RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 73.578 van 11 mei 1998
in de zaak A. 77.560/IX-993.

In zake : Frans SMOLDERS,
wonende te MORTSEL,
Cogelslei 16

tegen :

de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS),
die woonplaats kiest bij
Advocaten Ph. GERARD, advocaat bij het Hof van Cassatie en K. RONSE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 523

D E R A A D V A N S T A T E, IXe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Frans SMOLDERS met toepassing van artikel 36 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, op 17 februari 1998 heeft ingediend om de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen een dwangsom te horen opleggen van 10.000 frank per dag dat zij nalaat, vanaf 1 maand na de betekening van het in onderhavige zaak te vellen arrest :

1. verzoeker volledig te regulariseren als verantwoordelijke van de niet samengevoegde dienst Verkoop en Beheer Intermodale operateurs in de functie van hoofdinspecteur;
2. de beslissing van 31 december 1997 waarbij hij wordt geaffecteerd in de afdeling Ondersteunende dienst VR.09 van de BE Vracht zonder enige opgave van functie, in te trekken;
3. de aanstelling van E. PEETERMANS als chef van de afdeling Verkoop en Beheer Intermodale Operateurs, in te trekken;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag over de zaak opgemaakt door Auditeur M. LEFEVER in toepassing van artikel 6 van het koninklijk besluit van 2 april 1991 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State inzake de dwangsom;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 23 april 1998 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 4 mei 1998;

Gehoord het verslag van Staatsraad J. SMETS;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat W. RAUWS, die verschijnt voor verzoeker, en van Advocaat K. RONSE, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur M. LEFEVER;

Gelet op de artikelen 30 en 36 en op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. Verzoeker heeft sinds 1 juli 1981 de graad van adjunct-eerste rechtskundig adviseur. Met ingang van 1 maart 1987 wordt hij aangesteld als hoofdinspecteur, verantwoordelijk voor de dienst "Verkoop en Beheer Intermodale Operateurs". Dit is een benoeming op proef

voor één jaar. Indien de kandidaat voldoening geeft, wordt hij na die proefperiode in die graad geregulariseerd, dit wil zeggen vast benoemd.

1.2. Met een nota van 5 augustus 1988 wordt aan verzoeker evenwel meegedeeld dat de dienst waarover hij de leiding had, wordt samengevoegd met een andere dienst en dat hij bijgevolg van zijn functies wordt ontheven. Er wordt voorts in gesteld dat zijn verdere ambtsbezigheden zullen afhangen van zijn al dan niet regularisatie in de graad van hoofdinspecteur.

Verzoeker dient een beroep in tegen de beslissing die hem van zijn functie ontheft en die zijn dienst samenvoegt met een andere dienst. De voorzitter van de Raad van Beheer weigert echter het beroep voor te leggen aan de Raad omdat het een maatregel betreft die niet behoort tot de bevoegdheid van de Raad van Beheer maar wel van de Algemene Directie.

Op 20 december 1988 besluit de Raad van Beheer verzoeker niet te regulariseren en hem met ingang van 1 december 1988 terug te plaatsen in zijn vroegere graad van adjunct-eerste rechtskundig adviseur.

1.3. Verzoeker bestrijdt die drie beslissingen voor de Raad van State, die ze vernietigt door zijn arrest nr. 67.631 van 5 augustus 1997.

De beslissing van de directeur-generaal van de NMBS waarbij verzoeker wordt ontheven van zijn functie van hoofdinspecteur van de dienst "gecombineerd vervoer" en waarbij zijn dienst wordt samengevoegd met een andere dienst en de beslissing van de voorzitter van de Raad van Beheer worden vernietigd wegens onbevoegdheid van de directeur-generaal, respectievelijk de voorzitter; de beslissing van 20 december 1988 waarbij verzoeker niet wordt geregulariseerd tot hoofdinspecteur, maar wordt teruggezet in zijn vroegere graad wordt vernietigd wegens schending van de hoorplicht.

1.4. In een op 22 september 1997 aangetekend verzonden brief vraagt de raadsman van verzoeker aan de verwerende partij het voornoemde arrest uit te voeren en meer bepaald daartoe :

- verzoeker te regulariseren in zijn functie van hoofd-inspecteur;
- het weddeverschil vanaf 1 december 1988 tussen, enerzijds, de vroegere graad van eerste-adjunct rechtskundig adviseur en, anderzijds, hoofdinspecteur uit te betalen;
- de gerechtskosten ten bedrage van 8000 frank te willen betalen.

Op 10 oktober 1997 antwoordt de NMBS daarop dat momenteel wordt onderzocht welke concrete uitvoering de N.M.B.S. aan het arrest zal geven en dat verzoeker op de hoogte zal worden gebracht van de resultaten van dit onderzoek.

