

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 203.064 van 19 april 2010
in de zaak A. 183.783/IX-5666**

In zake : Brenda IMBERT
wonende te Kalmthout
Ganzendries 24
alwaar woonplaats wordt gekozen
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Paul Hectors
kantoor houdend te Brasschaat
Molenweg 43

tegen :

het politiecollege van de politiezone GRENS 5350
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Iris Exelmans
kantoor houdend te Diest
Schellekensberg 28
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 1 juni 2007, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 3 april 2007 van het politiecollege van de politiezone Grens 5350 houdende de weigering van de aanvraag van Brenda Imbert tot het bekomen van een loopbaanonderbreking met individuele afwijking om een zelfstandige activiteit te kunnen uitoefenen voor de duur van 1 jaar.

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 Geert De Bleeckere heeft een verslag opgesteld.

De partijen hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 maart 2010.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Paul Hectors, die verschijnt voor de verzoekster, en advocaat Iris Exelmans, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Geert De Bleeckere heeft een 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. De verzoekster is inspecteur van politie tewerkgesteld in de politiezone Grens 5350 - meergemeentenzone Essen-Kalmthout-Wuustwezel.

Bij brief van 18 oktober 2006 dient zij een aanvraag in tot het bekomen van ouderschapsverlof voor drie maanden met ingang van 1 januari 2007. Op 7 november 2006 beslist het politiecollege om haar loopbaanonderbreking voor ouderschapsverlof toe te kennen van 1 januari 2007 tot en met 31 maart 2007.

3.2. Uit een notariële akte van 28 december 2006 blijkt dat de verzoekster medeoprichtster is van een BVBA onder de naam “Dagbladhandel Paparazzi”, waarin zij als medezaakvoerster met de bevoegdheid om de vennootschap individueel te vertegenwoordigen wordt aangesteld.

3.3. Bij brief van 1 februari 2007 dient de verzoekster een aanvraag in tot het bekomen van een loopbaanonderbreking voor de duur van één jaar, met ingang van 1 april 2007, en dit “voor het opstarten van een zelfstandige activiteit”.

3.4. Op 6 februari 2007 beslist het politiecollege aan de verzoekster een afwezigheid voor lange duur wegens persoonlijke aangelegenheden toe te kennen voor de duur van één jaar, van 1 april 2007 tot en met 31 maart 2008.

Deze beslissing wordt met volgend begeleidend schrijven van de korpschef van 13 februari 2007 aan de verzoekster meegedeeld:

“[...]”

Wij hebben uw aanvraag tot loopbaanonderbreking ontvangen.

U kan echter niet genieten van het recht ‘aanvraag loopbaanonderbreking’ omdat men als operationeel personeelslid niet rechtstreeks, noch via tussenpersoon, enige handel mag drijven, wel kan u genieten van het recht ‘aanvraag afwezigheid van lange duur wegens persoonlijke aangelegenheden’.

Bijgevoegd zenden wij u een schrijven van de juridische dienst welke verwijst naar de wet van 7 december 1998, welke betrekking heeft op uw aanvraag.

Het politiecollege heeft in de zitting van 6 maart de aanvraag tot “afwezigheid van lange duur wegens persoonlijke aangelegenheden” goedgekeurd met ingang van 1 april 2007 tot en met 31 maart 2008 waarvan wij een copie van het uittreksel bijvoegen.[...]”

In de bijgevoegde brief van de juridische dienst wordt verwezen naar de beroepsonverenigbaarheden bepaald in artikel 134 van de wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus (hierna: WGP) en naar de mogelijke individuele afwijkingen hierop (art. 135 WGP) en de richtlijnen die gelden voor het toestaan van die afwijkingen, vervat in de omzendbrieven GPI 27 en 27bis. Er wordt besloten dat de deelname van een personeelslid aan de leiding en het bestuur van een vennootschap op grond van artikel 134, tweede lid, WGP onverenigbaar is met de hoedanigheid van lid van het operationeel kader; tevens wordt erin opgemerkt dat geen individuele afwijking hierop kan toegestaan worden gelet op de criteria vermeld in de omzendbrief GPI 27 (o.a. onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het personeelslid, conflict tussen het persoonlijk belang van het personeelslid en het belang van de betrokken politiedienst) en vermits een hypothetisch gevaar voor belangenvermenging of aantasting van de onafhankelijkheid of onpartijdigheid volstaat om de beroepsonverenigbaarheid vast te stellen.

3.5. Bij brief van 27 maart 2007 deelt de verzoekster aan de korpschef mee dat zij meent nog geen antwoord ontvangen te hebben op haar aanvraag tot het bekomen van loopbaanonderbreking en dat zij er akte van neemt dat haar een afwezigheid voor lange duur wegens persoonlijke aangelegenheden wordt toegekend, en voorts dat dit niet is wat zij gevraagd heeft en dat zij graag haar initiële aanvraag behandeld zou zien, waarbij zij expliciet om een individuele

afwijking vraagt en waarbij zij stelt dat zij meent te weten dat dergelijke afwijkingen voor de uitbating van een krantenwinkel wel werden toegekend. Tevens meent zij dat het merkwaardig is dat er geen beroepsmogelijkheid vermeld wordt.

