RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

nr. 216.818 van 12 december 2011
in de zaak A. 198.143/IX-6979

In zake : Patrice ROUSSEAU
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Vincent De Wolf
kantoor houdend te 1060 Brussel
Gulden Vlieslaan 68/9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de DIENST VOOR DE OVERZEESE SOCIALE ZEKERHEID (DOSZ)
gevestigd te 1050 Brussel
Louizalaan 194
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Claude Magin
kantoor houdend te 1050 Brussel
Renbaanlaan 50

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 4 november 2010, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 1 september 2010 van de adviseur-generaal van de dienst Human Resources en interne communicatie, waarbij de afwezigheid van Patrice Rousseau op 10 augustus 2010 wordt beschouwd als onregelmatig en waarbij zij van rechtswege in non-activiteit wordt gesteld.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekster heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Melissa Celis heeft een verslag opgesteld.

De verzoekster heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 december 2011.

Staatsraad Jeroen Van Nieuwenhove heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Benoit Snoeks, die loco advocaat Vincent De Wolf verschijnt voor de verzoekster, en advocaat Saskia Lenaerts, die loco advocaat Claude Magin verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Melissa Celis 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

3.1. Op 9 augustus 2010 meldt de verzoekster, die sinds 1 april 2002 tewerkgesteld is bij de verwerende partij, dat zij die dag afwezig zal zijn wegens ziekte, zonder medisch attest. De volgende dag deelt zij aan de verwerende partij mee nog steeds afwezig te zullen zijn wegens verlenging met een dag van deze ziekte.

3.2. Op 12 augustus 2010 ontvangt Medex het medisch attest dat op 11 augustus 2010 door de huisarts van de verzoekster werd opgesteld en waarin melding wordt gemaakt van haar ziekte vanaf 11 augustus 2010 tot en met 13 augustus 2010.

3.3. Op 24 augustus 2010 dient de verzoekster een aanvraag in tot het bekomen van verlof om dwingende reden van familiaal belang op 10 augustus 2010. Dit verlof wordt door de dienstchef van de verzoekster geweigerd omdat het niet op voorhand en ook niet de dag zelf werd aangevraagd.

3.4. Op 31 augustus 2010 maakt de dienstchef van de verzoekster, die hoofd is van de algemene diensten, een nota over aan de dienst Human Resources met betrekking tot de afwezigheid van de verzoekster op 10 augustus 2010. In die nota wordt uiteengezet waarom de aanvraag tot het bekomen van verlof om dwingende reden van familiaal belang werd geweigerd. Tevens wordt gesteld dat de afwezigheid van de verzoekster op 10 augustus 2010 verantwoord moet worden met een medisch attest, veeleer dan door een mondeling bericht dat ze ook die dag wegens ziekte afwezig zou zijn. Er wordt geconcludeerd dat de afwezigheid van de verzoekster op de bewuste dag onregelmatig is zolang er geen medisch attest voorhanden is.

3.5. Op 1 september 2010 beslist de adviseur-generaal, tevens hoofd van de dienst Human Resources en interne communicatie dat de afwezigheid van de verzoekster op 10 augustus 2010 onregelmatig is en dat zij voor die dag van rechtswege in non-activiteit wordt gesteld. De bestreden beslissing luidt als volgt:

> "Op dinsdag 31 augustus 2010 ontving ik een nota van uw dienstchef Marie-Pierre Louis in verband met de weigering van uw verlof op 10 augustus 2010. Zij kan niet akkoord gaan omdat deze dag niet op voorhand was aangevraagd.
>
> Deze nota werd in uw dossier gevoegd.
>
> Deze afwezigheid wordt dus beschouwd als onregelmatig en in toepassing van art. 3 en 4 Hoofdstuk 1 van het KB van 19 november 1998, stelt dit u van rechtswege in non-activiteit. Eén dag non-activiteit brengt het verlies van een maand dienstactiviteit en een maand geldelijke anciënniteit mee.
>
> Ik preciseer dat het niet gaat om een disciplinaire sanctie in de statutaire betekenis van de term maar om een administratieve maatregel waartegen u beroep kan aantekenen bij de Raad van State, via een verzoekschrift om annulatie binnen de 60 dagen die volgen op de ontvangst van deze nota: Raad van State - Wetenschapsstraat 33 te 1040 Brussel."

