

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 76.508 van 20 oktober 1998
in de zaak A. 42.505/XII-1419.**

In zake : Willy MACKEN,
wonende te AARSCHOT,
Geetstraat 50

tegen :

de stad AARSCHOT.

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

Gezien het verzoekschrift dat Willy MACKEN op 23 mei 1990 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van de beslissing van 26 november 1987 van het college van burgemeester en schepenen van Aarschot waarbij hem bij wege van tuchtmaatregel een berisping wordt opgelegd;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien de "memorie van wederantwoord" van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur A. VANDENDRIESSCHE;

Gelet op de beschikking van 16 juni 1993 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de regelmatig gewisselde laatste memories;

Gelet op de beschikking van 19 juni 1998 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 29 september 1998;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van verzoeker, en van Advocaat J. DANCKAERTS, die loco Advocaat L. DEHOND verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur B. THIJS;

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

1. Overwegende dat in haar memorie van antwoord de verwerende partij opwerpt dat het beroep te laat is ingesteld; dat zij betoogt dat verzoeker ten onrechte stelt dat de bestreden beslissing hem nooit is betekend; dat zij het bewijs van die betekening ziet in een vermelding op haar brief aan de provinciegouverneur waarbij zij deze de bestreden beslissing heeft toegestuurd; dat die vermelding is : "1 ex. W. MACKEN"; dat die vermelding volgens haar slaat op het aan verzoeker bezorgen van de brief met bijlage "op de gebruikelijke manier in de binnendienst";

1.1. Overwegende dat in zijn memorie van wederantwoord verzoeker bevestigt dat de bestreden beslissing hem nooit is betekend, ook niet "op de gebruikelijke manier in de binnendienst";

1.2. Overwegende dat bij ontstentenis van bewijs van betekening aan verzoeker -welk bewijs de verwerende partij onmogelijk zichzelf kan verschaffen door een

vermelding op een brief waarvan ze niet eens de dagtekening opgeeft- de exceptie moet worden afgewezen;

2. Overwegende dat in haar memorie van antwoord de verwerende partij aan verzoeker het rechtens vereiste belang ontzegt; dat zij de hem opgelegde berisping kwalificeert als een "morele straf met een waarschuwend karakter" en dat volgens haar de achterliggende reden die verzoeker ertoe bewogen heeft die louter morele tuchtstraf aan te vechten zijn bewering is "dat deze sanctie de uitsluitende bedoeling had om hem te benadelen in het kader van de vacature van het ambt van hoofd van de technische dienst";

2.1. Overwegende dat in zijn verzoekschrift verzoeker zijn belang "vanzelfsprekend" heeft genoemd; dat het dit ook is;

2.2. Overwegende dat in haar laatste memorie de verwerende partij een nieuwe reden opgeeft voor het beweerd gebrek aan belang; dat zij betoogt dat enerzijds verzoeker geen enkel materieel belang heeft bij de vernietiging van de bestreden beslissing, anderzijds daar ook geen moreel belang bij heeft, ten eerste omdat de tuchtstraf dateert van 26 november 1987 en zij voor de toekomst onbestaande is gezien de ambtshalve doorhaling ervan overeenkomstig artikel 309 van de nieuwe gemeentewet, ten tweede omdat zij geen rechtsgevolgen heeft; dat zij voorts herhaalt dat verzoeker de vernietiging alleen beoogde omdat hij meende dat de tuchtstraf een doorslaggevend element geweest was bij de voorkeur gegeven aan Hubert DE KEYSER voor de betrekking van hoofd van de technische dienst, welke mening tegengesproken is door 's Raads arrest nr. 38.243 van 3 december 1991, dat de benoeming van Hubert DE KEYSER wettig heeft bevonden;

2.3. Overwegende dat de Raad herhaalt dat verzoeker zijn belang terecht "vanzelfsprekend" kon noemen; dat de doorhaling van een tuchtstraf dat belang alleen zou kunnen doen verdwijnen wanneer ze de tuchtstraf ab initio deed verdwijnen, wat ze niet doet aangezien ze alleen voor de toekomst werkt; dat een tuchtstraf de rechtssituatie van de betrokkene blijft raken, zolang ze niet verdwenen is, ook al kan ze ingevolge haar doorhaling geen verdere rechtsgevolgen meer hebben; dat verzoeker zijn belang "vanzelfsprekend" heeft genoemd en dat het de verwerende partij niet toekomt te poneren dat hij daarmee slechts dacht aan zijn kansen om tot dienstchef te worden bevorderd;