3.6. Ingevolge deze brief verstuurt de korpschef op 29 maart 2007 een mail naar de juridische dienst waarin hij met betrekking tot de problematiek een aantal concrete vragen, toegespitst op de problematiek van de verzoekster, stelt. Deze worden per mail van 30 maart 2007 beantwoord. In essentie wordt hierin het standpunt inzake de onverenigbaarheid en de onmogelijkheid om een individuele afwijking toe te staan ongewijzigd bevestigd.

3.7. Op 3 april 2007 trekt het politiecollege de beslissing van 6 februari 2007, waarbij aan de verzoekster een afwezigheid voor lange duur wegens persoonlijke aangelegenheden werd toegekend, in, en dit, in navolging van de door de juridische dienst verstrekte antwoorden, om reden dat het college ultra petita gestatueerd heeft. In dezelfde zitting beslist het politiecollege bij afzonderlijke beslissing om de aanvraag tot het bekomen van een loopbaanonderbreking met individuele afwijking om een zelfstandige activiteit te kunnen uitoefenen te weigeren. Dit is de bestreden beslissing.

Zij luidt als volgt:

“Agendapunt 2b - aanvraag tot het bekomen van een loopbaanonderbreking met individuele afwijking om een zelfstandige activiteit te kunnen uitoefenen voor de duur van 1 jaar door inspecteur Brenda IMBERT.

Overwegende dat inspecteur Brenda IMBERT bij aangetekend schrijven dd 27 maart 2007 aan het Politiecollege een verzoek heeft gericht om een individuele afwijking te bekomen van artikel 135 van de WGP om een zelfstandige activiteit te kunnen uitoefenen voor de duur van 1 jaar, met ingang van 1 april 2007;

Overwegende dat het College vaststelt dat inspecteur Brenda IMBERT, volgens de gegevens van de kruispuntenbank der ondernemingen, met ingang van 1 januari 2007 is aangesteld als zaakvoerder van de onderneming BVBA DAGBLADHANDEL PAPARAZZI met ondernemingsnummer 0886046597 zoals vermeld staat in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad van 11 januari 2007;

Overwegende dat inspecteur Brenda IMBERT deze zelfstandige activiteit reeds uitvoert tijdens het ouderschapsverlof dat loopt tot 31 maart 2007, zonder toestemming van de bevoegde overheid, zodat deze activiteit onwettig wordt uitgeoefend;

Overwegende dat dergelijke onwettige uitoefening van een zelfstandige activiteit de overheid niet verplicht om dergelijke toestand te bestendigen of goed te keuren;

Overwegende dat aan de juridische dienst van de federale politie advies werd gevraagd, gezien deze dienst de teksten van het statuut juridisch mag interpreteren ten behoeve van de politiediensten;

Gelet op het advies van 30 maart 2007 met referte DGS/DSJ 12007/15052/A - Dossierbeheerder : CP Jur C. MAES dat stelt dat:

- Het specifiek statuut dat van toepassing is op de personeelsleden van het operationeel kader van de politiediensten verbiedt, op grond van artikel 134 van de wet van 7 december 1998 op de geïntegreerde politie (WGP) betreffende de beroepsonverenigbaarheden, dat die personeelsleden winstgevendende activiteiten uitoefenen.
- Artikel 134 WGP luidt als volgt: 'Onverminderd de in bijzondere wetten bepaalde onverenigbaarheden en tenzij de betrokkene zich in non-activiteit wegens persoonlijke aangelegenheden bevindt, is de hoedanigheid van personeelslid van het operationeel kader onverenigbaar met de uitoefening van; 1/ een ander beroep; 2/ een openbaar ambt, een openbare opdracht of een openbaar mandaat; 3/ een opdracht of een dienst, zelfs als die onbezoldigd is, in particuliere ondernemingen met winstoogmerk; 4/ elke andere opdracht of dienst waarvan de minister van Binnenlandse Zaken de onverenigbaarheid heeft vastgesteld.
- De personeelsleden mogen noch rechtstreeks, noch via een tussenpersoon, enige handel drijven, als zaakwaarnemer optreden, deelnemen aan de leiding, het bestuur van of het toezicht op handelsvennootschappen, nijverheids- of handelsinstellingen'.
- Het eerste lid, 4/, van dat artikel werd uitgevoerd via het ministerieel besluit van 28 november 2001 tot vaststelling van de opdrachten en diensten waarvan de uitoefening onverenigbaar is met de hoedanigheid van personeelslid van het operationeel kader van de politiediensten (B.S. 20 december 2001).
- Op grond van artikel 134 WGP kunnen personeelsleden van het operationeel kader dus, in principe, geen zelfstandige activiteit uitoefenen.
- Individuele afwijkingen van de verbodsbepalingen in artikel 134 kunnen, in casu, door het politiecollege worden toegestaan, binnen het raam van de richtlijnen gegeven door de minister van Binnenlandse Zaken voor bijkomende betrekkingen, beroepen of bezigheden die niet het belang van de dienst schaden, noch afbreuk doen aan de waardigheid van de status van personeelslid.
- De hierboven vermelde richtlijnen van de minister van Binnenlandse Zaken zijn terug te vinden in de ministeriële omzendbrieven GPI 27 van 19 september 2002 betreffende de nadere richtlijnen inzake de individuele afwijkingen op de beroepsonverenigbaarheden in hoofde van de leden van het operationeel kader van de politiediensten (B.S. 8 oktober 2002) en GPI 27bis van 19 mei 2003 betreffende de bijkomende richtlijnen bij de ministeriële omzendbrief GPI 27 van 19 september 2002 betreffende de nadere richtlijnen inzake de individuele afwijkingen op de beroepsonverenigbaarheden in hoofde van de leden van het operationeel kader van de politiediensten (B.S. 1 juli 2003).