1.5. Wanneer verzoeker na drie maanden nog geen verder bericht heeft gekregen van de NMBS schrijft zijn raadsman op 27 november 1997 een aangetekende brief naar de regeringscommissaris bij de NMBS. Hij verzoekt hem het Directiecomité ertoe te verplichten het arrest nr. 67.631 uit te voeren vóór 10 december 1997. Voor hem betekent dit :

> "1) Onmiddellijk herstel van dhr. SMOLDERS in de graad van hoofdinspecteur, bevoegd voor het gecombineerd vervoer.
> 2) De onmiddellijke betaling van de wedde, die aan deze dienstgraad beantwoordt.
> 3) In afwachting van een definitieve berekening van het door de verbroken beslissingen van 1987 geleden loonverlies, vermeerderd met de wettelijke intresten, onmiddellijke betaling van een voorschot van 5.000.000 BEF.
> 4) De onmiddellijke betaling van de gerechtskosten d.i. 8.000 BEF".

Hij verwittigt de regeringscommissaris dat indien die voorwaarden niet worden vervuld, hij alle hem ter beschikking staande wettelijke middelen zal gebruiken om de NMBS ertoe te verplichten het arrest te respecteren.

1.6. Op 30 mei 1997 hecht de Raad van Bestuur van de NMBS zijn goedkeuring aan een nieuwe organisatiestructuur van de NMBS die op 1 januari 1998 van kracht wordt.

1.7. Bij brief van 31 december 1997 wordt verzoeker met ingang van 1 januari 1998 binnen het raam van de nieuwe structuur van de NMBS aangewezen voor de afdeling Ondersteunende diensten (VR.09) van de Bedrijfseenheid Vracht.

Aan het hoofd van de afdeling Verkoop en Beheer Intermodale Operateurs, wat de nieuwe benaming is van de afdeling waarvan verzoeker vroeger diensthoofd was, wordt nu E. PEETERMANS geplaatst.

Verzoeker vraagt dat een dwangsom zou worden opgelegd om de verwerende partij te dwingen deze twee beslissingen in te trekken.

2. <u>Over de gegrondheid van de vordering</u>.

2.1. Overwegende dat verzoeker, eerstens, aanvoert dat de verwerende partij het gezag van gewijsde van het arrest nr. 67.631 miskent door te weigeren nieuwe beslissingen te nemen; dat hij in dat verband betoogt dat aangezien de vernietigde weigering om hem te regulariseren en om zijn beroep voor te leggen aan de Raad van Beheer negatieve beslissingen zijn, de NMBS zich opnieuw over deze punten moet uitspreken; dat hij tevens stelt dat evenmin door de NMBS een einde werd gemaakt aan de ontheffing van de leiding van de diensten waarover hij de leiding had, noch aan de samenvoeging

van die dienst met een andere dienst; dat hij, tweedens, aanvoert dat het gezag van gewijsde eveneens wordt geschonden doordat de NMBS tegen de eruit voortvloeiende onthoudingsplicht in verzoeker vanaf 1 januari 1998 heeft aangesteld in de afdeling "Ondersteunende Diensten" VR.09 van de BE Vracht, zonder enige functie, terwijl hem de functie van hoofdinspecteur toekomt, en door E. PEETERMANS aan te stellen tot diensthoofd van de dienst waarvan hij tot aan de vernietigde beslissingen diensthoofd was;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat uit het vernietigingsarrest van 5 augustus 1997 voortvloeit dat verzoeker opnieuw in zijn functie van stagedoend hoofdinspecteur is geplaatst, maar niet dat hij moet worden geregulariseerd; dat zij stelt dat de door dat arrest vernietigde beslissing waarbij verzoeker niet wordt geregulariseerd eventueel kan worden hernomen met inachtneming met het gezag van gewijsde dat aan dat arrest is verbonden, met name met inachtneming van de hoorplicht en van de zorgvuldigheidsplicht; dat zij hieruit afleidt dat geen dwangsom kan worden opgelegd wegens het niet-regulariseren van verzoeker; dat zij voorts betoogt dat de structuur van de NMBS volledig is gewijzigd sinds eind 1997 en dat er geen band meer is tussen graden en functies zodat verzoeker niet meer kan eisen om als hoofdinspecteur aan het hoofd van een bepaalde dienst te worden geplaatst, zodat het opleggen van een dwangsom op dit punt niet mogelijk is; dat zij tot slot stelt dat geen dwangsom kan worden opgelegd bij niet-intrekking van de aanstelling van E. PEETERMANS als chef van de afdeling Verkoop en Beheer Intermodale Operateurs nu die beslissing niet is vernietigd en er geen verband bestaat met het arrest waarvan verzoeker de uitvoering nastreeft;

