

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

ARREST

**nr. 253.009 van 17 februari 2022
in de zaak A. 228.254/IX-9555**

In zake: XXXX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bart Van den Brande en Jenny Cheung
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Veemarkt 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. NMBS, nv van publiek recht
2. HR RAIL, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Chris Van Olmen en Vincent Vuylsteke
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 221
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 31 mei 2019, strekt tot de nietigverklaring van “[d]e beslissing van de Beroepscommissie CPS ‘Corporate Prevention Services’ Brussel d.d. 29 maart 2019 betreffende de definitieve ongeschiktheid bij een gezondheidsbeoordeling en die *de facto* heeft geleid tot het niet aanwerven van [XXXX] voor de functie van bekabelaar elektriciteit bij Centrale Werkplaats Mechelen, een onderdeel van NMBS Technics”.

2. Tevens wordt gevorderd om “[de] [v]erwerende partij te veroordelen tot een schadevergoeding van 32.405,15 euro ten titel van schadevergoeding voor gemiste inkomsten en tot een bijkomende schadevergoeding van 32.405,15 euro ten titel van schadevergoeding, te verhogen met de compensatoire en gerechtelijke intresten vanaf respectievelijk de datum van

de genomen beslissing en de datum van [het inleidend] verzoekschrift tot op de datum van algehele betaling”.

II. Verloop van de rechtspleging

3. De nv NMBS heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Werner Weymeersch heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de nv NMBS hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 januari 2022.

Staatsraad Bert Thys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jenny Cheung, die tevens *loco* advocaat Bart Van den Brande verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Ségolène de Borchgrave, die *loco* advocaten Chris Van Olmen en Vincent Vuylsteke verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Werner Weymeersch 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

4.1. Verzoeker solliciteert in september 2018 bij de nv HR Rail voor een statutaire aanwerving in de functie van “bordenbouwer” in de Centrale Werkplaats Mechelen van NMBS Technics.

Luidens het vacaturebericht dienen de volgende stappen te worden doorlopen:

- “1. Stel je online kandidaat
2. CV-screening
3. Sollicitatiegesprek
4. Medisch onderzoek
5. Documenten: uittreksel strafregister, afschrift geboorteakte
6. Klaar voor je eerste werkdag.”

4.2. Volgens verzoeker in zijn inleidend verzoekschrift is hij door de verwerende partij na een praktische proef niet geschikt bevonden voor de functie van “bordenbouwer”, maar wel voor de functie van “bekabelaar elektriciteit”.

Met een e-mailbericht van 11 oktober 2018 stelt de nv HR Rail verzoeker inderdaad ervan in kennis dat “[h]et selectieteam [hem heeft] weerhouden [versta: geselecteerd] als laureaat” “voor de functie van bekabelaar elektriciteit te CW Mechelen”.

Bij dat e-mailbericht is een loonsimulatie gevoegd en in het bericht worden de voordelen vermeld die verzoeker in het kader van een statutaire tewerkstelling “in de graad van bediende der elektriciteit” kan verkrijgen. Er wordt aan verzoeker gevraagd om te laten weten of hij in dienst wenst te treden. Het bericht besluit als volgt:

“Indien akkoord, zullen wij voor jou een medisch onderzoek aanvragen. Dit om na te gaan of u voldoet aan de lichamelijke vereiste voor uitoefening van de functie van bekabelaar elektriciteit.”

4.3. Het medisch onderzoek van verzoeker heeft plaats op 22 oktober 2018.

De preventieadviseur-arbeidsarts verklaart op het “formulier voor gezondheidsbeoordeling (bedoeld in art. I 4-46 van de codex over het welzijn op het werk)” dat verzoeker bij de voorafgaande gezondheidsbeoordeling “definitief ongeschikt” is bevonden voor de werkpost of risico-activiteit ‘bediende der elektriciteit’.