- Gelet op de criteria vermeld in punt II van de omzendbrief GPI 27 van 19 september 2002 (o.a. onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het personeelslid, conflict tussen het persoonlijk belang van het personeelslid en het belang van de betrokken politiedienst) en vermits een hypothetisch gevaar voor belangenvermenging of aantasting van de onafhankelijkheid of onpartijdigheid volstaat om de beroepsonverenigbaarheid vast te stellen, kan aan het betrokken personeelslid geen toelating worden gegeven om als lid van het operationeel kader de hier bedoelde zelfstandige activiteit (winkeluitbater) uit te oefenen.
- De onverenigbaarheid van artikel 134 WGP blijft dus onverkort van toepassing. De enige mogelijkheid om als personeelslid van het operationeel kader hieraan te ontkomen is via de afwezigheid van lange duur wegens persoonlijke aangelegenheden bedoeld in artikel VIII.XIV.1 RPPol.
- Op grond van dat artikel kan de aanvraagtermijn van drie maanden met akkoord van de overheid worden ingekort.
- De toekenning van dit verlofstelsel vanaf 1 april stelt aldus geen statutaire problemen.
- Het verder uitoefenen van die commerciële activiteit onder het stelsel van loopbaanonderbreking is immers onmiskenbaar een tuchtvergrijp.

Overwegende dat inspecteur Brenda IMBERT in haar schrijven eveneens betoogt dat er geen beroepsmogelijkheden zijn vermeld in het Collegebesluit van 6 februari 2007; dit tast de geldigheid van de beslissing niet aan gezien de vaste rechtsspraak van de Raad van State; het gevolg hiervan is enkel dat de beroepstermijn geen aanvang neemt.

Overwegende de argumentatie van aanvrager;

Overwegende dat de aanvrager tot voor haar zwangerschap belast was met de functie van wijkinspecteur in Kalmthout;

Gelet op de wet op de geïntegreerde politie van 7 december 1998, meer bepaald de artikelen 134 en 135 en zijn uitvoeringsbesluiten;

Gelet op artikel 122 § 1 van het Koninklijk besluit van 19 november 1998 betreffende de verloven en afwezigheden toegestaan aan de personeelsleden van de rijksbesturen ;

Gelet op het ministerieel besluit van 28 november 2001 tot vaststelling van de opdrachten en diensten waarvan de uitoefening onverenigbaar is met de hoedanigheid van personeelslid van het operationeel kader van de politiediensten;

Gelet op de ministeriële omzendbrieven GPI 27 van 19 september 2002 betreffende de nadere richtlijnen inzake de individuele afwijkingen op de beroepsonverenigbaarheden in hoofde van de leden van het operationeel kader van de politiediensten (B.S. 8 oktober 2002) en GPI 27bis van 19 mei 2003 betreffende de bijkomende richtlijnen bij de nadere richtlijnen inzake de individuele afwijkingen op de beroepsonverenigbaarheden in hoofde van de leden van het operationeel kader van de politiediensten (B.S. 1 juli 2003).

Overwegende dat het Politiecollege zich aansluit bij de argumentatie van de juridische dienst zoals hiervoor is opgenomen en na lezing van al het voorgaande geen redenen ziet om een afwijking toe te staan op het artikel 134 WGP;

BESLIST:

Artikel 1:

De aanvraag tot het toestaan van een ‘loopbaanonderbreking voor het opstarten van een zelfstandige activiteit’ voor de duur van 1 jaar ingaande op 1 april 2007, uitgaande van inspecteur Brenda IMBERT, wordt GEWEIGERD. [...]”

Beide beslissingen van het politiecollege van 3 april 2007 worden bij aangetekend schrijven van 4 april 2007 aan de verzoekster betekend. In dit schrijven wordt er tevens op gewezen dat de verzoekster ingevolge die beslissingen vanaf 1 april 2007 zonder geldige toestemming afwezig is en dat zij ambtshalve in “non-activiteit” wordt geplaatst, en dat zij bij een onregelmatige afwezigheid van meer dan 10 dagen, van ambtswege uit haar ambt ontslagen wordt. Er wordt tenslotte nog aan toegevoegd dat de juridische dienst heeft meegedeeld dat “het feit dat u sedert 1 januari 2007 zaakvoerder bent van een BVBA, terwijl u in dienst-activiteit - loopbaanonderbreking - bent, een inbreuk uitmaakt op de tuchtwet”.

3.8. Bij brief van 8 april 2007 vraagt de verzoekster aan de korpschef een aanvraag voor afwezigheid van lange duur wegens persoonlijke aangelegenheden voor één jaar met ingang van 1 april 2007. Op 10 april 2007 beslist de korpschef deze aanvraag met terugwerkende kracht tot 1 april 2007 in te willigen; deze afwezigheid van lange duur werd nadien verlengd vanaf 1 april 2008 tot 31 maart 2009.

