

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 156.744 van 22 maart 2006
in de zaak A. 168.316/IX-5151.**

In zake : Jean-Pierre MALFAIT,
wonende te GENT,
Hoogstraat 17

tegen :

de Vlaamse Gemeenschap, vertegenwoordigd door de Vlaamse
Regering,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. DEVERS,
kantoor houdende te GENT,
Kouter 71-72.

DE VOORZITTER VAN DE IXe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat Jean-Pierre MALFAIT op
1 december 2005 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing
van 3 oktober 2005 van het afdelingshoofd van de afdeling personeel van het
departement leefmilieu en infrastructuur van de Vlaamse Gemeenschap, waarbij hij
met ingang van 19 september 2005 ontslagen wordt wegens onwettige afwezigheid
van meer dan tien dagen;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde
verzoekende partij de schorsing van de tenuitvoerlegging vordert van dezelfde
beslissing;

Gezien het verslag over het beroep tot nietigverklaring opgemaakt
door eerste auditeur-afdelingshoofd R. VAN DER GUCHT, op grond van artikel 94
van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging
voor de afdeling administratie van de Raad van State;

Gezien het verslag over de vordering tot schorsing opgemaakt
door eerste auditeur-afdelingshoofd R. VAN DER GUCHT;

Gelet op de beschikkingen van 8 februari 2006, houdende bevel tot neerlegging van het verslag over het beroep tot nietigverklaring en waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 maart 2006;

Gelet op de kennisgeving van de verslagen aan partijen;

Gehoord het verslag van de voorzitter van de Raad van State
J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat I. MARTENS, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat P. DEVERS, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het gedeeltelijk eensluidend advies van eerste auditeur-afdelingshoofd R. VAN DER GUCHT;

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

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

1.1. Na een periode van langdurige afwezigheid wegens ziekte gepaard gaande met ziekenhuisopname, neemt verzoeker op 5 december 2005 zijn dienst weer op als technisch assistent bij de afdeling Bovenschelde van de administratie waterwegen en zeewezen van de Vlaamse Gemeenschap.

1.2. Nadat verzoeker van 8 september 2005 een dag spoedverlof had aangevraagd, heeft het bestuur van hem niets meer vernomen.

1.3. Met een nota van 13 september 2005 deelt scheepvaartinspecteur Devocht van de afdeling Bovenschelde aan verzoeker mede :

“Zowel vrijdag 9, maandag 12 als dinsdag 13 september 2005 was u afwezig op uw werkplaats.

U vroeg hiervoor geen verlof, noch meldde u mij uw afwezigheid om enig andere reden.

Ik wil er u aan herinneren dat, indien u thuis blijft wegens ziekte, u mij zo snel mogelijk dient te verwittigen, dit ten laatste tegen 10.00 uur. Ik kan enkel vaststellen dat dit tot op heden nog niet is gebeurd.

Momenteel bevindt u zich dan ook in een toestand van ongewettigde afwezigheid.

Volgens het Vlaams Personeelsstatuut kan een ongewettigde afwezigheid van 10 werkdagen leiden tot ontslag.

Ik zou u willen vragen binnen de 7 dagen schriftelijk te verantwoorden waarom u op voormelde dagen niet aanwezig was op uw werkplaats.”

1.4. Met brief van 26 september 2005 vraagt ingenieur Eric Van den Eede van de afdeling Bovenschelde aan de afdeling personeel betrokkene ambtshalve te willen ontslaan.

1.5. Op 3 oktober 2005 neemt afdelingshoofd Sonja Vanblaere van de afdeling personeel van het departement leefmilieu en infrastructuur van de Vlaamse Gemeenschap, onder verwijzing naar de sub 1.3. vermelde brief van 13 september 2005 aan verzoeker en overwegende dat verzoeker sinds 9 september ongewettigd afwezig is, de thans bestreden beslissing.

2. Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.1. Overwegende dat verzoeker als enig middel de schending aanvoert van artikel XII.2.§ 1. 3° van het Vlaams Personeelsstatuut van 15 juli 2002 en van de hoorplicht; dat hij zulks als volgt uiteenzet :

“Artikel XII.2.§1.3° van het Vlaams Personeelstatuut van 15 juli 2002 bepaalt dat de ambtenaar in geval van 10 dagen ongewettigde afwezigheid onmiddellijk, zonder opzeggingstermijn en zonder opzeggingsvergoeding wordt ontslagen.