4.4. De preventieadviseur-arbeidsarts bezorgt met een brief van 29 oktober 2018 het voormelde “formulier voor gezondheidsbeoordeling” aan verzoeker. Als reden voor het definitief ongeschikt bevinden van verzoeker vermeldt zij:

“Geen veiligheidsfunctie. Op aanvraag van de jobcoach: zich herhalende taken aan te raden, direct aanspreekpunt en begeleiding nodig igv vragen, afgezonderde werkplek zonder veel collega’s in de buurt.”

4.5. Verzoekers moeder stelt op 30 oktober 2018 een beroep in bij de voorzitter van de Commissie van Beroep voor Arbeidsgeneeskunde (hierna: de beroepscommissie) tegen die beslissing van de preventieadviseur-arbeidsarts.

4.6. Het medisch onderzoek van verzoeker in het kader van dit beroep heeft plaats op 11 december 2018.

De preventieadviseurs-arbeidsartsen van de beroepscommissie verklaren op het “formulier voor gezondheidsbeoordeling” dat verzoeker “[n]a nieuwe evaluatie” wederom “definitief ongeschikt” is bevonden voor de functie ‘bediende [der] elektriciteit’.

4.7. Volgens verzoeker in zijn inleidend verzoekschrift heeft op 5 maart 2019 nog een psychologisch onderzoek plaats.

4.8. Met een brief van 29 maart 2019 stellen de preventieadviseurs-arbeidsartsen van de beroepscommissie verzoeker in kennis van het “formulier voor gezondheidsbeoordeling”. Zij vermelden dat verzoeker definitief ongeschikt is om “neuropsychiatrische redenen”.

IV. Aanwijzing van de verwerende partij en regelmatigheid van de rechtspleging

5.1. Door verzoeker in zijn inleidend verzoekschrift en vervolgens ook door het auditoraat van de Raad van State werd de nv NMBS aangewezen als de verwerende partij in de voorliggende zaak.

De memorie van antwoord en de laatste memorie van “de verwerende partij” werden ingediend door de nv NMBS.

5.2. Aangezien echter de bestreden beslissing werd genomen in het kader van een aanwervingsprocedure die door de nv HR Rail werd gevoerd en deze laatstgenoemde vennootschap de juridische werkgever is van het personeel dat onder meer ter beschikking wordt gesteld van de nv NMBS, rijst de vraag of het de nv HR Rail is die in de plaats van de nv NMBS als de verwerende partij in het geding dient op te treden.

5.3. Daarover ondervraagd, verklaren de raadslieden van de nv NMBS dat zij zich op dit punt gedragen naar de wijsheid van de Raad van State en dat, desgevallend, de door hen ingediende processtukken en neergelegde administratief dossier ook aan de nv HR Rail mogen worden toegerekend.

Verzoeker daarentegen argumenteert uitvoerig dat “[d]e nv HR Rail [...] niet als de verwerende partij in de plaats van [de] nv NMBS [dient op] te treden”. “Ondergeschikt” vraagt hij om “zowel de nv NMBS als de nv HR Rail” als verwerende partij aan te wijzen. Zijn argumentatie komt er, samengevat, op neer dat de nv HR Rail “is opgericht en handelt ten dienste van NMBS en [...] de opdracht [heeft] om personeel aan te nemen ten laste van NMBS”. Het is volgens

hem duidelijk “dat de nv HR Rail personeel ter beschikking stelt aan NMBS dat nodig is voor de opdrachten van NMBS en [...] zij dit [dus doet] in naam en voor rekening van NMBS”.

Verzoeker gaat er aldus evenwel aan voorbij dat de nv HR Rail, krachtens artikel 23 van de wet van 23 juli 1926 ‘betreffende de NMBS en het personeel van de Belgische Spoorwegen’, instaat voor de selectie, aanwerving en terbeschikkingstelling van statutair en niet-statutair personeel dat nodig is voor de verwezenlijking van de opdrachten van onder meer de nv NMBS en dat zij optreedt als juridisch werkgever met betrekking tot dat personeel.