De verzoekster beoogde na afloop van het tweede jaar afwezigheid van lange duur een loopbaanonderbreking voor een periode van 1 jaar te bekomen ingaande op 1 april 2009. Op 24 maart 2009 weigerde de korpschef van de verzoekster deze aanvraag; de verzoekster diende een annulatieberoep in tegen deze beslissing van 24 maart 2009 - zaak gekend onder het rolnummer A. 192.698/IX-6371.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4. De verwerende partij voert een exceptie van gebrek aan actueel belang aan.

Nadat de bestreden beslissing genomen werd, heeft de verzoekster een aanvraag ingediend voor afwezigheid van lange duur wegens persoonlijke aangelegenheden waardoor zij uitdrukkelijk heeft aangegeven dat zij niet langer een loopbaanonderbreking wenste te bekomen; de beide administratieve toestanden zijn trouwens niet cumuleerbaar; de verzoekster had ook een verzoek tot schorsing bij dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissing kunnen indienen, doch dit heeft zij nagelaten.

Voorts beklemtoont de verwerende partij dat de bestreden beslissing impliciet werd opgeheven door de beslissing van 10 april 2007 waarbij aan de verzoekster afwezigheid van lange duur wegens persoonlijke aangelegenheden werd toegekend. Het is vaste rechtspraak van de Raad dat een verzoekende partij geen belang heeft bij het aanvechten van een opgeheven beslissing, tenzij de bestreden akte voor de periode dat ze uitwerking heeft gehad in concreto nadeel heeft toegebracht aan de verzoekende partij; te dezen kan de bestreden beslissing, gelet op de korte tijd dat ze uitwerking heeft gehad geen nadeel hebben toegebracht aan de verzoekster.

5. De verzoekster antwoordt dat zij belang heeft bij het verzoek tot nietigverklaring vermits zij door de weigering niet kan genieten van de uitkering bij loopbaanonderbreking en dat de bestreden beslissing nooit is ingetrokken. De nieuwe beslissing van 10 april 2007 heeft een ander voorwerp en sluit niet uit dat de loopbaanonderbreking ten onrechte werd geweigerd. Zij heeft er bovendien belang bij te weten of zij in de toekomst nog een beroep kan doen op loopbaanonderbreking aangezien de mogelijkheid om gebruik te maken van loopbaanonderbreking moet bekeken worden op een volledige loopbaan en aangezien de totale duur van loopbaanonderbreking 72 maanden kan bedragen.

Beoordeling

6. De beslissing van 10 april 2007 betreffende de langdurige afwezigheid wegens persoonlijke aangelegenheden heeft een ander voorwerp dan de bestreden beslissing die handelt over een aanvraag tot loopbaanonderbreking. Deze beslissing van 10 april 2007 heeft de bestreden beslissing niet opgeheven, ook niet impliciet.

Weliswaar zijn beide administratieve toestanden niet met elkaar cumuleerbaar, toch kan te dezen dit argument niet aangehouden worden om de verzoekster haar belang te ontzeggen. De verzoekster heeft immers de aanvraag tot afwezigheid van lange duur wegens persoonlijke aangelegenheden pas ingediend nadat zij kennis had genomen van de beslissing waarbij de loopbaanonderbreking werd geweigerd en waarbij haar tevens werd meegedeeld dat zij vanaf 1 april 2007 onregelmatig afwezig was en dat zij na tien dagen onregelmatige afwezigheid van ambtswege zou ontslagen worden. In dit kader kan de aanvraag van de verzoekster voor langdurige afwezigheid wegens persoonlijke aangelegenheden bezwaarlijk beschouwd worden als een afstand van haar aanvraag van loopbaanonderbreking.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekster roept in haar eerste middel de schending in van de artikelen 134 en 135 WGP, van het ministerieel besluit van 28 november 2001 tot vaststelling van de opdrachten en de diensten waarvan de uitoefening onverenigbaar is met de hoedanigheid van een personeelslid van het operationeel kader van de politiediensten, van de omzendbrieven GPI 27 van 19 september 2002 betreffende nadere richtlijnen inzake de individuele afwijkingen op de beroepsonverenigbaarheden in hoofde van leden van het operationeel kader van de politiediensten (hierna: omzendbrief GPI 27) en GPI 27bis van 29 mei 2003 betreffende de bijkomende richtlijnen bij de omzendbrief GPI 27 (hierna: omzendbrief GPI 27bis).

Volgens de verzoekster worden de verloven en afwezigheden van personeelsleden van Rijksbesturen principieel geregeld door het koninklijk besluit van 19 november 1998 betreffende de verloven en afwezigheden toegestaan aan de personeelsleden van de rijksbesturen. In artikel 116 van dit koninklijk besluit wordt voorzien in een recht op verlof voor loopbaanonderbreking. In artikel 122 van dit koninklijk besluit wordt bepaald onder welke omstandigheden de onderbrekingsuitkering die eventueel kan ontvangen worden, kan gecumuleerd worden met een ander inkomen; die cumulatie is verboden in geval van onverenigbaarheden die voortvloeien uit het statuut van de betrokken ambtenaar.