Verzoeker wenst er op te wijzen dat het ontslag van ambtswege, bedoeld in voormelde bepaling een maatregel is die genomen wordt in het belang van de dienst en steunt op de gedachte dat de ambtenaar die na een geoorloofde afwezigheid zijn dienst niet hervat en meer dan tien kalenderdagen afwezig blijft geacht wordt vrijwillig uit dienst te zijn getreden. Dit laatste is echter een weerlegbaar vermoeden. Indien men kan bewijzen dat men niet vrijwillig ontslag wenste te nemen, dan zal men het ontslag van ambtswege wegens 10 dagen onwettige afwezigheid niet kunnen invoeren. Deze stelling wordt bevestigd in het arrest van de Raad van State nr. 66.926 van 24 juni 1997 (bijlage 3).

In casu is het echter zo dat de verwerende partij op het ogenblik dat de bestreden beslissing werd genomen, niet mocht vermoeden dat verzoeker vrijwillig uit dienst was getreden. De verwerende partij had immers kennis van zijn ziekte-toestand voor 9 september 2005. Zoals uit het feitenrelaas blijkt, zijn de problemen begonnen eind december 2000 en is verzoeker herhaaldelijk

opgenomen voor behandeling in een speciale instelling. Verzoeker zit in een depressie en heeft een zwaar alcoholprobleem.

De verschillende afwezigheden en behandelingen ten gevolge van dit alcoholprobleem blijken uit verschillende stukken die u in bijlage vindt (bijlage 4). Vermits het probleem zich reeds stelt sedert eind december 2000 en verzoeker herhaaldelijk is opgenomen, wist verwerende partij dat verzoeker ziek was en ook wat zijn probleem was. Zo is verzoeker nog opgenomen geweest van 27 mei 2005 tot en met 29 augustus 2005 en is onmiddellijk hierna hervallen. In het medisch verslag van 31 augustus 2005 (cfr. bijlage 4) wordt uitdrukkelijk gesteld dat verzoeker hervallen is en hij een gekende alcoholafhankelijkheid heeft. Verwerende partij kende dus perfect de ziekte-toestand van verzoeker, zodat zij niet kon vermoeden dat verzoeker vrijwillig ontslag heeft genomen.

Het feit dat verzoeker de verschillende afwezigheden niet gemeld heeft, heeft te maken met deze ziekte-toestand. Verzoeker was terug zwaar aan het drinken en had helemaal geen controle meer over zichzelf. Door het feit dat de drank hem in zijn macht had en hij in een depressie verkeerde, was hij in de onmogelijkheid om zijn werkgever te verwittigen van zijn toestand. Uit het verslag van 31 augustus 2005 blijkt dat verzoeker helemaal niet hersteld was toen hij de instelling verlaten heeft. Hierin wordt gesteld dat verzoeker geen nachthospitalisatie meer wil omwille van de toenemende schulden en dit laatste prognostisch niet zo gunstig is. Herval was dus ook te verwachten en is onmiddellijk gebeurd. Het feit dat verzoeker niet in staat was te reageren blijkt tevens uit het feit dat hij de aangetekende brief van 13 september helemaal niet is gaan afhalen bij de post en de aangetekende brief van 3 oktober 2005 door zijn moeder is afgehaald vermits verzoeker hier zelf niet toe in staat was. Het is te wijten aan de ziekte-toestand van verzoeker dat hij niet verwittigd heeft dat hij afwezig is wegens ziekte en geen ziekteattesten heeft ingediend. Verzoeker had dus helemaal niet de wil om vrijwillig ontslag te nemen.

Gelet op voorgaande elementen kon de houding van verzoeker (niet verantwoorde afwezigheid) dan ook geen reden zijn om hem te ontslaan met toepassing van artikel XII.2.§1.3° van het Vlaams Personeelstatuut en werd artikel XII.2.§1.3° van het Vlaams Personeelstatuut geschonden.

