni 2018, dit na het arrest van [de] Raad nr. 243.180 van 7 december 2018”.

Feit lijkt echter wel dat – gelet op de reeds genomen beslissingen van 29 juni 2018 en 21 december 2018 en op de motieven van de arresten van de Raad van State nrs. 243.180 en 244.068, en van voorliggend arrest – de beoordelingsmarge van de verwerende partij bij het eventuele nemen van een nieuwe beslissing tot niet-verlenging van verzoekers dienstnemingscontract van vrijwillig brandweerman, danig geslonken is.

Hoe dan ook zou een intrekking van de bestreden beslissing in voorkomend geval niet uit zichzelf kunnen meebrengen dat er een einde komt aan de voorlopige maatregel inzake de toegang tot het EasyCAD-systeem en de deelneming aan de oefening. Die maatregel geldt in principe tot aan de einduitspraak van de Raad van State over het beroep tot nietigverklaring van de bestreden beslissing.

VIII. Anonimisering

21. Met toepassing van 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’ vraagt verzoeker dat bij de publicatie van het arrest zijn naam wordt weggelaten

Dit verzoek wordt ingewilligd.

BESLISSING

1. De Raad van State schorst de tenuitvoerlegging van de beslissing van de zoneraad van de hulpverleningszone Brandweer Zone Rand van

21 december 2018 om het dienstnemingscontract van vrijwillig brandweerman van XXXX niet te vernieuwen vanaf 1 juli 2018.

2. De Raad van State legt bij wege van voorlopige maatregel, in afwachting van een uitspraak ten gronde, aan de verwerende partij het bevel op om aan XXXX toegang te verlenen tot het EasyCAD-systeem zodat hij zijn beschikbaarheden kan ingeven of wijzigen en om hem toe te laten deel te nemen aan de oefeningen teneinde weer operationeel inzetbaar te worden.

3. De vordering wordt voor het overige verworpen.

4. 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 twaalf juli 2019, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Johan Lust,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Johan Lust