2.4. Overwegende dat de exceptie van ontstentenis van belang wordt afgewezen;

3.1. Overwegende dat tot goed begrip van verzoekers eerste annulatiemiddel de hiernavolgende overwegingen uit het bestreden besluit worden geciteerd :

"Gelet op de nota van de heer DE KEYSER Hubert, hoofd van de stedelijke technische dienst, waaromtrent door het schepencollege bij nota van 27.10.1986 zijn opmerkingen aan de heer W. MACKEN gevraagd werden en deze tevens verzocht werd rechtvaardiging te geven van de uren, die hij tijdens de gewone dienstuurregeling van het stadsbestuur presteerde bij de O.L.Vrouw-kerkfabriek namens en voor het studie bureau DE BRUYN;

Gelet op de nota van de heer W. MACKEN dd. 30.10.1986, nr. 86.29;

Gelet op de nota van de heer DE KEYSER dd. 19.3.1987 houdende kommentaar bij de verantwoording van de heer W. MACKEN voor zijn afwezigheden;

...

Overwegende dat de vaststellingen van de heer H. DE KEYSER, vastgesteld in zijn eerste nota aan ons college en betreffende dienstuurregeling-afwezigheden van de heer W. MACKEN, ernstig moeten genomen worden; dat het evenwel juist is dat met ingang van 7.7.1986 de heer W. MACKEN gedurende 5 dagen ziek was;

Overwegende dat de heer W. MACKEN zekere afwijkingen (afwezigheden) op de werkuren toegeeft;

Overwegende dat hij de tijdsduur van sommige afwezigheden wel betwist, doch mag aangenomen worden

dat deze nauwkeurig aangetekend werden door het verantwoordelijke diensthoofd;

Overwegende dat de heer W. MACKEN stipuleert dat hij geen enkele minuut binnen zijn verantwoording gepresteerd heeft bij de O.L.Vrouw-kerkfabriek; dat het evenwel vaststaat dat de heer MACKEN, verbonden aan het studiebureau DE BRUYN, op de meeste werkvergaderingen i.v.m. de restauratiewerken van de O.L.Vrouw-kerk tijdens de werkuren van ons bestuur aanwezig was en dit opgemerkt werd door een of meer eveneens aanwezige schepenen; dat hij hiervoor geen rechtvaardiging, gevraagd in onze nota van 27.10.1986 verleent en deze aanwezigheid ook niet gekend was bij het diensthoofd;

...
Overwegende dat meerdere uitlatingen van de heer W. MACKEN in zijn verweerschrift niet passen en niet getuigen van beroepszin;
...";

3.2. Overwegende dat in zijn eerste annulatiemiddel verzoeker stelt dat de bestreden beslissing blijkt te steunen op volgende motieven :

- 1) de nota van 19 maart 1987 van dienstchef H. DE KEYSER;
- 2) de aanwezigheid van verzoeker, als lid van het studiebureau DE BRUYN, op de meeste werkvergaderingen in verband met de restauratiewerken aan de kerk (gehouden tijdens de werkuren);
- 3) meerdere uitlatingen van verzoeker in zijn verweerschrift voorgelegd aan het Schepencollege bij zijn verhoor, welke uitlatingen "niet passen en niet getuigen van beroepszin";

Overwegende dat verzoeker betoogt dat "daartegenover staat" :

- 1) dat de nota van dienstchef H. DE KEYSER "direct concurrent van verzoeker voor de functie hoofd van de technische dienst" tal van onwaarheden bevat, die verzoeker weerlegt heeft;
- 2) dat er geen bewijs is van de aan verzoekers aangewezen aanwezigheid op de meeste werkvergaderingen, tijdens de werkuren, voor de restauratie van de kerk, dat verwezen wordt naar vaststellingen door schepenen,

zonder enige vermelding van datum of naam van schepenen; dat die vermeldingen trouwens ook niet kunnen gegeven worden omdat "geen enkele minuut binnen deze verantwoording werd gepresteerd bij de O.L.Vrouwkerkfabriek", zoals te lezen staat in zijn nota van 30 oktober 1986 aan het college;