2.2. In casu werd tevens de hoorplicht geschonden. Het is een beginsel van behoorlijk bestuur dat tegen niemand een ernstige maatregel kan genomen worden die gegrond is op zijn persoonlijk gedrag en die van aard is om zijn belangen zwaar aan te tasten, zonder dat hem de gelegenheid wordt geboden om zijn standpunt op nuttige wijze te doen kennen (R.v.St., Reyniers, nr. 39.156, 3 april 1992). Dit zal onder andere het geval zijn bij een ambtshalve ontslag bij ordemaatregel gebaseerd op de onwettige afwezigheid van de betrokkene (R.v.St., Franck, nr. 38.098, 13 november 1991, Adm. Pub1., 1991, 142). In casu werd verzoeker niet gehoord zodat de hoorplicht geschonden werd.”

3.2. Overwegende dat verwerende partij in haar nota in de schorsingsprocedure, met verwijzing naar de rechtspraak van de Raad van State, op het eerste onderdeel antwoordt dat het bestuur weliswaar slechts tot een niet-tuchtrechtelijk ontslag mag overgaan wanneer het vermoeden dat de betrokkene niet langer in dienst wenst te blijven gewettigd voorkomt maar dat de vraag of dit vermoeden gewettigd is, beoordeeld moet worden aan de hand van de concrete, feitelijke omstandigheden van de zaak en dat het inzonderheid een prompt antwoord is van de betrokkene op een ingebrekestelling van de overheid waardoor het bedoelde vermoeden vervalt, dan wel kan of moet vervallen; dat verwerende partij dan wijst

op de volgende feitelijke omstandigheden van deze zaak, aan de kant van het bestuur : in het -ook nog recente- verleden kwam er, in het geval van mogelijke onwettige afwezigheid van de verzoeker en op een vraag van het bestuur om uitleg dienaangaande, steeds een prompt antwoord van de betrokkene, met medische attesten, met name wanneer aan de verzoeker een aangetekend schrijven werd gezonden; de verzoeker had, bij het hernemen van zijn dienst op 5 september 2005, een periode van negen maanden ziekte -lees therapie in het A.Z. Jan Palfijn Gent en in het Instituut Sint-Jan de Deo- achter de rug; van overheidswege was er geen reden om aan te nemen dat de gezegde therapie geen of slechts een beperkt resultaat had gekend; van enig 'hervallen' of zelfs 'noodzakelijk hervallen' had het bestuur geen weet, zoals die overheid ook helemaal geen kennis had van een medisch verslag van 31 augustus 2005 waaruit zulks moest blijken; dit geldt des te meer nu ook in de bedoelde septemberweek de verzoeker niet alleen effectief het werk hernam op 7 september, maar voor 8 september ook zelf nog spoedverlof vroeg en kreeg; anders dan de verzoeker in dit onderdeel van het middel lijkt te beweren, diende het bestuur er helemaal geen kennis van te hebben dat de verzoeker opnieuw zwaar aan het drinken was en 'helemaal geen controle meer over zichzelf' had; het in die omstandigheden, eenvoudigweg, zonder enige uitleg, langdurig wegblijven van de verzoeker op de dienst enerzijds en het niet antwoorden op het hem nochtans door de post bestelde aangetekend schrijven van 13 september 2005 anderzijds was, per 26 september 2005, dan wel per 3 oktober 2005, voor het bestuur niet van aard het vermoeden van artikel XII.2 § 1, 3° van het Vlaams Personeelstatuut ongedaan te maken; en zelfs alle door de verzoeker aangehaalde aan de overheid grotendeels onbekende omstandigheden (bv. het medische verslag van 31 augustus 2005) in acht genomen, kon het bestuur er op 26 september en op 3 oktober van uitgaan dat de verzoeker aan zijn tewerkstelling bij haar definitief de brui had gegeven; alcoholisme, met name na omstandige behandeling, zoals in casu, kan nu eenmaal geen sluitende rechtvaardigingsgrond zijn en blijven voor om het even welk gedrag als ambtenaar/werknemer;

Overwegende dat wat het tweede onderdeel betreft verwerende partij antwoordt dat het recht voor de betrokkene om zijn standpunt naar voren te brengen in een zaak van ambtshalve ontslag statutair niet aan enige vorm gebonden is, dat het derhalve bij wege van geschrift kan worden ingevuld, dat aan verzoeker de nota van 13 september 2005 aangetekend werd toegestuurd en niet betwist wordt dat ze hem ook door de post thuis werd besteld, dat in die nota de verzoeker tegelijk gewezen wordt op zijn afwezigheid én op de mogelijkheid dat een afwezigheid van

tien werkdagen, overeenkomstig het Personeelsstatuut, tot ontslag kan leiden en uitdrukkelijk een schriftelijke verantwoording wordt gevraagd, binnen een vastgestelde termijn, waarop de verzoeker niet heeft geantwoord, terwijl het rehtens van geen belang is of hij zich de moeite heeft getroost of niet, het aangetekend schrijven op te halen op het postkantoor;

3.3. Overwegende dat luidens artikel XII.2.§ 1.3° van het Vlaams Personeelsstatuut, onverminderd de toepassing van een tuchtprocedure en de deelname aan een georganiseerde werkonderbreking, ambtshalve en zonder opzegging een einde wordt gemaakt aan de hoedanigheid van ambtenaar, voor de ambtenaar die zonder geldige reden de werkpost verlaat en meer dan tien dagen afwezig blijft; dat dit ontslag van ambtswege geen tuchtmaatregel is maar een maatregel die wordt genomen in het belang van de dienst en gestoeld is op de gedachte dat de ambtenaar die na een geoorloofde afwezigheid zijn dienst niet hervat en meer dan tien kalenderdagen afwezig blijft, geacht wordt vrijwillig uit dienst te zijn getreden; dat het bestuur derhalve tot dat ontslag slechts mag overgaan wanneer, gelet op de concrete omstandigheden van de zaak, het vermoeden dat de betrokken ambtenaar niet langer in dienst wenst te blijven, niet geacht kan worden weerlegd te zijn;

Overwegende dat in de onderhavige zaak een aantal concrete gegevens eraan doen twijfelen of verzoekers -weliswaar ongewettigde- afwezigheid te wijten was aan een vrijwillige uitdiensttreding van zijnentwege; dat, immers, de bestreden beslissing blijkbaar enkel gesteund is op een door verzoeker niet beantwoord -en volgens hem zelfs niet ontvangen- schrijven van 13 september 2005 van scheepvaartinspecteur Devocht, waarin hem werd gevraagd naar een verantwoording voor zijn (tot dan toe ongewettigde) afwezigheid op vrijdag 9, maandag 12 en 13 september 2005; dat wanneer de afwezigheid van verzoeker dan naderhand effectief oploopt tot 10 dagen en meer, het bestuur niet verder heeft nagegaan of het vermoeden dat hij zodoende vrijwillig uit dienst zou zijn getreden als gewettigd kon worden beschouwd en of verzoeker zodoende de intentie had de rechtsband met het bestuur vrijwillig te verbreken; dat dit bestuur nochtans op de hoogte bleek te zijn van het probleem waarmee verzoeker kampte en, gelet op de voorgeschiedenis, er terdege rekening mee kon houden dat de brief van 13 september 2005 verzoeker mogelijk niet bereikt had omdat hij hervallen was in zijn oude kwaal of zelfs gehospitaliseerd was; dat het middel derhalve ernstig is; dat in de huidige stand van het geding echter niet kan worden besloten dat het kennelijk gegrond is;

4.1. Overwegende dat verzoeker uiteenzet dat hij door zijn ambtshalve ontslag evident een moeilijk te herstellen ernstig nadeel ondergaat, wat bevestigd wordt door zijn concrete situatie, hetgeen hij als volgt uiteenzet :

“De bestreden beslissing houdt het ambtshalve ontslag in van verzoeker .

Verzoeker meent dat het moeilijk te herstellen nadeel dat volgt uit de bestreden beslissing, een evident moeilijk te herstellen nadeel is.

De evidentie wordt bevestigd door de concrete situatie van verzoeker .

Verzoeker is alleenstaande sinds hij uit de echt gescheiden is. Hij moet maandelijks een onderhoudsgeld betalen voor zijn dochter ten belope van 148,74 Euro (bijlage 5).