Dat laatste verantwoordt waarom in de voorliggende zaak de nv HR Rail in de plaats van de nv NMBS als de verwerende partij dient op te treden en als zodanig, ambtshalve, door de Raad van State wordt aangewezen, terwijl de nv NMBS buiten de zaak wordt gesteld.

5.4. Gelet op wat hij hierna zal vaststellen met betrekking tot het hem ontbreken aan rechtsmacht om uitspraak te doen over het beroep tot nietigverklaring voor zover het gericht is tegen de beslissing van Corporate Prevention Services van 29 maart 2019, die luidens rubriek I van het inleidend verzoekschrift het voorwerp uitmaakt van het beroep, acht de Raad van State het om proceseconomische redenen niet noodzakelijk, noch wenselijk om de voornoemde externe dienst voor preventie en bescherming op het werk als auteur van die beslissing mede als verwerende partij aan te wijzen en de rechtspleging ten aanzien van haar te hernemen.

5.5. Waar hierna gewag wordt gemaakt van “de verwerende partij”, moet daaronder derhalve de nv HR Rail worden verstaan. De door de partijen ingediende procedurestukken worden ook in die zin gelezen.

V. Rechtsmacht van de Raad van State en ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

6. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord onder meer op dat de bestreden beslissing werd genomen door de externe dienst voor preventie en bescherming op het werk in het kader van een voorafgaande gezondheidsbeoordeling en dat “[e]en dergelijke beslissing [...] niet tot de bevoegdheid van de Raad van State [behoort]”.

Ter staving verwijst zij naar hetgeen de Raad van State in dit verband heeft geoordeeld in arrest nr. 238.408 van 6 juni 2017.

7. In zijn memorie van wederantwoord repliceert verzoeker “[i]n hoofdde” dat de bestreden beslissing de beslissing is van de verwerende partij om hem niet aan te werven. Hij benadrukt dat hij “in zijn verzoekschrift de nietigheid vraagt van de beslissing van [de verwerende partij], aangezien deze volgt uit de beslissing van de beroepscommissie CPS die de facto heeft geleid tot het niet aanwerven van [v]erzoeker als elektrische bekabelaar bij [de verwerende partij]”.

“In ondergeschikte orde” doet verzoeker gelden dat “de CPS [...] een taak [uitvoert] in opdracht van [de verwerende partij] en onder het algemeen belang”. Hij licht toe dat het medisch onderzoek één van de voorwaarden is voor een aanwerving bij de verwerende partij, dat “CPS ‘Corporate Prevention Services’ [...] de externe dienst [is] die is aangesteld en wordt gekozen door [de verwerende partij] zelf voor de uitvoering van het medisch onderzoek” en dat “CPS [...] een taak [uitvoert] in het belang van [de verwerende partij] en [...] een taak van openbare dienst [vervult]”.

Volgens verzoeker kan de voorafgaande gezondheidsbeoordeling door de externe dienst voor preventie en bescherming op

het werk worden vergeleken met voorbereidende handelingen, zoals adviezen of voorstellen van administratieve overheden, die vatbaar zijn voor vernietiging wanneer ze de bevoegde overheid binden. Hij wijst erop dat de verwerende partij zelf in haar memorie van antwoord aangeeft niet te kunnen voorbijgaan aan de medische beslissing van de voornoemde externe dienst. Die voorafgaande beslissing was doorslaggevend, zo stelt verzoeker. Daarna heeft hij vanwege de verwerende partij niets meer vernomen.

8. In zijn laatste memorie benadrukt verzoeker:

“dat de bestreden beslissing, de autonome beslissing is van [de verwerende partij] zélf om [v]erzoeker niet aan te werven. [De verwerende partij] heeft niets meer laten weten aan [v]erzoeker na het advies van de preventieadviseur-arbeidsarts”.