De principiële toepasselijkheid van voornoemd artikel 116 e.v. wordt hernomen in artikel VIII.XV e.v. van het koninklijk besluit van 30 maart 2001 tot regeling van de rechtspositie van het personeel van de politiediensten (hierna : RPPol).

Artikel VIII.XV.6 RPPol luidt als volgt:

“Het personeelslid met een door de minister of, naar gelang van het geval, door de burgemeester of het politiecollege bepaalde graad of dat met een mandaat is bekleed, is uitgesloten van de in deze titel bepaalde verloven voor gehele of gedeeltelijke loopbaanonderbreking. De minister of, naar gelang van het geval, de burgemeester of het politiecollege, bepaalt de andere ambten waarvan de titularissen, om redenen die inherent zijn aan de goede werking van de dienst, eveneens van dit recht zijn uitgesloten alsmede de specifieke modaliteiten voor bepaalde diensten.

In afwijking van het eerste lid en met uitzondering van de mandatarissen, kan de minister of, naar gelang van het geval, de burgemeester of het politiecollege, voor zover de goede werking van de dienst erdoor niet wordt verstoord en na advies van de korpschef, de commissaris-generaal of de door deze aangewezen directeur-generaal, aan het in het eerste lid bedoelde personeelslid dat erom verzoekt, de in deze titel bedoelde verloven voor loopbaanonderbreking toestaan.”

Voor de beoordeling of de goede werking van de dienst door de loopbaanonderbreking al dan niet verstoord wordt, wordt verwezen naar de beroepsonverenigbaarheden die opgenomen zijn in artikel 134 WGP en naar de op basis van artikel 135 WGP door de Minister van Binnenlandse Zaken verstrekte richtlijnen in de omzendbrieven GPI 27 en 27bis.

Uit deze omzendbrieven blijkt dat een personeelslid uit het operationeel kader die een gehele loopbaanonderbreking vraagt niet in non-activiteit wordt geplaatst zodat principieel het cumulverbod met andere beroepen blijft bestaan, tenzij de uitzonderingsregel zoals voorzien in de omzendbrieven kan toegepast worden. In de omzendbrieven worden een aantal criteria bepaald op grond waarvan kan besloten worden of een bepaalde betrekking, beroep of bezigheid het belang van de dienst al dan niet schaadt en op grond waarvan kan beoordeeld worden of al dan niet afbreuk gedaan wordt aan de waardigheid van de status van het personeelslid.

In de bestreden beslissing wordt hierover overwogen dat “het politiecollege zich aansluit bij de argumentatie van de juridische dienst zoals

hiervoor opgenomen” en dat het politiecollege “geen redenen ziet om een afwijking toe te staan op het artikel 134 WGP”.

Dit advies van de juridische dienst is slechts een weergave van juridische teksten die geen antwoord bieden op de vraag in welke mate er in concreto een gevaar voor belangenvermenging of aantasting van de onafhankelijkheid of onpartijdigheid zou kunnen bestaan bij het toestaan van de gevraagde afwijking. De omzendbrief vereist dat er een concrete toetsing gebeurt aan de door de minister aangehaalde criteria zoals vervat in de omzendbrief GPI 27.

Te dezen is er geen onderzoek in concreto gebeurd zodat de betrokken omzendbrief en de “voormelde wettelijke teksten” worden geschonden. Op geen enkele manier werd concreet nagegaan of de door de verzoekster uitgeoefende activiteit haar onafhankelijkheid of onpartijdigheid in het gedrang zou kunnen brengen of hoe er een belangenvermenging zou kunnen zijn.

Het enkele feit dat het theoretisch advies van de juridische dienst stelt dat een hypothetisch gevaar voldoende is, ontslaat er de administratieve overheid niet van na te gaan in welke mate dit hypothetisch gevaar zou bestaan; aldus zou het bijvoorbeeld bij de beoordeling van de concrete situatie van de verzoekster van groot belang geweest zijn dat vastgesteld werd dat zij een volledige loopbaanonderbreking vraagt en dat zij in de praktijk dan ook geen enkele actieve dienst meer zou uitoefenen gedurende minstens één jaar en dat er zelfs geen hypothetisch gevaar voor haar onafhankelijkheid en onpartijdigheid zou zijn vermits zij geen enkele ambtsverplichting meer zou uitvoeren.

8. De verwerende partij repliceert dat de verzoekster haar aanvraag om als zelfstandige een winkel uit te baten heeft ingediend, waarna de verwerende partij uit eigen onderzoek via een uittreksel in het Belgisch Staatsblad heeft ontdekt dat de verzoekster op het ogenblik van haar aanvraag reeds een opdracht in een particuliere onderneming met winstoogmerk uitoefende. Luidens artikel 134, tweede lid, WGP mogen personeelsleden noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks handel drijven, noch als zaakvoerder optreden of deelnemen aan de leiding, het bestuur of het toezicht op handelsvennootschappen. Aldus is het, zo stelt de verwerende partij, duidelijk dat de bestreden beslissing het voornoemd artikel 134 niet heeft geschonden. De verzoekster duidt overigens niet aan hoe artikel 134 WGP geschonden wordt, zodat het middel niet duidelijk en onontvankelijk is.

Luidens artikel 135 WGP kunnen er individuele afwijkingen toegestaan worden op de verbodsbepalingen van artikel 134 WGP; er bestaat echter geen absoluut recht op het bekomen van een individuele afwijking. De verzoekster duidt niet aan hoe artikel 135 WGP geschonden wordt zodat het middel op dit punt onduidelijk en onontvankelijk is.

Wat de aangevoerde schending van het ministerieel besluit van 28 november 2001 tot vaststelling van de opdrachten en de diensten waarvan de uitoefening onverenigbaar is met de hoedanigheid van personeelslid van het operationeel kader van de politiediensten betreft, wijst de verwerende partij erop dat dit besluit bepaalt dat de functies van veldwachter, ambulancier en lesgever in een rijschool onverenigbaar zijn met de hoedanigheid van operationeel personeelslid van de politiediensten. De verzoekster beoogt geen van deze functies en valt bijgevolg niet onder de toepassing van dit ministerieel besluit. Voorts duidt de verzoekster niet aan hoe dit ministerieel besluit geschonden is. Het middel met die aangevoerde schending is dan ook onontvankelijk en ongegrond is.

De verzoekster, zo vervolgt de verwerende partij, voert ook de schending aan van de omzendbrief GPI 27 van 19 september 2002; onder punt II van deze omzendbrief worden de criteria bepaald waaronder een afwijking niet kan toegestaan worden (onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het personeelslid, conflict tussen het persoonlijk belang en het belang van de betrokken politiedienst). In de bestreden beslissing wordt duidelijk vermeld dat er een onverenigbaarheid is tussen het beroep van winkeluitbater en operationeel lid van een politiedienst, aangezien er een gevaar is dat de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid worden geschonden en dat er een hypothetisch gevaar is voor belangenvermenging; deze criteria zijn afgetoetst op basis van correcte feitelijke gegevens (lid van het operationeel kader, winkeluitbater). De bestreden beslissing schendt dienvolgens de omzendbrief niet. De verzoekster duidt trouwens niet aan hoe de bestreden beslissing GPI 27 zou schenden.

De verzoekster duidt evenmin aan hoe GPI 27bis door de bestreden beslissing wordt geschonden.

De verwijzing van de verzoekster naar de artikelen 116 en 122 van het koninklijk besluit van 19 november 1998 betreffende de verloven en afwezigheden toegestaan aan personeelsleden van de Rijksbesturen houdt evenmin steek

vermits dit koninklijk besluit op de verzoekster niet van toepassing is aangezien zij onder de toepassing van het RPPol, van de artikelen 134 en 135 van de WGP en van de omzendbrieven valt.

Ten slotte, zo stelt de verwerende partij, is het duidelijk dat in zoverre de verzoekster in het middel tevens de schending van de motiveringsplicht ontwikkelt en stelt dat er geen onderzoek in concreto is gebeurd teneinde na te gaan of zij recht had op een afwijking, het middel dat die schending aanvoert, onontvankelijk is. De verzoekster werpt als geschonden rechtsgrond niet de motiveringsplicht op.

9. De verzoekster repliceert dat in het middel verwezen wordt naar het geheel van wettelijke bepalingen aangezien alle artikelen geschonden zijn doordat het ene artikel verwijst naar het andere zodat de schending van het ene artikel ook een schending van het andere artikel inhoudt. Voorts wijst ze erop dat het inzake de toetsing van de concrete feitelijke gegevens van groot belang zou geweest zijn vast te stellen dat de uitbating van de zaak niet ging gebeuren in de wijk waar zij operationeel is geweest of zou kunnen zijn, zodat er geen gevaar op belangenvermenging, aantasting van de onpartijdigheid of onafhankelijkheid zou kunnen zijn. In de bestreden beslissing wordt in ieder geval geen enkel concreet gegeven aangetroffen. De verzoekster beklemtoont ook dat de adviesaanvraag van de korpschef aan de juridische dienst voorts vertrokken is van foutieve feitelijke gegevens zowel naar oorsprong van de start van de uitbating, als naar de werkelijke invulling van die uitbating; aan de hand van stukken is duidelijk bewezen dat de uitbating van de krantenwinkel slechts gestart is op 1 april 2007, zodat er op dat ogenblik helemaal geen activiteit was; uit de stukken blijkt evenzeer dat de uitbating niet gebeurt in de wijk waar de verzoekster als wijkinspecteur actief was. Ook stelt de verzoekster nog dat, zelfs indien het advies van de juridische dienst als een concrete toetsing aan de criteria zou kunnen worden beschouwd, quod non, deze toetsing foutief was vermits deze vertrok van foutieve feitelijkeheden; die afwijkende feitelijkeheden zijn belangrijk voor de beoordeling van een eventueel hypothetisch gevaar voor belangenvermenging. Ten slotte merkt de verzoekster op dat de uitbating van een krantenwinkel in andere politiezones blijkbaar niet als een probleem wordt aanzien.

Beoordeling

10. De artikelen 134 en 135 WGP luiden als volgt:

“Art. 134. Onverminderd de in bijzondere wetten bepaalde onverenigbaarheden en tenzij de betrokkene zich in non-activiteit wegens persoonlijke aangelegenheden bevindt, is de hoedanigheid van personeelslid van het operationeel kader onverenigbaar met de uitoefening van :

- 1° een ander beroep;
- 2° een openbaar ambt, een openbare opdracht of een openbaar mandaat;
- 3° een opdracht of een dienst, zelfs als die onbezoldigd is, in particuliere ondernemingen met winstoogmerk;
- 4° elke andere opdracht of dienst waarvan de minister van Binnenlandse Zaken de onverenigbaarheid heeft vastgesteld.

De personeelsleden mogen noch rechtstreeks, noch via een tussenpersoon, enige handel drijven, als zaakwaarnemer optreden, deelnemen aan de leiding, het bestuur van of het toezicht op handelsvennootschappen, nijverheids- of handelsinstellingen.

Art. 135. Individuele afwijkingen van de verbodsbepalingen in artikel 134 kunnen worden toegestaan, naargelang van het geval, door de commissaris-generaal, de burgemeester of het politiecollege, binnen het raam van de richtlijnen gegeven door de minister van Binnenlandse Zaken voor bijkomende betrekkingen, beroepen of bezigheden die niet het belang van de dienst schaden, noch afbreuk doen aan de waardigheid van de status van personeelslid.

De toestemming moet vooraf worden verkregen en kan afhankelijk worden gesteld van welbepaalde voorwaarden. Zij kan steeds worden ingetrokken.”

Uit deze bepalingen blijkt dat principieel alle onverenigbaarheden bedoeld in artikel 134 WGP in aanmerking komen voor een individuele afwijking overeenkomstig artikel 135 WGP.

11. In de omzendbrief GPI 27 van 19 september 2002 heeft de Minister van Binnenlandse Zaken de richtlijnen bepaald inzake het toestaan van individuele afwijkingen op de beroepsonverenigbaarheden. In die omzendbrief wordt onder meer het volgende bepaald:

“[...] Artikel 135, eerste lid, WGP bepaalt dat, naar gelang van het geval, de commissaris-generaal, de burgemeester of het politiecollege, individuele afwijkingen kunnen toestaan van de verbodsbepalingen in artikel 134 WGP en dit binnen het raam van de richtlijnen gegeven door de minister van Binnenlandse Zaken. Die richtlijnen maken het voorwerp uit van deze omzendbrief.
II. Uitoefening van bijkomende betrekkingen, beroepen of bezigheden.

Luidens artikel 135, eerste lid, WGP kunnen individuele afwijkingen van de verbodsbepalingen in artikel 134 WGP worden toegestaan, naar gelang van het geval, door de commissaris-generaal, de burgemeester of het politiecollege, binnen het raam van de richtlijnen gegeven door de minister van Binnenlandse

Zaken voor bijkomende betrekkingen, beroepen of bezigheden die :

- 1) niet het belang van de dienst schaden;
- 2) noch afbreuk doen aan de waardigheid van de status van personeelslid.

Elke aanvraag tot het bekomen van een afwijking moet door de commissaris-generaal, de burgemeester of het politiecollege in concreto worden beoordeeld en getoetst aan beide voornoemde criteria. De beslissing zelf moet formeel worden gemotiveerd. Telkenmale het betrokken personeelslid wordt aangewezen voor een betrekking in een andere politiedienst (de federale politie of een (ander) korps van de lokale politie), moet een nieuwe aanvraag worden ingediend.

Tenzij de concrete toetsing van de aanvraag tot het bekomen van die afwijking, tot een ander inzicht leidt, meen ik dat het belang van de dienst wordt geschaad of dat er afbreuk wordt gedaan aan de waardigheid van de status van personeelslid, door iedere bijkomende betrekking, beroep of bezigheid waarvan het onderzoek in concreto doet blijken dat die activiteit:

- 1° verhindert dat het personeelslid zijn ambtsplichten vervult en/of waarvan het redelijkerwijze te voorzien is dat die de beschikbaarheid van het personeelslid in het gedrang kan brengen;
- 2° de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het personeelslid in het gedrang kan brengen;
- 3° een strijdigheid tussen het persoonlijk belang van het personeelslid en het belang van de betrokken politiedienst tot gevolg kan hebben;
- 4° het beroepsgeheim van het personeelslid in het gedrang kan brengen;
- 5° de lichamelijke of mentale geschiktheid van het personeelslid voor het uitoefenen van zijn politieambt in het gedrang kan brengen.

Bij de concrete toetsing van de aanvraag aan beide voormelde criteria moet tevens rekening worden gehouden met o.a. de volgende elementen :

- a) criteria die betrekking hebben op de hoedanigheid van de aanvrager als personeelslid van het operationeel kader :
 - de plaats die betrokkene bekleedt in de hiërarchie;
 - het ambt dat betrokkene uitoefent;
 - de mate waarin betrokkene of zijn ambt bij het publiek gekend zijn;
 - de mate waarin betrokkene contact heeft met het publiek;
- b) criteria die betrekking hebben op de activiteit die de aanvrager bijkomend wil uitoefenen :
 - de inhoud en de omvang van de desbetreffende beroepsactiviteit, opdracht of dienst;
 - de aard van deze
 - de wijze van uitvoering ervan.(...)”

Uit deze instructies blijkt dat iedere aanvraag tot het bekomen van een individuele afwijking concreet moet getoetst worden aan de criteria “belang van de dienst” en “waardigheid van de status van het personeelslid”, waarbij de minister zelf een aantal gevallen vooropstelt waarin hij aanneemt dat de uitoefening van een bijkomende betrekking, bezigheid of beroep het belang van de dienst en/of de waardigheid van de status van het personeelslid schaadt, tenzij de concrete toetsing van de aanvraag tot een ander inzicht leidt.