Ook het feit dat verzoeker een zeker inkomen ziet wegvallen door de bestreden beslissing is een vaststaand gegeven. Verzoeker valt immers van de ene dag op de andere zonder inkomen (en zal ook geen aanspraken kunnen maken op werkloosheidsuitkeringen daar de RVA zal inroepen dat hij door zijn eigen toedoen werkloos is geworden). Daarnaast heeft verzoeker op dit ogenblik zeer veel schulden te betalen zodat hij het zich niet kan permitteren zonder inkomen te vallen. Op 27 oktober 2005 kreeg hij nog een aanmaning tot betaling van het onderhoudsgeld voor zijn dochter (cfr. bijlage 5). Ook heeft verzoeker nog verschillende facturen uit het verleden die hij dient te betalen, deze vindt men in bijlage (bijlage 6). Hieruit blijkt dat het voor verzoeker ondenkbaar is zonder inkomen te vallen en hij een moeilijk te herstellen ernstig nadeel lijdt.

De Raad van State heeft bovendien in verschillende schorsingsarresten gesteld dat in geval van afzetting of in geval van ontslag van ambtswege de ambtenaar een evident moeilijk te herstellen ernstig nadeel ondergaat. Dit is een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat kennelijk algemeen aanvaard is en voor geen redelijk denkend mens betwistbaar (R.v.St. nr. 78.311 van 25 januari 1999, R.v.St. nr. 51.615 van 13 februari 1995).”;

4.2. Overwegende dat de verwerende partij opmerkt dat de verzoeker quasi de volledige periode om een schorsingsprocedure in te stellen heeft opgebruikt, waardoor hij de indruk wekt dat zijn subjectief aanvoelen van de ernst van het opgeworpen nadeel, algemeen gezien, maar in zeer geringe mate aanwezig is; dat bovendien de verwerende partij de werkgevers- en werknemersbijdrage betaalt nodig voor opname van de betrokken ambtenaar in de werkloosheidsverzekering en de ziekteverzekering, zodat verzoeker dus helemaal niet zonder inkomen valt; dat het -overigens relatief laag- te betalen onderhoudsgeld voor verzoekers dochter en de schulden uit het verleden op te lossen zijn via gerechtelijke procedures (zie bv. de mogelijkheid van de collectieve schuldenregeling van de artikelen 1675/2-1675/10 Ger. Wetb.), waarvoor de verzoeker zeker rechtsbijstand kan genieten en beroep kan doen op een pro deo advocaat; dat zij besluit dat het nadeel dan ook ernst ontbeert;

4.3. Overwegende dat verzoeker voldoende waarschijnlijk maakt dat hij ten gevolge van zijn ontslag op staande voet een drastische vermindering van zijn inkomen zal ondergaan, ook al wordt hij tot de werkloosheid toegelaten, waardoor

hij zijn levensstandaard drastisch zal moeten verminderen en het moeilijk zal krijgen om zijn schulden te betalen; dat de door de verwerende partij opgesomde remedies slechts laatste reddingsmiddelen zijn en zij hoe dan ook voor verzoeker slechts een levensminimum overlaten; dat nu de wet voorziet in een termijn van zestig dagen om een vordering tot schorsing te kunnen instellen, verzoeker niet kan worden verweten de volledige termijn te hebben gebruikt om die vordering voor te bereiden; dat de verwerende partij overigens niet aangeeft hoe verzoeker het moeilijk te herstellen ernstig nadeel had kunnen vermijden of verminderen door vroeger zijn vordering in te stellen; dat aan de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel is voldaan;

5. Overwegende dat de voorwaarden voor de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing vervuld zijn; dat aangezien het aangevoerde middel ernstig is doch niet als kennelijk gegrond beschouwd kan worden, er geen reden is om overeenkomstig artikel 94 van het procedurereglement onmiddellijk de nietigverklaring van de bestreden beslissing uit te spreken,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 3 oktober 2005 van het afdelingshoofd van de afdeling personeel van het departement leefmilieu en infrastructuur van de Vlaamse Gemeenschap, waarbij Jean-Pierre MALFAIT met ingang van 19 september 2005 ontslagen wordt wegens onwettige afwezigheid van meer dan tien dagen.

Artikel 2.

De debatten worden heropend in de vernietigingsprocedure. De zaak wordt voortgezet volgens de gewone procedure.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage van de betaling van de kosten wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tweeëntwintig maart 2000 en zes, door :

de HH.	J. DE BRABANDERE,	voorzitter van de Raad van State,
	W. GEURTS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

W. GEURTS.

J. DE BRABANDERE.