2.3.1. Overwegende dat artikel 36, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt :

> "Wanneer het herstel van de wettigheid inhoudt dat de vernietiging van een rechtshandeling als bedoeld in artikel 14 gevolgd moet worden door een nieuwe overheidsbeslissing of overheidshandeling kan, bij ingebreke blijven van de overheid, de persoon op wiens verzoek de nietigverklaring is uitgesproken, de Raad van State verzoeken aan de betrokken overheid een dwangsom op te leggen. Wanneer uit een vernietigingsarrest voor de administratieve overheid een onthoudingsplicht ten aanzien van bepaalde beslissingen volgt, kan de persoon op wiens verzoek de vernietiging is uitgesproken, de Raad van State vragen de overheid het bevel te geven, op verbeurte van een dwangsom, de beslissingen in te trekken die ze zou hebben genomen met schending van de uit het annulatiearrest volgende onthoudingsverplichting";

dat krachtens dit artikel er slechts een dwangsom kan worden opgelegd indien de overheid in gebreke blijft een beslissing te nemen die zij ter herstel van de wettigheid verplicht is te nemen of indien zij een beslissing heeft genomen waarvan zij zich diende te onthouden;

2.3.2.1. Overwegende dat de vernietiging door het arrest nr. 67.631 van 5 augustus 1997 van de weigering om verzoeker te "regulariseren", dit is vast te benoemen in de graad van hoofdinspecteur, is gesteund op een schending van de hoorplicht; dat uit het vernietigingsarrest voortvloeit dat de verwerende partij een nieuwe beslissing moet nemen omtrent verzoekers regularisering en hem vooraleer hierover een beslissing te nemen, in de gelegenheid moet stellen om op nuttige wijze zijn standpunt daaromtrent kenbaar te maken, zowel over die beslissing zelf als over de wezenlijke gegevens die eraan ten grondslag liggen; dat een procedure hiertoe op gang werd gebracht; dat uit het voornoemde arrest evenwel niet voortvloeit dat verzoeker een recht heeft om te worden geregulariseerd, nu de vernietiging enkel is gesteund op een proceduregebrek; dat de beslissing

tot ontheffing van verzoeker uit zijn functie van diensthoofd van de dienst "Gecombineerd Vervoer" en de samenvoeging van zijn dienst met een andere dienst werd vernietigd op grond van de onbevoegdheid van steller van de handeling; dat door de vernietiging van die beslissing deze moet worden geacht nooit te hebben bestaan en dat verzoeker moet worden geacht nooit door een beslissing van de directeur-generaal van de NMBS te zijn ontheven van de leiding van zijn dienst en die dienst moet worden geacht nooit door de directeur-generaal te zijn samengevoegd met een andere dienst; dat het gezag van gewijsde van het voornoemde vernietigingsarrest zich ertegen verzet dat de directeur-generaal opnieuw dezelfde beslissing zou nemen, maar niet dat de bevoegde overheden van de NMBS hun diensten herschikken en ook de affectatie van verzoeker wijzigen; dat verzoeker bijgevolg noch ingevolge de vernietiging van de beslissing van de directeur-generaal, noch ingevolge de vernietiging van de weigering om hem te regulariseren als hoofdinspecteur, een recht kan laten gelden op de betrekking van hoofd van de dienst "Gecombineerd Vervoer" of van de dienst die deze is opgevolgd; dat de vordering tot het opleggen van een dwangsom teneinde de verwerende partij te verplichten verzoeker volledig te regulariseren als verantwoordelijke van de niet samengevoegde dienst "Verkoop en Beheer Intermodale Operateurs" in de functie van hoofdinspecteur, ongegrond is;

2.3.2.2. Overwegende dat, nu verzoeker, zoals uit overweging 2.3.2.1. blijkt, uit het voornoemde vernietigingsarrest geen recht kan putten om als hoofdinspecteur tot diensthoofd van de dienst Verkoop en Beheer Intermodale Operateurs van de NMBS te worden aangewezen, noch de aanwijzing van E. PEETERMANS in die functie, noch verzoekers aanwijzing voor VR.09, inbreuk maken op het gezag van gewijsde van dat arrest; dat de

vordering tot het opleggen van een dwangsom teneinde de verwerende partij te verplichten de beslissingen waarbij verzoeker wordt aangesteld in de afdeling "Ondersteunende Dienst VR.09 van de Bedrijfseenheid Vracht" en waarbij E. PEETERMANS wordt aangesteld als chef van de afdeling Verkoop en Beheer Intermodale Operateurs in te trekken, ongegrond is,

B E S L U I T :

<u>Enig artikel</u>.

De vordering tot het opleggen van een dwangsom wordt verworpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op elf mei 1900 achtennegentig, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	G. BAETEMAN,	eerste voorzitter van de Raad van State,
	A. BEIRLAEN,	staatsraad,
	J. SMETS,	staatsraad,
	M. MILOJKOWIC,	toegevoegd griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

M. MILOJKOWIC. **G. BAETEMAN.**