12. Het middel, zoals in het verzoekschrift ontwikkeld, dient begrepen te worden als kritiek op de bestreden beslissing in de mate deze geen onderzoek in

concreto inhoudt van de aanvraag tot loopbaanonderbreking daar waar artikel 135 WGP het politiecollege toelaat individuele afwijkingen toe te staan op het verbod vervat in artikel 134 WGP en dit binnen het raam van de richtlijnen van de minister van Binnenlandse Zaken en daar waar de ministeriële omzendbrief GPI 27, die de bedoelde richtlijnen bevat, criteria voorschrijft waaraan de aanvraag concreet dient te worden getoetst.

Het middel is voldoende duidelijk, en bijgevolg ontvankelijk, in de mate dat het de schending van artikel 135 WGP en van de ministeriële omzendbrief GPI 27 aanvoert.

13. In de bestreden beslissing wordt de weigering van de aanvraag tot afwijking op twee gronden gemotiveerd.

Enerzijds wordt vastgesteld dat de verzoekster per 1 januari 2007 als zaakvoerster van de BVBA Dagbladhandel Paparazzi is aangesteld terwijl zij op dat ogenblik genoot van een ouderschapsverlof tot 31 maart 2007, zonder dat zij hiervoor de toestemming heeft verkregen. Er wordt gesteld dat deze activiteit onwettig wordt uitgeoefend en dat dergelijke onwettige uitoefening van een zelfstandige activiteit het bestuur niet verplicht om dergelijke toestand te bestendigen of goed te keuren.

Anderzijds wordt in de bestreden beslissing decisiief verwezen naar het advies van de juridische dienst van de federale politie waarbij de verwerende partij zich aansluit en bijgevolg geen redenen ziet om de afwijking toe te staan.

14. De motivering waarin verwezen wordt naar het feit dat de verzoekster sinds 1 januari 2007 aangesteld is als zaakvoerster van de BVBA Dagbladhandel Paparazzi, terwijl zij op dat ogenblik met ouderschapsverlof was, zonder dat zij hiervoor de toestemming gekregen heeft, is niet beslissend voor de aanvraag.

Bovendien is zij correct. Het feit dat de verzoekster zonder toestemming per 1 januari 2007 juridisch zaakvoerster van een commerciële vennootschap is geworden en ouderschapsverlof genoot, impliceert in haren hoofde

geen verworven rechten maar een afwijking van de beroepsonverenigbaarheden in het kader van haar aanvraag tot loopbaanonderbreking.

15. Het advies van de juridische dienst, zoals in extenso opgenomen in de bestreden beslissing, wordt in essentie opgebouwd vertrekkende van een uiteenzetting van het wettelijk kader van de principiële beroepsonverenigbaarheid en de afwijkingen erop, om dan als volgt te besluiten:

“Gelet op de criteria vermeld in punt II van de omzendbrief GPI 27 van 19 september 2002 (o.a. onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het personeelslid, conflict tussen het persoonlijk belang van het personeelslid en het belang van de betrokken politiedienst) en vermits een hypothetisch gevaar voor belangenvermenging of aantasting van de onafhankelijkheid of onpartijdigheid volstaat om de beroepsonverenigbaarheid vast te stellen, kan aan het betrokken personeelslid geen toelating worden gegeven om als lid van het operationeel kader de hier bedoelde zelfstandige activiteit (winkeluitbater) uit te oefenen. (...) Het verder uitoefenen van die commerciële activiteit onder het stelsel van loopbaanonderbreking is immers onmiskenbaar een tuchtvergrijp.”

Dit advies is een antwoord op een vraag van de korpschef die de concrete situatie van de verzoekster en haar aanvraag aan de juridische dienst voorlegde. Zo handelde de vraag over de aard van de functie van de verzoekster binnen het lokale korps, over de aard van de private activiteit en over de voorgeschiedenis van de aanvraag.

De hiervoor geciteerde conclusie is een concreet antwoord op die vraag over het toestaan van een afwijking; het politiecollege heeft het advies in een van hem uitgaande beslissing gegoten.

Uit dit alles dient afgeleid te worden dat de aanvraag tot afwijking op een concrete manier afgehandeld werd en het middel zoals aangevoerd in het inleidend verzoekschrift ongegrond is.

16. In de mate de verzoekster in haar memorie van wederantwoord nog stelt dat, zelfs indien het advies van de juridische dienst als een concrete toetsing aan de criteria zou kunnen worden beschouwd, quod non, deze toetsing foutief was vermits deze vertrok van foutieve feitelijkheden, wijzigt ze de grondslag van haar middel. Daar deze kritiek kon aangevoerd worden in het inleidend verzoekschrift en ze niet van openbare orde is, is ze onontvankelijk.

17. Het auditoraatsverslag is beperkt tot een onderzoek van het eerste middel. Er is grond om een aanvullend onderzoek te bevelen.

BESLISSING

1. De debatten worden heropend.

2. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt belast met een aanvullend onderzoek.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 april 2010, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Bert Thys,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Wim Geurts,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Wim Geurts

André Vandendriessche