3.6. Op 7 september 2010 ondertekent de verzoekster deze beslissing voor ontvangst.

IV. Bevoegdheid van de Raad van State

4. Ambtshalve wordt in het auditoraatsverslag gesteld dat de Raad van State onbevoegd is om kennis te nemen van het beroep tot nietigverklaring omdat het in wezen betrekking heeft op een beslissing waarbij de overheid zonder enige mogelijkheid tot appreciatie slechts vaststelt of de artikelen 3 en 4, dan wel 61, van het koninklijk besluit van 19 november 1998 betreffende de verloven en afwezigheden toegestaan aan de personeelsleden van de rijksbesturen toepasselijk zijn op de situatie waarin de verzoekster zich bevindt.

5. De verzoekster stelt in haar laatste memorie dat de onbevoegdheid van de Raad van State zeker niet kan worden afgeleid uit de arresten C.06.0574.F en C.06.0596.F van 20 december 2007 van het Hof van Cassatie. In die arresten wordt gesteld dat de Raad van State zijn bevoegdheid ten aanzien van de betrokken zaken niet kon bevestigen door te stellen dat er een discretionaire bevoegdheid van het bestuur voorlag. Dit betekent echter niet dat de Raad van State voortaan onbevoegd zou zijn ten aanzien van beroepen die gericht zijn tegen om het even welke overheidsbeslissing die krachtens een gebonden bevoegdheid werd genomen. Het Hof van Cassatie heeft de zaken na cassatie immers opnieuw naar de Raad van State verwezen omdat de motivering van de arresten van de Raad van State verkeerd was en niet omdat de Raad van State onbevoegd zou zijn.

Te dezen is er geen sprake van een verplichting of gebonden bevoegdheid in hoofde van de verwerende partij. Het in non-activiteit plaatsen van de verzoekster vereist immers dat de verwerende partij de feiten vaststelt en kwalificeert, waardoor zij automatisch over een niet te verwaarlozen discretionaire bevoegdheid beschikt. Bovendien heeft de verzoekster geen enkel belang bij de nakoming ervan aangezien de bestreden beslissing voor haar

ongunstig is. Het beroep tot nietigverklaring heeft dan ook geen betrekking op een subjectief recht in hoofde van de verzoekster. Het gegeven dat een vernietiging van de bestreden beslissing de verzoekster zou toelaten haar loon te behouden, betekent nog niet dat de Raad van State ter zake onbevoegd zou zijn.

6. Overeenkomstig de artikelen 144 en 145 van de Grondwet zijn de hoven en rechtbanken uitsluitend of in beginsel bevoegd om kennis te nemen van geschillen over subjectieve rechten. Onder voorbehoud van een - te dezen niet bestaande - toewijzing van bevoegdheid inzake politieke rechten, is de Raad van State dan ook niet bevoegd om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring waarvan het werkelijke en rechtstreekse voorwerp een geschil over subjectieve rechten betreft.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie, nog tot uiting gebracht in de arresten nrs. C.06.0574.F en C.06.0596.F van 20 december 2007, veronderstelt het bestaan van een geschil over een subjectief recht met betrekking tot handelingen van de overheid dat de eis betrekking heeft op een welbepaalde juridische verplichting die een regel van objectief recht aan het bestuur oplegt. Opdat een partij zich ten aanzien van de bestuurlijke overheid op een dergelijk recht zou kunnen beroepen of opdat het bestuur dergelijke rechtsregel aan enig rechtsubject zou kunnen tegenwerpen, dient de bevoegdheid van die overheid volledig gebonden te zijn of dient de overheid reeds het bestaan van een recht vastgesteld te hebben. Het Hof gaat er in dergelijk geval van uit dat de rechtsonderhorige op grond van de rechten die hij tegenover het bestuur kan doen gelden zijn gelijk kan halen bij de justitiële rechter, die daarbij de voor de eiser nadelige beslissing buiten toepassing kan laten en desgevraagd ook aan het bestuur verplichtingen kan opleggen om de rechten van de eiser te vrijwaren.

7. De bevoegdheid van de Raad van State hangt aldus af van de vraag of het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van de vordering betrekking heeft op een aangelegenheid waarbij de overheid een discretionaire beoordelingsbevoegdheid uitgeoefend heeft, dan wel of haar bevoegdheid ter

zake volstrekt gebonden was, wat betekent dat zij in geen enkel stadium van het besluitvormingsproces aan beleidsvoering heeft moeten doen, maar slechts heeft moeten vaststellen of de reglementair vastgestelde voorwaarden, zoals zij die interpreteert, vervuld waren.