Voorts betoogt hij nog dat artikel I.4-69, § 1, van de Codex over het welzijn op het werk niet van toepassing is op werkzoekenden. *In casu* was hij nog niet in dienst als bekabelaar elektriciteit bij de verwerende partij en viel hij niet onder het statuut van werknemer, zodat er geenszins een werkgevers-werknemersrelatie bestond. Volgens verzoeker was de verwerende partij dan ook niet strikt gebonden door de beslissing van de preventieadviseur-arbeidsarts en kon zij vrij beslissen om hem wel aan te werven.

Verzoeker vervolgt dat arrest nr. 238.408 van 6 juni 2017, waarnaar de verwerende partij verwijst, “niet van toepassing [is], aangezien de beslissing van [de verwerende partij] om [hem] niet aan te werven de bestreden beslissing is”.

Hij benadrukt wederom:

“*In casu* [...] gaat het om een beslissing van [de verwerende partij] zélf, die na het adviserende verslag van de preventie-arbeidsgeneesheer, eenvoudigweg niets meer heeft laten weten aan [v]erzoeker omtrent de hem eerder al aangeboden functie als bekabelaar elektriciteit, terwijl in [de] e-mail van 11

oktober 2018 het zeer duidelijk was dat [de verwerende partij] alle intentie had om [v]erzoeker aan te werven.”

Verzoeker zoekt ten slotte steun in arrest nr. 206.433 van 6 juli 2010 van de Raad van State, “waar de bestreden beslissing ook was gebaseerd op het advies van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer en [de Raad van State] wel bevoegd was om hierover een uitspraak te vellen”.

Beoordeling

9.1. Verzoeker vermeldt in zijn inleidend verzoekschrift als “voorwerp van de eis” uitsluitend de beslissing van de beroepscommissie van 29 maart 2019 “betreffende de definitieve ongeschiktheid bij een gezondheidsbeoordeling”.

Ook de inventaris bij het inleidend verzoekschrift maakt als “bestreden beslissing” uitsluitend gewag van de “beslissing CPS te Brussel d.d. 29 maart 2019”.

9.2. De bestreden beslissing van de beroepscommissie betreft een voorafgaande gezondheidsbeoordeling zoals bedoeld in de artikelen I.4-25 tot I.4-28 van de Codex over het welzijn op het werk.

Het formulier waarin de beroepscommissie haar beslissing heeft geformaliseerd, verwijst naar artikel I.4-46 van de voornoemde codex, dat voorziet in “[h]et formulier voor de gezondheidsbeoordeling”.

9.3. In de Codex over het welzijn op het werk zijn het merendeel van de uitvoeringsbesluiten van de wet van 4 augustus 1996 ‘betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk’ gecodificeerd, zo ook de artikelen 26 tot 29 van het (opgeheven) koninklijk besluit van 28 mei 2003 ‘betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers’, die rechtsgrond vinden in artikel 4, § 1, van de voornoemde wet.

9.4. In artikel 79, § 1, eerste lid, van de wet van 4 augustus 1996 is bepaald dat, onverminderd de bepalingen van artikel 32*duodecies* van de wet – die in dit geval niet van toepassing of van belang zijn – de werkgevers, de werknemers en de representatieve werknemersorganisaties bij de arbeidsgerechten een vordering kunnen instellen tot beslechting van alle geschillen in verband met deze wet en haar uitvoeringsbesluiten.

Luidens artikel 2, § 1, van de voornoemde wet is deze wet toepasselijk op de werkgevers en de werknemers. Voor de toepassing van deze wet worden onder meer personen die, anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst, arbeid verrichten onder het gezag van een ander persoon, gelijkgesteld met ‘werknemers’. De personen door wie deze werknemers zijn tewerkgesteld, worden gelijkgesteld met ‘werkgevers’.

Aldus vallen ook personen die in statutair dienstverband bij een publiekrechtelijke rechtspersoon werken, evenals deze rechtspersoon zelf, onder het toepassingsgebied van de voornoemde wet. Anders dan verzoeker het ziet in zijn laatste memorie, behoren daartoe ook de kandidaten, zoals hijzelf er een is, die met het oog op een tewerkstelling in statutair dienstverband een voorafgaand gezondheidsonderzoek dienen te ondergaan.