3) dat een ambtenaar die zich te verdedigen heeft, "zelf oordeelt over de wijze waarom hij zijn verweer meent te moeten voordragen", op voorwaarde dat de gekozen wijze niet beledigend is voor de overheid, wat in deze zaak niet het geval was;

Overwegende dat verzoeker zodoende zijn eerste middel staaft, waarin hij aanvoert dat de bestreden beslissing de rechtens vereiste feitelijke grondslag mist en genomen is met schending van de algemene beginselen van bewijsvoering;

3.3. Overwegende dat in haar memorie van antwoord de verwerende partij met betrekking tot verzoekers kritiek op de nota van dienstchef H. DE KEYSER antwoordt dat uit zijn gedurende de tuchtprocedure ingediende verweernota's blijkt dat de vastgestelde afwezigheden "grotendeels niet betwist worden en dus correct zijn", dat verzoeker voor bepaalde afwezigheden geen enkele verantwoording heeft en dat hij voor andere afwezigheden wel een reden opgeeft (achteraf), hetgeen niet wegneemt dat hij op eigen initiatief de dienst verliet zonder toelating of verwittiging;

Overwegende dat met betrekking tot verzoekers aanwezigheid op werkvergaderingen voor de restauratie van de kerk, de verwerende partij antwoordt dat de desbetreffende overweging in haar besluit maar werd opgenomen als een antwoord op de leugenachtige bewering van verzoeker in zijn verweernota dat hij geen enkele minuut tijdens de werkuren heeft besteed aan de restauratiewerken, dat het geen aparte tenlastelegging

betreft, maar onder te brengen is in het probleem "afwezigheden"; dat zij besluit met de besproken overweging als "overtollig" af te doen nu de ongewettigde afwezigheden volstaan om het besluit te rechtvaardigen;

Overwegende met betrekking tot de uitlatingen in het verweerschrift van verzoeker, dat de verwerende partij antwoordt dat het haar toekomt te appreciëren of die uitlatingen niet passend zijn; dat zij voorts betoogt dat ook dit motief van bijkomstig belang is : "Het hoofdfeit, voortdurende ongewettigde afwezigheden, is op zich een voldoende grondslag om de lichte tuchtstraf te rechtvaardigen";

3.4. Overwegende dat in de repliek in zijn memorie van wederantwoord verzoeker "samenvattend" stelt :

"a. Het 'hoofdfeit' - 'voortdurende ongewettigde afwezigheden' steunt uitsluitend op een nota van Hubert DE KEYSER, die met verzoeker in een concurrentiële positie stond voor de bevordering tot hoofd van de technische dienst; de in die nota vervatte voorstelling van feiten werd integraal door verzoeker weerlegd.

Het aanvaarden van de geloofwaardigheid van die nota maakt, in de omstandigheden van de zaak, een gebrek aan zorgvuldigheid bij de feitenvinding uit en heeft tot gevolg dat de op die feiten gesteunde beslissing niet kan geacht worden de rechte vereiste feitelijke grondslag te hebben die nodig is voor de geldigheid van die beslissing.

b. Dit is a fortiori het geval, doordat aangetoond is dat het aangevoerde feit sub b) -het tijdens de diensturen bijwonen van de vergaderingen met betrekking tot de restauratie van de O.L.Vrouw-kerk- volkomen onjuist is, terwijl het feit sub c) -de wijze van verweer van verzoeker tijdens het verhoortotaal irrelevant is.";

3.5.1. Overwegende, ten aanzien van de onwettige afwezigheden, dat voor de beoordeling van het aan de orde zijnde middel alleen van belang is of die afwezigheden reëel waren en, zo ja, of verzoeker ze naar behoren gewettigd heeft; dat het dus helemaal niet tot

de zaak dient wat dienstchef H. DE KEYSER ertoe bracht die afwezigheden vast te stellen; dat zulks wel een rol kan spelen voor de beoordeling van verzoekers tweede middel;

Overwegende dat noch gedurende de tucht-procedure, noch gedurende deze gerechtelijke procedure verzoeker er toe gekomen is aan te tonen dat, globaal genomen, die afwezigheden niet bestonden of verantwoord konden worden;

Overwegende dat de ongewettigde afwezigheden dus wel als motief voor de bestreden beslissing aangewend konden worden;

3.5.2. Overwegende, ten aanzien van verzoekers aanwezigheid tijdens de werkuren op werkvergaderingen in verband met de restauratiewerken aan de O.L.Vrouw-kerk, dat de verwerende partij die tenlastelegging niet bewijst; dat als bewijs evident niet kan doorgaan de brute bevestiging dat zijn aanwezigheid werd opgemerkt door "een of meer eveneens aanwezige schepenen"; dat de verwerende partij evenmin een bewijs kan halen uit het feit dat verzoeker voor zijn afwezigheden aldaar "geen rechtvaardiging, gevraagd in onze nota van 27.10.1986" verleent; dat de desbetreffende vraag in die nota als volgt luidt :

"Tevens zult U ons rechtvaardiging geven van de uren, die U tijdens de gewone dienstuurregeling van ons bestuur presteert bij de O.L.Vrouw-kerkfabriek namens en voor het Studiebureau DE BRUYN";

dat bij die vraagstelling er wordt van uitgegaan dat bewezen is wat bewezen moet worden, te weten dat verzoeker tijdens de diensturen uren presteert "bij O.L.Vrouw-Kerkfabriek";

Overwegende dat mogelijk met de verwerende partij kan worden meegegaan waar zij staande houdt dat

de desbetreffende tenlastelegging geen aparte tenlastelegging is, dat ze opgaat in de tenlastelegging "onwettige afwezigheden"; dat ze dan echter die afwezigheden in beduidende mate erger maakt; dat ze bijgevolg ook dan niet kan worden afgedaan als het voorwerp van een "overtollige overweging", zoals de verwerende partij staande houdt; dat integendeel, nu ze als niet bewezen weg moet worden gelaten, de Raad niet kan stellen dat er geen redelijke twijfel over bestaat dat ook zonder haar de bestreden beslissing dezelfde zou zijn geweest;

Overwegende ten aanzien van verzoekers "meerdere uitlatingen" in zijn verweerschrift, dat de verwerende partij ze als een afzonderlijk tuchtfeit heeft aangemerkt aangezien ze volgens haar "niet getuigen van beroepszin"; dat ze niet eens gepreciseerd zijn, laat staan dat hun tuchtrechtelijk karakter bewezen is en bewezen is dat verzoeker zich tegen hun kwalificatie heeft kunnen verdedigen;

Overwegende dat uit het voorafgaande volgt dat wel voor bewezen moet worden gehouden dat verzoeker zich schuldig heeft gemaakt aan onwettige afwezigheden, dat echter niet bewezen is dat de verwerende partij tegen verzoeker rechtsgeldig kon inbrengen, ten eerste dat die afwezigheden ook veroorzaakt werden door aanwezigheid op werkvergaderingen in verband met herstellingswerken aan de kerk, ten tweede dat hij zich gedurende zijn verweer schuldig heeft gemaakt aan tuchtrechtelijk strafbare uitlatingen;

Overwegende dat in de aangegeven mate het eerste middel gegrond is;

4. Overwegende dat als tweede middel verzoeker machtsafwending aanvoert "doordat de bestreden beslissing genomen werd met de uitsluitende bedoeling om verzoeker te benadelen in het kader van de vacature van

het ambt van hoofd van de technische dienst, zoals Uw Raad zelf reeds zeer goed heeft aangevoeld in Uw arrest nr. 34.532 van 27 maart 1990, p. 7";

4.1. Overwegende dat verzoeker voor het middel niet eens een begin van bewijs levert; dat de zaak waarin de Raad zijn schorsingsarrest nr. 34.532 heeft uitgesproken ging over de benoeming van Hubert DE KEYSER tot hoofd van de technische dienst; dat die zaak uiteindelijk is uitgelopen op 's Raads arrest nr. 38.243 van 3 december 1991 waarbij verzoekers beroep tegen die benoeming als ongegrond is afgewezen; dat het middel niet kan worden aangenomen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 26 november 1987 van het College van Burgemeester en Schepenen van Aarschot waarbij aan Willy MACKEN bij wege van tuchtmaatregel een berisping wordt opgelegd.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op vierduizend frank, komen ten laste van de stad Aarschot.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op twintig oktober 1900 achtennegentig,
door de XIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. BORRET,	kamervoorzitter,
	J. BAERT,	staatsraad,
	D. MOONS	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. BORRET.