8. De artikelen 3 en 4 van het koninklijk besluit van 19 november 1998 betreffende de verloven en afwezigheden toegestaan aan de personeelsleden van de rijksbesturen luiden als volgt:

"Art. 3. De ambtenaar mag niet afwezig zijn van zijn dienst tenzij hij vooraf een verlof of dienstvrijstelling heeft gekregen.

Onder dienstvrijstelling wordt verstaan de toestemming gegeven aan een ambtenaar om gedurende de diensturen afwezig te zijn voor een bepaalde duur met behoud van al zijn rechten.

Dit artikel is ook van toepassing op het personeel dat bij arbeidsovereenkomst is in dienst genomen.

Art. 4. Onverminderd de eventuele toepassing van een tuchtstraf of een administratieve maatregel is de ambtenaar die zonder toestemming afwezig is of de duur van zijn verlof zonder geldige reden overschrijdt, van rechtswege in non-activiteit.

Dit artikel is niet van toepassing op het personeel dat bij arbeidsovereenkomst is in dienst genomen."

Artikel 61 van hetzelfde besluit luidt als volgt:

"Art. 61. De ambtenaar, die wegens ziekte of ongeval verhinderd is zijn ambt normaal uit te oefenen, is verplicht de overheid waaronder hij ressorteert, hiervan onmiddellijk op de hoogte te brengen volgens de modaliteiten bepaald door de voorzitter van het directiecomité of de secretaris-generaal.

Voor een afwezigheid wegens ziekte of ongeval die langer duurt dan één dag, dient de ambtenaar zo snel mogelijk een geneeskundig getuigschrift in te dienen bij het Bestuur van de medische expertise. Het geneeskundig getuigschrift maakt melding van de ziekte, de waarschijnlijke duur ervan, de verblijfplaats van de ambtenaar en of de ambtenaar zich met het oog op de controle al dan niet naar een andere plaats mag begeven.

In afwijking van de bepalingen van het tweede lid, dient de ambtenaar onmiddellijk een geneeskundig getuigschrift in bij het Bestuur van de medische expertise wanneer de afwezigheid die het gevolg is van ziekte of ongeval maar één dag bedraagt en wanneer de ambtenaar tijdens het lopende kalenderjaar reeds twee maal afwezig is geweest als gevolg van ziekte of ongeval met een duur van één dag zonder een geneeskundig getuigschrift.

Indien de ambtenaar het nalaat van een geneeskundig getuigschrift in te dienen bij het Bestuur van de medische expertise overeenkomstig de bepalingen van dit artikel, dan bevindt hij zich van rechtswege in non-activiteit."

9. Uit deze bepalingen kan worden afgeleid dat een ambtenaar die zonder toestemming afwezig is, met name zonder dat vooraf een verlof of een dienstvrijstelling werd verkregen, in non-activiteit wordt gesteld. Dit is ook het geval indien een ambtenaar die wegens ziekte of ongeval verhinderd is zijn ambt normaal uit te oefenen, nalaat een geneeskundig getuigschrift in te dienen voor een afwezigheid of ziekte die langer duurt dan één dag.

10. Anders dan de verzoekster voorhoudt, maakt de verwerende partij ter zake geen gebruik van enige discretionaire bevoegdheid. De gewone rechter, bij wie de verzoekster de rechten die haar statuut haar toekennen kan valoriseren, kan uitmaken of de verwerende partij bij het in non-activiteit plaatsen van de verzoekster een correcte toepassing gemaakt heeft van de reglementering en daar de gewenste gevolgen aan verbinden.

V. Kosten

11. In de gegeven omstandigheden past het de kosten ten laste te leggen van de verwerende partij, aangezien de verwerende partij in de bestreden beslissing gewag heeft gemaakt van de mogelijkheid om een annulatieberoep in te dienen bij de Raad van State, waardoor de verzoekster werd misleid omtrent haar beroepsmogelijkheden.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 december 2011, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Jeroen Van Nieuwenhove,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,

bijgestaan door

Vera Wauters,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Vera Wauters	**André Vandendriessche**