9.5. De uitdrukkelijke toewijzing van de bevoegdheid tot beslechting van geschillen daarover aan de arbeidsrechtbank door artikel 79, § 1, eerste lid, van de wet van 4 augustus 1996, sluit de rechtsmacht van de Raad van State uit.

De door de verwerende partij opgeworpen exceptie betreffende het ontbreken van rechtsmacht van de Raad van State om uitspraak te doen over het beroep voor zover het gericht is tegen de beslissing van de beroepscommissie van 29 maart 2019 betreffende de vaststelling van zijn definitieve medische ongeschiktheid, is dan ook gegrond.

In zoverre het beroep gericht is tegen die beslissing van de beroepscommissie is het onontvankelijk.

10. In zijn memorie van wederantwoord en laatste memorie doet verzoeker gelden dat de bestreden beslissing is: “die van [de verwerende partij] om [hem] niet aan te werven”. Zoals hij evenwel meermaals benadrukt, heeft hij na de beslissing van de beroepscommissie vanwege de verwerende partij niets meer vernomen. Anders dan het geval was in de zaak waarover arrest nr. 206.433 van 6 juli 2010 van de Raad van State uitspraak doet, waarnaar verzoeker in zijn laatste memorie verwijst, ligt er in dit geval dan ook geen beslissing van de verwerende partij voor die mede tot het voorwerp van het beroep kan worden gerekend.

Zoals verzoeker het zelf verwoordt, heeft de bestreden beslissing van Corporate Prevention Services *de facto* geleid tot zijn niet-aanwerving. *De jure* ligt er evenwel geen beslissing van de verwerende partij daarover voor. Indien verzoeker van oordeel was dat de verwerende partij na de beslissing van Corporate Prevention Services over zijn voorafgaande gezondheidsbeoordeling verplicht was om een beslissing betreffende zijn (niet-)aanwerving te nemen, vermocht hij te handelen overeenkomstig artikel 14, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, opdat uit het stilzwijgen van de overheid desgevallend een afwijzende beslissing zou kunnen worden afgeleid waartegen een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld. Verzoeker heeft echter niet alzo gehandeld.

Het voorliggende beroep heeft derhalve geen voorwerp voor zover verzoeker beweert dat beroep te richten tegen de beslissing van de verwerende partij om hem niet aan te werven.

Ook in zoverre is het beroep niet ontvankelijk.

11. Uit wat voorafgaat volgt dat het beroep tot nietigverklaring dient te worden verworpen.

VI. Verzoek tot het verkrijgen van een schadevergoeding tot herstel

12. Aangezien geen ontvankelijk beroep tot nietigverklaring werd ingesteld en bijgevolg geen onwettigheid werd vastgesteld, dient ook het verzoek tot het verkrijgen van een schadevergoeding tot herstel te worden verworpen.

13. Met toepassing van artikel 70, § 1, vijfde lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ zijn het rolrecht en de bijdrage voor het verzoek tot het verkrijgen van een schadevergoeding tot herstel niet verschuldigd en dienen ze aan verzoeker te worden terugbetaald.

BESLISSING

- 1. De nv HR Rail wordt aangewezen als de verwerende partij in de zaak.**
- 2. De nv NMBS wordt buiten de zaak gesteld.**
- 3. De Raad van State verwerpt het beroep tot nietigverklaring.**
- 4. De Raad van State verwerpt het verzoek tot het verkrijgen van een schadevergoeding tot herstel.**
- 5. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.**
- 6. Het niet-verschuldigde rolrecht van 200 euro en de bijdrage van 20 euro voor het verzoek tot het verkrijgen van een schadevergoeding tot herstel dienen aan de verzoekende partij te worden terugbetaald.**

7. Bij de publicatie van dit arrest door de Raad van State wordt de identiteit van de verzoekende partij niet bekendgemaakt.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zeventien februari tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren