

rep.nr.

2009/2304

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 3 SEPTEMBER 2010

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

A/

appellant,
vertegenwoordigd door mr. CLAES Rafaël en mr. KERSTEN Martine,
advocaten te 1150 BRUSSEL, Tervurenlaan 192.

Tegen:

DE VLAAMSE GEMEENSCHAP, vertegenwoordigd door de Vlaamse
Regering, waarvan het kabinet van de Voorzitter van de Vlaamse
Regering gevestigd te 1000 BRUSSEL, Koolstraat 35,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. VANOVERBEKE Sabine, die tevens loco mr.
DEVERS Patrick. verschijnt, advocaat te 9051 SINT-DENIJS-WESTREM,
Driekoningenstraat 3.

*

Na beraad, spreekt het Arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest uit:

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 29 januari 2009 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 24e kamer (A.R. 1588/08).
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 24 april 2009;
- de conclusies voor de appellant, neergelegd ter griffie op 30 november 2009 en 30 maart 2010,

- de conclusie voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 31 augustus 2009, 29 januari 2010 en 30 april 2010;
- de voorgelegde stukken;

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 11 juni 2010, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. De heer Rudy A^r was van 22 juli 2004 tot 1 september 2006 kabinetschef van de Vlaamse minister van Economie, Onderneming, Wetenschap, Innovatie en Buitenlandse Handel, mevrouw M

In het Belgisch Staatsblad van 4 april 2006 werd er een vacature gepubliceerd voor de aanwerving van een leidend ambtenaar van het Departement Economie, Wetenschap en Innovatie. De functie betrof een mandaatfunctie, in principe voor een periode van zes jaar, doch éénmaal hernieuwbaar.

De heer A ging op deze oproep in en werd geselecteerd.

Bij Besluit van de Vlaamse Regering van 25 juli 2006 werd hij aangesteld als secretaris - generaal bij dit departement. Op grond van artikel 5.9 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 13 januari 2006 houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse Overheid van 13 januari 2006 (hierna aangeduid als *het Raamstatuut*) werd hij tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, ingaande op 1 september 2006.

2. Op 20 december 2006 diende de heer A een klacht in bij de Vlaamse ombudsman omwille van onregelmatigheden die zouden zijn begaan in het kabinet van zijn minister.

Bij schrijven van 2 maart 2007 verklaarde de Vlaamse ombudsman deze klacht ontvankelijk en werd de heer A op grond van artikel 17bis van het ombudsdecreet van 7 juli 1998 en het Protocol tot regeling van de bescherming van de klokkenluiders met ingang van 20 december 2006 onder de bescherming van de ombudsman geplaatst.

Bij brief van 16 augustus 2007 aan de minister en bij brief van 17 augustus 2007 aan de heer A werd het voorlopig verslag van de ombudsman meegedeeld en werden een aantal aanbevelingen gedaan in verband met de correcte toepassing van de gunningprocedures voor overheidsopdrachten.

Op 9 oktober 2007 werd het definitief verslag van de ombudsman opgesteld en werden de aanbevelingen nauwkeuriger uitgewerkt.

3. In de loop van 2007 werden in uitvoering van artikel V. 13 van het Raamstatuut de prestaties van de heer A. voor de periode van september tot december 2006 door een externe instantie, Accord Group Belgium, geëvalueerd.

De heer A. kon daarbij een zelfevaluatie doen, waarbij hij zich bijna systematisch quoteerde op het hoogste evaluatiecijfer, zodat hij voor de zelfevaluatie een gemiddelde behaalde van 4,98/5; de evaluatie door zijn medewerkers resulteerde in 3,14/5; deze van de ministers in 2,58/5.

Op 13 juli 2007 besliste de minister op basis van het evaluatieverslag van de externe evaluatie-instantie om de evaluatie "positief" toe te kennen. Tengevolge van deze evaluatie kon hem geen managementtoelage worden toegekend. De minister schreef in haar brief van 14 augustus 2007:

Ik wil er u op wijzen dat deze evaluatie expliciet rekening houdt met het feit dat u slechts sinds 1 september 2006 in dienst bent gekomen en bijgevolg nieuw was in de functie. Daardoor zijn een aantal negatieve elementen in uw werking niet ten volle meegenomen bij de bepaling van de eindevaluatie waardoor deze uiteindelijk op "positief" is uitgekomen. Dat neemt uiteraard niet weg dat deze elementen, die zijn opgenomen in het evaluatieverslag, dat u door de externe evaluatie instantie wordt toegestuurd en waarvan de conclusies door mij zijn overgenomen, te beschouwen zijn als verbeterpunten ten aanzien van uw werking in 2007.

Een vlotte samenwerking en wisselwerking tussen het kabinet en de administratie EWI zijn voor mij uitermate belangrijk. Als secretaris-generaal van het departement EWI is het uw verantwoordelijkheid om die samenwerking vorm te geven. Hierna wordt de heer A. uitgenodigd voor een planningsgesprek.

4. Op 31 mei 2007 richtte het team Financiële Dienstverlening MOD EWI/WSE een nota aan de heer A. met kopie aan de minister. Hierin werden opmerkingen gemaakt over een aantal personeelsaangelegenheden en moeilijkheden in het departement.

5. Op 26 juni 2007 deelde de Gemeenschappelijke dienst voor Preventie en Bescherming op het werk aan minister Moerman een preventierapport i.v.m. psychosociaal welzijn mee naar aanleiding van een formele klacht van de heren Arnold D. en Jan D.
Het betrof de wijze van leidinggeven van de heer A. en ethisch ontoelaatbare manieren van communiceren. Er worden een aantal aanbevelingen gedaan op individueel niveau, op teamniveau en op organisatieniveau.

6. Op 16 augustus 2007 zond de minister aan de heer A. de nota van het team Financiële Dienstverlening MOD EWI/WSE en het preventierapport met de melding dat zij de intentie had om een persoonlijke nota op te stellen in toepassing van artikel IV. 6 van het Raamstatuut en dat zij deze stukken op 29 augustus 2007 met hem wilde bespreken samen met haar collega B.

Op 4 september 2007 diende de heer A. zijn repliek in.

Dit planningsgesprek vond uiteindelijk plaats op 5 september 2007.

7. In de krant Le Soir van 10 september 2007 verscheen een interview met de heer A. over zijn visie op Brussel naar aanleiding van de publicatie van zijn boek *Brussel het kind van de rekening*.

In de eerste paragraaf van dit interview werd de heer A voorgesteld als de huidige secretaris-generaal van het departement Economie, Wetenschappen en Innovatie in de schoot van de Vlaamse administratie.
In een gearceerd blokje naast zijn foto wordt deze functieaanduiding hernomen en wordt eraan toegevoegd dat hij de voormalige kabinetschef is van de Waalse, federale en Vlaamse ministers van economie, waarna verwezen wordt naar een eerdere publicatie over Vlaanderen en Wallonië als reactie op het manifest van de Warandegroep.

Over het idee van een Europees district voor Brussel zegt hij:

Ik ben daar ook tegen. Bovendien, wat wil dat zeggen? Dat Vlaanderen en Wallonië gezamenlijk Brussel gaan beheren? Dat men mij aantoont dat het beheer van de twee regio's beter is dan in Brussel!

Het is een Vlaams ambtenaar die het zegt ...

Wallonië is bezig op te ruimen, dat is zeer goed. In Vlaanderen, om maar één voorbeeld te geven, werd twee maand geleden een publieke structuur opgericht waaraan niemand behoefte had, enkel omdat iemand voorzitter van die structuur moest worden. Wat gaat Vlaanderen verwijten aan Wallonië? Zij doet het niet beter. En Vlamingen en Walen hebben geen enkele legitimiteit om Brussel samen te beheren. (vrije vertaling)

8. Eveneens op 10 oktober 2007 verspreidde de zogenaamde Optimistenbond een petitie via een website waarin Rudi A in volle regeringscrisis werd voorgesteld als mogelijke eerste minister.
De persdienst van het departement EWI vestigde via de eigen kanalen de aandacht op het bestaan van deze site.

Deze verspreiding door de eigen persdienst werd overgenomen door de krant De Morgen op 11 september 2007.

In de krant Het Laatste Nieuws werd gemeld dat de heer A weet had van de handtekeningactie en het best vond.

9. Hierna stelde minister Moerman een nota op voor haar collega's van de Vlaamse regering, waarin zij voorstelde de heer A te ontslaan wegens dringende reden omwille van het interview in Le Soir en de verspreiding van de petitie via de eigen hard- en software van het departement EWI.

10. Op de vergadering van de Vlaamse regering van 14 september 2007 werd beslist de heer Rudi A, secretaris-generaal van het departement EWI op dezelfde dag te ontslaan wegens dringende reden overeenkomstig het voorstel van minister Moerman en dit door middel van een gerechtsdeurwaardersexploot.

11. Op 14 september 2007 te 20u45 betekende gerechtsdeurwaarder M de ontslagbrief met dringende reden met volgende inhoud:

De feiten die aan de basis liggen van het ontslag, zijn de volgende,

1. In Le Soir van 10 september 2007, zowel in gedrukte versie (p. 20, forum) als op Le Soir en ligne, verschijnt een interview met Rudy A, die erin wordt voorgesteld als de "huidige secretaris-generaal van het departement Economie, Wetenschappen en Innovatie in de schoot van de Vlaamse administratie, welke o.m. de volgende passage bevat waarvan de vertaling luidt:

Het is een Vlaamse functionaris die het zegt :

Wallonië is bezig aan het opkuisen, dat is zeer goed. In Vlaanderen, om maar één voorbeeld te noemen, heeft men twee maanden geleden een openbare structuur gecreëerd die niemand nodig had, enkel omdat iemand de voorzitter moest worden. Wat zal Vlaanderen verwijten aan Wallonië? Zij doet het niet beter (...).

Aan de heer Rudy A wordt verweten dat hij, zonder enige vermelding dat hij sprak als privé persoon, en dus niet als personeelslid van de Vlaamse Gemeenschap - wel integendeel - de Vlaamse Gemeenschap, zijn werkgever, openlijk in diskrediet heeft gebracht door de Vlaamse Gemeenschap, met name de Vlaamse regering, impliciet maar zeker te beschuldigen van onbehoorlijk bestuur, zelfs van machtsafwending, hierbij ten titel van voorbeeld (aldus implicerende dat er nog meerdere andere voorbeelden zijn) de oprichting van een publiekrechtelijke structuur vermeldende die, althans volgens hem, onnodig en uitsluitend werd opgericht omdat iemand er de voorzitter van moest worden.

2. Op 10 september 2007 verspreidt de heer Joeri C. van de dienst Pers en communicatie van het departement EWI, met gebruik van hard - en software van de Vlaamse Gemeenschap/het Vlaamse Gewest, vanuit het betrokken departement een e-mailbericht met als onderwerp: "Verliest EWI straks haar topambtenaar?", waarbij het bestaan gemeld wordt van een website www.rudy-aernoudt-premier.be betrekking hebbende op een online petitie om Rudy Al premier te maken. Het bericht op de betrokken website vermeldt de hoedanigheid van Rudy A (secretaris-generaal van het Vlaamse departement Economie, Wetenschap en Innovatie) en diens boek "Vlaanderen - Wallonië, je t' aime moi non plus" en roept op tot het tekenen van de bedoelde petitie. Een en ander krijgt weerklank in de nationale pers (De Morgen en Het Laatste Nieuws, beiden van 11 september 2007). Bij controle op 13 september 2007 blijkt deze website en de petitie nog steeds op het internet beschikbaar te zijn. Aan de heer A wordt verweten dat hij, kennis hebbende of noodzakelijk moeten hebbende van het initiatief van de heer Joeri C. !, zijn woordvoerder op het departement EWI, als secretaris-generaal van het betrokken departement geen enkele actie heeft ondernomen (en dit tot op heden) om dat initiatief, waarbij gebruik werd gemaakt van de hard- en software van de Vlaamse Gemeenschap/het Vlaamse Gewest, te doen ophouden, minstens dit af te keuren en dat hij evenmin (en dit tot op heden) enige actie ondernam om zich van de initiatiefnemers van de website www.rudy-aernoudt-premier.be zelf te dissociëren, daar waar de inhoud van deze website tevens vermeldingen bevat die van aard zijn zijn commerciële belangen te dienen door de vermelding van het hierboven vermelde boek, waarvan hij de auteur is.

Beide feiten vinden plaats op dezelfde dag waarop de minister-president in het Vlaamse Parlement, samengekomen in speciale zitting, wordt geïnterpelleerd over de houding van de Vlaamse regering ten aanzien van de impasse in de communautaire onderhandelingen.

Deze twee feiten getuigen van een onaanvaardbaar gebrek aan loyaliteit ten opzichte van de Vlaamse Gemeenschap. De Vlaamse Gemeenschap, werkgever van de heer Al wordt door deze initiatieven, uitgaande van een personeelslid met de functie van leidend ambtenaar van een belangrijk departement en dus een van haar hoogste personeelsleden, publiekelijk in diskrediet gebracht. Gelet op de voorbeeldfunctie die de heer Al door zijn positie bekleedt, zijn deze initiatieven onaanvaardbaar. Ze druisen in tegen de deontologische code, zoals vastgelegd door de Omzendbrief PEBE/DVO/2006/6 van 6 juli 2006, die aan alle

personeelsleden en dus zeker aan haar hoogste personeelsleden in rang de verplichting oplegt loyaal te zijn t.o.v. de werkgever, en als uitdrukking van die loyaleit, zich te scharen achter de beslissingen van de Vlaamse Gemeenschap en haar Regering en ze loyaal uit te voeren, al stroken de beslissingen niet met het standpunt van het personeelslid. Is eveneens strijdig met de deontologische code het, in de hoedanigheid van personeelslid van de Vlaamse Gemeenschap, en dus niet in eigen naam en ten strikt persoonlijke titel, innemen van standpunten waarbij de rol en de werking van de Vlaamse Gemeenschap en haar regering wordt bekritiseerd. Dat deze initiatieven worden genomen op het ogenblik waarop de Vlaamse Minister President wordt geïnterpelleerd in het Vlaamse Parlement maakt de tekortkomingen nog ernstiger.

Deze twee feiten, welke zich voorgedaan hebben in de week van 10 september 2007, kunnen niet los gezien worden van de feiten die zich in de voorbije weken hebben voorgedaan en waarbij moet vastgesteld worden dat de heer A zich in het geheel niet houdt aan de verplichtingen die voor hem als personeelslid van de Vlaamse regering gelden.

Zo kreeg Vice-minister-president F. M op 31 mei 2007 kennis van een nota uitgaande van personeelsleden van het Team Financiële Dienstverlening MOD EWI/WSE waarin behoudens kritiek op het interne (personeels) beleid van Rudy Al tevens wordt gezegd:

"U (d.i. Rudy A kan ons niet langer paaïen met zoethoudertjes als dure recepties, GSM's als persoonlijk geschenk, een teamdag met alles erop en eraan inclusief lunch in "The Ostend Queen", TGIF-drinks (voor de outsiders : Thank God It's Friday) en welke fratsen nog meer op kosten van...!"

Deze aantijging vormt een rechtstreekse inbreuk op punt 5 van de deontologische code voor de personeelsleden van de Vlaamse administratie die de personeelsleden verplicht zuinig om te springen met de overheidsmiddelen (omzendbrief PEBE/DVO/2206/6 van 6 juli 2006: geen vooraf duidelijke en afdoende motivering aan de functioneel bevoegde minister).

Op 4 juli 2007 kreeg Vice-minister-president F. M kennis van een "preventierapport i.v.m. psychosociaal welzijn op het departement EWI n.a.v. formele klacht(en). Het betreft een rapport aangaande een onderzoek naar klachten geformuleerd door de heren Arnold D en Jan D. beiden afdelingshoofden (A2A), toegewezen aan het departement EWI en die er zich o.m. over beklagen in de organisatie van het departement geen functie te krijgen in overeenstemming met hun rang en graad, waarop ze gerechtigd zijn. De heer Rudy A werd verzocht hierover de nodige uitleg te verschaffen. In zijn repliek van 4 september 2007 ontkent secretaris-generaal Rudy Al niet dat hij het artikel V 54 van het zgn. Raamstatuut van 13 januari 2006 en de leer van de vaste rechtspraak van de Raad van State aangaande de "passende betrekking" binnen zijn departement niet wenst toe te passen.

Rekening houdend met al deze feiten is de Vlaamse Gemeenschap van oordeel dat een voortzetting van de professionele relatie onmiddellijk en definitief onmogelijk is geworden, zodat de arbeidsovereenkomst tussen de partijen om dringende reden wordt beëindigd.

De beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidt van rechtswege tot het einde van de mandaatfunctie die werd uitgeoefend krachtens de arbeidsovereenkomst.

12. Op 24 september 2007 volgde nog een audit onderzoek van het departement EWI, waarin onder meer het beleid van secretaris-generaal Rudy A wordt besproken.

13. Op 3 oktober 2007 vroeg de Vlaamse ombudsman aan de Vlaamse regering, gelet op de bescherming krachtens het klokkenluiderprotocol, aan te tonen dat zij een maatregel had genomen die geen enkel verband hield met deze bescherming. Tevens merkte hij op dat in de ontslagbrief geen melding werd gemaakt van de afwezigheid van enig verband met de toegekende bescherming, terwijl dit uitdrukkelijk werd opgelegd in artikel 6, alinea 1 van het protocol.

14. Na het ontslag om dringende reden volgde er op 10 en 11 oktober 2007 briefwisseling van de raadsman van de heer Rudy A waarin het ontslag om dringende reden werd betwist en waarin tevens werd gesteld dat de mandaatfunctie onwettig werd beëindigd, dat het ontslag met misbruik werd gegeven, dat de heer A niet werd gehoord en zijn reputatie werd geschaad. Men vroeg een vervangende opzeggingsvergoeding van € 110.423,25 provisioneel uitgaande van een opzeggingstermijn van 9 maanden; voor het misbruik werd een schadevergoeding van € 1 provisioneel gevraagd en voor de reputatieschade een bedrag van € 125.000.

15. Partijen kwamen hierover niet tot overeenstemming en op 24 januari 2008 dagvaardde de heer A de Vlaamse Gemeenschap in betaling van:

- een vervangende opzeggingsvergoeding van € 110.423,25 wegens betwisting van de dringende reden
 - een vergoeding van € 730.020,37 te verminderen met het bovenvermelde bedrag van de opzeggingsvergoeding wegens stopzetting van het mandaat
 - € 1 provisioneel wegens misbruik van ontslagrecht
 - € 125.000 als schadevergoeding wegens reputatieschade
- te vermeerderen met wettelijke intresten vanaf 14 september 2007 en de gerechtelijke intresten.

16. Bij vonnis van de arbeidsrechtbank te Brussel van 29 januari 2009 werd de vordering ontvankelijk en ongegrond verklaard en werden dus alle vorderingen van de heer A afgewezen met veroordeling van hemzelf tot de gerechtskosten. Dit vonnis werd volgens zeggen van partijen betekend op 26 maart 2009.

17. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel 24 april 2009, tekende de heer A hoger beroep aan tegen dit vonnis en hernam hij zijn oorspronkelijke vordering.

II. BEOORDELING

Gelet op de voorgehouden betekening van het bestreden vonnis op 26 maart 2009, werd het hoger beroep op 24 april 2009 alleszins tijdig ingesteld. Het is regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is voldaan. Het is derhalve ontvankelijk.

De dringende reden.**De tijdigheid en de drie werkdagentermijn.**

1. Op grond van artikel 35, 3^o lid van de arbeidsovereenkomstenwet mag een ontslag om dringende reden niet meer worden gegeven, wanneer het feit ter rechtvaardiging ervan sedert ten minste drie werkdagen bekend is aan de partij die zich hierop beroept.

Artikel 35, laatste lid, voegt hieraan toe dat de partij die een dringende reden inroept, het bewijs moet leveren dat zij deze termijn geëerbiedigd heeft.

De termijn van 3 werkdagen begint te lopen vanaf het ogenblik waarop de partij die ontslag betekent, voldoende kennis heeft van de feiten (Cassatie, 23 mei 1973, JTT 1973, 212 en Cassatie, 11 januari 1993, JTT 1993, 58).

Deze termijn neemt slechts een aanvang, nadat degene die de bevoegdheid heeft om tot ontslag over te gaan, van de feiten kennis heeft gekregen. (Cass. 24 juni 1996, R.Cass. 1997,35; Cass. 7 december 1998, R.W. 1999-2000, 848).

Een arrest waarin werd beslist dat een dringende reden laattijdig ter kennis werd gebracht, omdat de ontslagbevoegde partij de mogelijkheid had de verweten feiten eerder te kennen dan drie dagen voor het ontslag, werd door het Hof van Cassatie verbroken. (Cass. 28 februari 1994, JTT 1994, 286; Cass. 14 mei 2001, JTT 2001, 390). De vereiste dat het bedrijf zo wordt ingericht dat de tot ontslag bevoegde persoon tijdig kennis krijgt van het als zwaarwichtig bedoelde feit, schendt eveneens artikel 35 derde lid van de arbeidsovereenkomstenwet. (Cass. 13 mei 1991, JTT 1991, 324; Cass. 7 december 1998, JTT 1999, 149).

Alleen de dringende reden waarvan kennis is gegeven binnen de drie werkdagen na het ontslag kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van het ontslag zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn (art. 35, 4^{de} lid arbeidsovereenkomstenwet).

Wanneer het arbeidsgerecht de tijdigheid van het ontslag om dringende redenen moet beoordelen, dient het alleen te onderzoeken of de aangevoerde kennis van het feit niet meer dan drie werkdagen bestond en doet het daarbij nog geen uitspraak over het bestaan van de feiten en het zwaarwichtig karakter ervan (cfr. Cassatie, 19 maart 2001, JTT 2001,249).

2. Partijen betwisten niet dat de ontslagbevoegdheid t.a.v. een secretaris-generaal berust bij de Vlaamse regering als collegiaal orgaan, zodat deze bevoegdheid niet ligt bij een individuele vakminister.

De publicatie van het artikel in Le Soir en de mededeling van de online-petitie door de persdienst EWI gebeurden beiden op 10 september 2007.

De eerstvolgende samenkomst van de Vlaamse regering na 10 september 2007 vond plaats op 14 september 2007 en op dat ogenblik nam de Vlaamse regering als collegiaal orgaan kennis van de feiten en van de nota die was voorbereid door minister M

De gemeenschaps- en gewestregeringen zijn collegiale organen, wat meebrengt dat elke beslissing in beginsel door de voltallige regering moet genomen worden; de

individuele ministers hebben enkel de bevoegdheid om de beslissingen voor te bereiden. De beslissingen worden bij consensus genomen, wat meebrengt dat elk regeringslid akkoord moet gaan en de volle verantwoordelijkheid draagt. (J. Vande Lanotte en G. Goedertier, *Overzicht Publiekrecht*, Die Keure, 2003, p. 1015, nr. 1528 en p.1016, nr. 1529).

De kennisname door het tot ontslag bevoegde orgaan van de werkgever gebeurde aldus op 14 september 2007, zodat het ontslag op die datum binnen de drie werkdagentermijn tijdig werd gegeven.

De overige beschouwingen van de heer A kunnen hieraan geen afbreuk doen, omdat ze te maken hebben met de mogelijkheid van een eventuele snellere besluitvorming vanuit de veronderstelling van een andere organisatie van de werkzaamheden, wat niet relevant is.

Ook het feit dat mogelijks andere vakministers individueel eerder kennisgenomen zouden hebben van het artikel of van de persmededeling doet geen afbreuk aan het feit dat de ontslagbevoegdheid ligt bij de Vlaamse regering als collegiaal orgaan, zodat de drie werkdagentermijn enkel begint te lopen vanaf de kennisname van de feiten door dit orgaan.

De grond van de dringende reden.

3. Artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet omschrijft de dringende reden als de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk onmogelijk maakt.

Hieruit volgt dat 3 voorwaarden cumulatief aanwezig moeten zijn:

- er moet een ernstige tekortkoming zijn van de werknemer,
- die elke professionele samenwerking onmogelijk maakt,
- en dit op een bijzondere manier met name onmiddellijk en definitief (zie W. Van Eeckhoutte, Sociaal Compendium 04-05, nr. 5249).

Artikel 35 laatste lid van de arbeidsovereenkomstenwet zegt dat de partij die een dringende reden inroept hiervan het bewijs dient te leveren.

Benevens het foutief karakter zal de rechter dus tevens de ernst van de tekortkoming dienen te beoordelen (cfr. Mallie J., noot onder A.H. Brussel, 20.6.1980, T.S.R. 1981,41).

Bij de beoordeling van een dringende reden dient uiteraard rekening te worden gehouden met de omstandigheden eigen aan de zaak. Het feit dat het ontslag om dringende reden rechtvaardigt, is immers het feit met inachtneming van alle omstandigheden die het feit het karakter van een zwaarwichtig motief geven (Cass., 13 december 1982, Arr. Cass., 1982-1983, 504; Cass., 16 juni 1971, JTT 1972, 37; Cass., 23 mei 1973, JTT 1973, 212).

4. De Vlaamse Gemeenschap resumeert op pagina 18 van haar definitieve syntheseconclusie de feiten, aangehaald in de ontslagbrief van 14 september 2007, als volgt:

- de publicatie van een interview met de heer A in Le Soir van 10 september 2007

- de verspreiding met gebruik van hard- en software van de Vlaamse Gemeenschap van een bericht dat verwijst naar een online petitie om de heer A. premier te maken actie waartegen hij niet reageerde en waarvan hij zich niet distantieert.

Deze feiten moeten beoordeeld worden in het licht van de vaststelling dat de heer A. zich niet hield aan zijn verplichtingen als personeelslid, wat volgens geïntimeerde werd bewezen door de nota van meerdere personeelsleden van het Team Financiële Dienstverlening en het preventierapport van de externe dienst voor preventie en bescherming op het werk.

De publicatie van het interview in Le Soir wordt door de Vlaamse Gemeenschap gezien als een beschuldiging aan haar adres van onbehoorlijk bestuur en van machtsafwendings. Zij benadrukt daarbij dat de heer Aernoudt zich niet heeft opgesteld als privé persoon, maar gesproken heeft in zijn hoedanigheid van secretaris-generaal van het departement EWI.

Deontologie en spreekrecht van overheidspersoneel.

5. Deze tenlastelegging dient te worden afgewogen aan het spreekrecht van het overheidspersoneel en de bepalingen van de deontologische code.

Artikel II 1 §1 van het Raamstatuut bepaalt dat het personeelslid zich op een actievare en constructieve wijze inzet voor de realisatie van de opdracht en de doelstellingen van de Vlaamse overheid.

Het personeelslid oefent zijn functie uit op een loyale en correcte wijze.

Artikel II 2 §1 voegt hier aan toe:

Het personeelslid heeft recht op vrijheid van meningsuiting ten aanzien van de feiten waarvan hij kennis heeft uit hoofde van zijn functie.

Dit recht op vrije meningsuiting is niet absoluut.

In verband met een ambtenaar van De Post omschreef de Raad van State dit zo: *dat onder het recht op vrije meningsuiting zoals omschreven in artikel 19 van de Grondwet evenwel ook een spreekrecht voor de ambtenaar valt zodat aan de ambtenaren van de verwerende partij ook een spreekrecht is toegekend; dat dit spreekrecht verzoeker toelaat om vrijuit te spreken en te publiceren zonder daarvoor toestemming te moeten vragen aan een hiërarchische meerdere; dat nochtans dat spreekrecht geen afbreuk doet aan de verplichting voor de ambtenaar om tijdens en buiten de uitoefening van zijn ambt elke handelwijze te vermijden die het vertrouwen van de bevolking ten opzichte van de overheidsdienst kan aantasten.* (R.v.St. nr 107.874 van 17 juni 2002).

In een arrest van 12 maart 2007 wordt dit als volgt herhaald:

overwegende dat in de bestreden beslissing terecht wordt aangenomen dat de vrijheid van meningsuiting niet belet dat aan een ambtenaar een verbod kan worden opgelegd om op onrechtmatige wijze afbreuk te doen aan het gezag en de goede naam van zijn hiërarchische meerderen en aan het vertrouwen dat het publiek moet kunnen hebben in het bestuur; dat de verweerster in redelijkheid van oordeel kon zijn dat de aan de verzoeker toegeschreven uitspraken, waartegen hij niet of slechts na zekere tijd een recht op antwoord heeft uitgeoefend, het door het publiek in haar te stellen vertrouwen hebben aangetast en haar belangen hebben geschaad. (R.v.St. nr 168.781 van 12 maart 2007) is.

Op grond van artikel II 7 §1 van het Raamstatuut worden de rechten en plichten nader gepreciseerd in een deontologische code die vastgesteld wordt door de Vlaamse minister, bevoegd voor bestuurszaken.

In de deontologische code, vastgelegd bij omzendbrief PEBE/DVO/2006/6 van 6 juni 2002 wordt de loyaliteit, de correctheid en de objectiviteit benadrukt.

In hoofdstuk 6 wordt het spreekrecht en de spreekplicht besproken, als volgt.
Feitelijke informatie moet daarbij correct, volledig en objectief worden gepresenteerd. Wie een persoonlijk standpunt of kritiek op de overheid formuleert, maakt duidelijk dat hij of zij in eigen naam spreekt.

...

Als privé persoon tegenover derden

u bent volledig vrij om te publiceren, voordrachten te houden of op een andere manier als privé persoon derden te informeren over de domeinen waarin u als personeelslid ervaring hebt opgebouwd.

U hebt als privé persoon ook het volste recht om tegenover derden die politieke overtuiging te uiten en om kritiek te geven op de overheid.

Tegenover de pers

als iemand van de pers met u contact opneemt over dienstaangelegenheden, dan verwijst u hem of haar naar het personeelslid dat binnen een afdeling of administratie is aangesteld als woordvoerder. Dat neemt niet weg dat u in de pers een persoonlijk standpunt kunt vertolken. U moet daar wel duidelijk maken dat u in eigen naam spreekt.

In deze deontologische code wordt derhalve op meerdere plaatsen aangegeven dat het spreken in eigen naam duidelijk moet gemaakt worden.

6. Deze duidelijkheid heeft de heer A bij zijn interview aan Le Soir niet gegeven.

Zoals in randnummer 7 van *feiten en rechtspleging* wordt aangegeven, wordt de heer A in het interview tot tweemaal toe voorgesteld als secretaris-generaal; bovendien verwijst hij in de tekst zelf naar zijn professionele situatie door te zeggen *het is een Vlaamse ambtenaar die het zegt*.

Aldus heeft de heer A de vastgelegde deontologische regels in verband met zijn spreekrecht geschonden door bij het uiten van persoonlijke kritiek niet duidelijk te maken dat hij deze uitdrukte in eigen naam.

Kritiek of beschuldiging van machtsafwending?

7. Inhoudelijk geeft de heer A in de bewuste passage kritiek op de oprichting van een publieke structuur, wat zou gebeurd zijn omdat er iemand voorzitter van moest worden.

Hij uit deze kritiek als voorbeeld voor een vergelijking tussen Vlaanderen en Wallonië ten aanzien van het bestuur van Brussel.

Ten onrechte beschouwt de Vlaamse Gemeenschap deze kritiek als een beschuldiging van machtsafwending.

De heer A heeft immers de woorden *onbehoorlijk bestuur* of *machtsafwending* nooit in de mond genomen, maar hij wist zich in zijn kritiek wel gesteund door een aantal adviezen i.v.m. de beslissing tot oprichting van de Hercules Stichting.

Deze adviezen werden om opportunitetsredenen door de Vlaamse overheid niet gevolgd, en het is het recht van de heer A om in eigen naam een andere beoordeling voor te staan en dit te uiten. Hij uitte deze mening als voorbeeld in een discussie over de regionale ontwikkeling.

Machtsafwending bestaat uit het niet gebruiken van een verordenende macht in het algemeen belang, maar voor doeleinden andere dan deze waarvoor de overheid over die macht beschikt. (R.v.St. nr. 49.695 van 14 oktober 1994) Men dient daarvoor aan te tonen dat de aangevochten akte een ongeoorloofd en nietig doel nastreeft en geen enkel ander doel. (R.v.St. nr. 87.144 van 9 mei 2000)

In het advies van de Vlaamse raad voor wetenschapsbeleid van 20 april 2007 worden kritische opmerkingen gegeven, maar wordt benadrukt dat Hercules beantwoordt aan een reële nood (zie p. 5) Hieruit blijkt reeds dat, ondanks de kritiek op de zware structuren, eveneens erkend wordt dat de oprichting aan een nood en dus aan een legitiem doel kan beantwoorden.

Ook in het advies van de raad van bestuur van het IWT wordt benadrukt dat de kritische teneur van dit advies niets afdoet aan de constructieve bezorgdheid voor een zo optimaal mogelijk wetenschaps- en innovatiebeleid en voor een zo doelmatig mogelijke uitvoering ervan.

Wanneer de heer A deze kritieken overneemt en deze in een korte passage herhaalt om zijn politiek standpunt te ondersteunen, dan gaat hij niet zover om zijn overheid te beschuldigen van onbehoorlijk bestuur (in zijn juridische betekenis) en/of machtsafwending. Hij geeft een voorbeeld in een politieke context; hij verdedigt een andere opportunitetskeuze en hij sluit daarbij andere motieven en beweegredenen niet uit.

Machtsafwending wordt immers slechts in uitzonderlijke situaties door de Raad van State aanvaard, omdat de rechtspraak eist dat het ongeoorloofde oogmerk het enige doel van de betwiste maatregel dient te zijn. (A. Mast, J Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht Belgisch Administratief recht*, 2009, p.1004, nr. 1000 en de rechtspraak en rechtsleer geciteerd in voetnoot 46).

Het feit dat in het interview het woordje *enkel* voorkomt is onvoldoende om uit af te leiden dat de heer A zou verwezen hebben naar machtsafwending, omdat in een politieke context dikwijls polariserende voorbeelden worden gehanteerd.

Wel overtreedt hij zijn deontologische verplichtingen door niet duidelijk aan te geven dat hij in eigen naam spreekt bij het formuleren van dit persoonlijk standpunt of van zijn kritiek op zijn overheid.

Zijn deontologie verplicht hem immers steeds een evenwicht na te streven tussen zijn spreekrecht en zijn loyaliteit, die een hoeksteen is bij de uitoefening van zijn ambt. Zijn deontologie verplicht hem evenzeer om hierbij de correctheid na te streven.

Samengevat kan dan ook vastgesteld worden dat de heer A zijn deontologische verplichtingen overtreden heeft, maar dat de Vlaamse Gemeenschap hierin ten onrechte een beschuldiging van machtsafwending ontwaart.

Petitie.

8. De verspreiding van de online petitie in een moeilijke politieke periode was een actie van de zgn. Optimistenbond en alles wijst erop dat dit bedoeld was als een ludiek initiatief.

Hoogstens kan men hierin een zeer onrechtstreekse betrokkenheid van de heer A zien doordat hij niet onmiddellijk zijn persverantwoordelijke aangemaand heeft om het persbericht van het elektronisch prikbord weg te halen en doordat in het artikel in Het Laatste Nieuws gezegd wordt dat hij het initiatief 'best' zou vinden.

Een dergelijk voorval heeft weinig relevantie voor de beoordeling van een ontslag om dringende reden, omdat het, zelfs in samenhang met andere verwijten, te licht weegt in de afweging of de samenwerking tussen werkgever en werknemer onmiddellijk onmogelijk is.

Voorgaanden.

9. Geïntimeerde heeft deze twee feiten echter niet los gezien van een aantal voorgaanden, zoals de nota uitgaande van een aantal personeelsleden van het Team Financiële Dienstverlening en het preventierapport, opgesteld naar aanleiding van de pestklacht van twee personeelsleden.

Deze klachten betreffen moeilijkheden die ook aan bod kwamen in de evaluatie van de heer A, waaruit bleek dat de medewerkers gedemotiveerd waren door een te confronterende aanpak.

Deze elementen werden samen met de heer A besproken op 5 september 2007 en er werd bij zijn evaluatie rekening gehouden met het feit dat hij nieuw was in de functie en slechts op 1 september 2006 in dienst was gekomen.

De heer A heeft op deze elementen gerepliceerd in zijn brief van 4 september 2007 en hij wijt de moeilijkheden aan een zekere weerstand tegen de beoogde hervormingen, wat volgens hem onvermijdelijk is.

Op zich hebben deze feiten betrekking op de moeilijke professionele functionering van de heer A. Gelet op het woord en wederwoord kan niet onmiddellijk besloten worden tot een professionele tekortkoming in de strikte zin, maar de bespreking van 5 september 2007 diende de heer A er wel toe te leiden dat hij zich volledig diende te concentreren op zijn professionele taak en dat hij voorzichtigheid diende te beogen bij het vervullen van zijn deontologische plichten.

Zwaarwichtigheid van de ingeroepen redenen.

10. De vraag is of de verwijten die ten aanzien van de heer A : weerhouden dienen te worden, voldoende zwaarwichtig zijn om tot een ontslag om dringende reden te beslissen.

Artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet geeft hierbij als criterium dat de samenwerking tussen werkgever en werknemer onmiddellijk onmogelijk dient te zijn.

Het hof is van mening dat de weerhouden tekortkomingen, afzonderlijk en in hun onderlinge samenhang, niet voldoen aan deze kwalificatie.

Het hof weerhoudt als voornaamste feit dat de heer A niettegenstaande de bespreking op 5 september 2007 van de moeilijkheden omtrent zijn functioneren, op 10 september 2007 zijn deontologische plichten miskende door in een kranten-interview toegelaten kritiek te geven op zijn werkgever zonder duidelijk tot uiting te brengen dat hij dit deed in eigen naam en dat hij niet sprak vanuit zijn functie van secretaris-generaal.

Tijdens de bespreking van 5 september 2007 werden naast de evaluatiegegevens door geïntimeerde ook de andere pijnpunten ter sprake gebracht, zoals deze bleken uit de nota van het personeel en de pestklacht.

Daarbij werd een voorgaand artikel van de heer A in De Tijd van 30 mei 2007 door geïntimeerde onbesproken gelaten, alhoewel de heer A zich ook daar profileerde als secretaris-generaal van het Vlaams departement EWI en alhoewel hij daar met naam en toenaam de stichting Hercules aanviel en de benoeming van een voormalige adjunct kabinetschef stevig hekelde. De bewoordingen en de toon van dit artikel waren veel uitdrukkelijker en polemischer dan het interview in Le Soir.

Alhoewel in het evaluatiegesprek en in de ontslagbrief voorgaande tekortkomingen ter sprake worden gebracht, wordt dit artikel in De Tijd niet aangehaald, alhoewel de deontologische inbreuken wat betreft de profilering als secretaris-generaal veel explicieter zijn.

Aangezien de Vlaamse regering de pers, en meer bepaald de kritieken op haarzelf, op de voet volgt, kan zij hiervan niet onwetend zijn geweest, temeer daar de scherpe kritiek uitging van haar topambtenaar.

Uit de negatie van dit voorgaande artikel blijkt dat de Vlaamse regering toen niet zo zwaar tilde aan deze inbreuk op de deontologische plichten en dit zeker niet van die aard achtte dat het de samenwerking met haarzelf onmiddellijk onmogelijk maakte. (vgl. Arbh. Brussel 17 februari 1999, Soc. Kron. 1999, 497).

Hiermee heeft het hof niet gezegd dat de Vlaamse regering op 14 september 2007 dergelijke deontologische inbreuken over haar kant moest laten gaan, maar alvorens de zwaarste sanctie te treffen, wat een ontslag om dringende reden is, had ze in de gegeven omstandigheden eerst aan de heer A moeten duidelijk maken dat de lankmoedigheid die zij nog in acht genomen had ten aanzien van het artikel in De Tijd, na de publicatie in Le Soir later niet meer zou aanvaard worden.

Eventueel had de Vlaamse regering ook een minder zware tuchtsanctie dan een ontslag om dringende reden kunnen nemen, maar de zwaarste sanctie is in de gegeven omstandigheden disproportioneel.

Noodzaak van een verhoor?

11. Het is klaar dat in een dergelijke context een verhoor van de heer A een pluspunt had kunnen zijn om tot een evenwichtiger afweging te komen van de vraag of de tekortkomingen de samenwerking onmiddellijk onmogelijk maakte.

Het was immers duidelijk dat de samenwerking tussen de minister en de secretaris-generaal eerder gespannen verliep. In het evaluatierapport opgemaakt door een externe organisatie wordt in de algemene eindbeoordeling zonder omwegen gezegd: *De samenwerking tussen kabinet en departement is ronduit slecht. Hier moet dringend een constructieve oplossing voor gezocht worden.*

Wanneer de wetgever voorziet in het toekennen van de ontslagbevoegdheid aan de Vlaamse regering als collegiaal orgaan, dan heeft men, door een collegiaal overwegen van een ontslag als norm te stellen, uiteraard willen vermijden dat een dergelijke belangrijke beslissing enkel zou afhangen van de vakminister, die in deze een moeilijke persoonlijke verhouding met de heer A had.

De minister had haar voorstel in een schriftelijke nota voor de collega's voorbereid, maar in het kader van een goed bestuur mag men verwachten dat ook de opmerkingen van de betrokkene in de voorbereiding en in de eindbeslissing zouden worden meegenomen, temeer daar na de vaststelling van de professionele tekortkoming ook nog diende te worden afgewogen of hierdoor de samenwerking onmiddellijk onmogelijk was.

12. Partijen twisten over de vraag of er bij een ontslag wegens dringende reden van een contractuele werknemer in overheidsdienst een verplichting bestaat om voorafgaand de betrokkene te horen.

Ook de rechtsleer en rechtspraak zijn hierover verdeeld; men stelt zich daarbij de vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarin begrepen het hoorrecht, van toepassing zijn in een contractuele arbeidsrechtelijke verhouding, waarbinnen niettemin het ontslag een eenzijdige rechtshandeling vormt.

13. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur beogen in eerste instantie een beperking te stellen aan de discretionaire en eenzijdige bevoegdheden waarover de overheid beschikt om haar doelstelling van algemeen belang te behartigen. Zij vormen een tegengewicht voor deze bevoegdheden en zij willen goede ethische gedragsregels opleggen voor iedere handeling of beslissing die met het overheidsoptreden wordt verbonden. Van dit optreden moet immers alleen al om principiële redenen een voorbeeldfunctie uitgaan. (F. Van den Driessche, *Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur*, in *Beginselen van behoorlijk bestuur*, 2006, (ed. M. Van Damme en I. Opdebeek), p. 45, nr.58).

Van daaruit wordt soms voorgehouden dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook door de overheid in acht moeten worden genomen in haar contractuele betrekkingen. (F. Van den Driessche, a.w., p. 51, nr. 67; D. Cuypers, *Over ontslagmotieven, motiveringswet en rechtsmisbruik*, Soc. Kron. 2007, 509-513; R. Janvier, *Een volwaardige tuchtregeling voor contractanten in overheidsdienst*, T.S.R. 2008/2, p. 278 ev.).

Recente rechtsleer wijst er echter op dat een ontslag geen bestuurshandeling is in de strikte zin, omdat het ontslag als beëindiging van een contractuele relatie niet bekleed wordt met de onmiddellijke uitvoerbaarheid van een overheidshandeling, het zgn. *privilège du préalable*. (A. De Becker, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Die Keure, 2007, Administratieve rechtsbibliotheek; K. Salomez, *Ontslag van contractanten in overheidsdienst, publiekrecht of privaatrecht?* R.W. 2008-09, 1481-1485).

W. Rauws neemt hierbij een tussenpositie in en erkent dat de vraag of de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn op de arbeidsverhouding van contractuelen bij de overheid, een moeilijke kwestie is, maar hij opteert voor een *voorzichtige rechtstreekse* toepassing van deze beginselen. (W. Rauws, *Aansprakelijkheids- en tucht regeling voor contractuelen bij de overheid in Contractuele tewerkstelling in de overheid* (ed. M. De Vos en I. Plets) Die Keure, 2005, 161-163).

14. Bezien vanuit het arbeidsrecht, dient men vast te stellen dat ook artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet geen verplichting oplegt om voorafgaandelijk de werknemer te horen bij een ontslag om dringende reden. (Arbh. Luik, 5 augustus 2008, JTT 2009, 14).

Niettemin erkent het Hof van Cassatie dat het horen relevant kan zijn in bepaalde omstandigheden (Cass. 14 oktober 1996, JTT 1996, 500; Cass. 5 november 1990, JTT 1991, 155); het horen van de werknemer wordt in deze rechtspraak verbonden met de vraag of de werkgever voldoende zekerheid en kennis heeft over de dringende reden en laat de drie werkdagetermijn slechts aanvangen na een eventueel verhoor.

Bepaalde rechtspraak heeft een hoorplicht willen afleiden uit het Verdrag nr. 158 van de Internationale arbeidsorganisatie, maar dit verdrag werd door ons land niet geratificeerd en om die reden beschouwt men het hoorrecht enkel als een morele plicht. (Arbrb. Brussel 20 februari 1992, Soc. Kron. 1993, 86; Arbh. Brussel 14 augustus 1986, Soc. Kron. 1986, 227) Aldus zou het miskennen ervan aanleiding kunnen zijn tot rechtsmisbruik. (D. Cuypers, *Over ontslagmotieven, motiveringswet en rechtsmisbruik*, Soc. Kron. 2007, 509-513).

15. Ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijke formele norm, die een hoorplicht oplegt bij een ontslag om dringende reden, illustreert deze zaak dat het horen niet alleen nuttig kan zijn voor het verwerven van een voldoende kennis over de materiële feiten - wat in deze zaak niet echt aan de orde is, omdat het artikel in Le Soir en de online petitie niet kunnen worden ontkend -, maar dat het horen zeer nodig kan zijn, wanneer men een objectieve afweging wil maken rond de zwaarwichtigheid van de ingeroepen dringende reden.

Alhoewel een ontslag een eenzijdige rechtshandeling is, is een ontslag om dringende reden enkel mogelijk bij een ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen werkgever en werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt.

Uit deze definitie vloeit voort dat de kwaliteit (of het volledig ontbreken ervan) van de samenwerking tussen werkgever en werknemer moet getoetst worden. Het eenzijdig karakter van het ontslag neemt immers geenszins weg dat een ontslag om dringende reden nauw verbonden is met de wederzijdse contractuele verhouding, zodat de vraag rond het hoorrecht moet worden gezien vanuit artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet.

Bij de toetsing van de kwaliteit (van de samenwerking werkgever – werknemer) dient men een zo groot mogelijke objectiviteit na te streven.

In deze zaak lag de samenwerking tussen de heer A en minister Moerman reeds moeilijk, los van de ingeroepen dringende reden. De ontslagbevoegdheid

berustte echter niet bij de vakminister maar bij de voltallige Vlaamse regering als collegiaal orgaan.

Wanneer men in die omstandigheden beslist tot een ontslag om dringende reden, enkel voortgaande op het aangeven van de vakminister, met wie de betrokkene in een moeilijke verhouding lag, dan komt men niet tot de noodzakelijke objectieve toetsing en loopt men het risico om te blijven hangen in het subjectieve aanvoelen.

Uit het uittreksel van de beslissing van de Vlaamse regering van 14 september 2007 (punt 34) blijkt dat de beslissing enkel gesteund was op de nota van minister M en dat men verder geen onderzoek gedaan heeft naar de motieven en beweegredenen van de heer A zelf.

In randnummer 10 werd vastgesteld dat de ingeroepen feiten, alhoewel foutief, onvoldoende zwaarwichtig zijn om tot een ontslag om dringende reden te besluiten; men had de noodzakelijke afweging van de situatie van de heer A in zijn contractuele relatie met zijn werkgever verder kunnen objectiveren door de heer A te horen en kennis te nemen van zijn standpunt. Hierbij had de voltallige regering niet alleen de zwaarwichtigheid kunnen evalueren, maar ook kunnen nagaan of er geen andere maatregelen dan een onmiddellijk ontslag mogelijk waren.

Zo had men bv. de deontologische regels in verband met het optreden naar de pers kunnen scherp stellen door ondubbelzinnig duidelijk te maken dat men zijn kritiek enkel in persoonlijke naam uit, waardoor de dubbelzinnigheid na het stilzwijgen over het artikel in De Tijd voor de toekomst zou zijn weggenomen.

16. Aangezien het horen door artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet niet formeel en verplichtend opgelegd wordt, staat het aan de Vlaamse regering om te kiezen welke middelen zij hanteert om tot een objectieve afweging van de zwaarwichtigheid van de ingeroepen dringende reden te komen.

De werkgever dient echter een voldoende zekerheid te hebben, niet alleen over de feiten zelf maar ook over de vraag of deze feiten de samenwerking onmiddellijk onmogelijk maken.

Wanneer de werkgever meent dat hij hierbij het standpunt van de betrokkene niet meer daadwerkelijk hoeft te vernemen, dan dient hij alleszins over andere objectieve elementen te beschikken over de volledig teloorgegangene kwaliteit van de samenwerking. Het is daarbij zeer riskant om enkel voort te gaan op het eigen subjectieve aanvoelen. Een reflectie over het standpunt van de andere leidt tot een objectivering van de zwaarte van de professionele tekortkoming, wat in een volwassen samenwerking onontbeerlijk is.

Ook uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt dat de werkgever voldoende zekerheid moet nastreven over alle elementen van de dringende reden.

Reeds in het arrest van 5 november 1990 (JTT 1991, 155) werd geoordeeld dat ongeacht het resultaat dat voorafgaand verhoor een maatregel kan zijn waardoor de werkgever in staat wordt gesteld zodanige zekerheid te verkrijgen.

In het arrest van 14 oktober 1996 (JTT 1996, 500) werd geoordeeld dat uit de omstandigheid dat het ontslag wegens dringende reden na een onderhoud over gegevens die de werkgever reeds kende, niet kan afgeleid worden dat deze toen

reeds beschikte over alle vereiste beoordelingselementen om met kennis van zaken een beslissing te nemen.

Ontslag om een dringende reden mag niet meer zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn worden gegeven, wanneer het feit ter rechtvaardiging ervan sedert ten minste drie werkdagen bekend is aan de partij die zich hierop beroept; uit die regel volgt niet dat het onderzoek dat de werkgever beveelt om over het aangevoerde feit voldoende zekerheid voor zijn overtuiging te verkrijgen, en tevens tegenover de andere partij en het gerecht, onverwijld moet worden aangevat en snel moet worden gevoerd. (Cass. 17 januari 2005, JTT 2005, 137, R.W. 2006-07, 1237; Soc. Kron. 2005, 207; zie ook Cass. 25 april 1988, JTT 1989, 81; R.W. 1988-89, 536).

17. Ingevolge artikel V.9 van het Raamstatuut wordt de secretaris-generaal die reeds ambtenaar is bij de diensten van de Vlaamse overheid aangewezen in het mandaat bij eenzijdige administratieve rechtshandeling; in de andere gevallen wordt de secretaris-generaal in dienst genomen met een arbeidscontract van onbepaalde duur. (Dit laatste was het geval voor de heer A)

Indien de overheid een einde zou willen maken aan de aanstelling van een ambtenaar als secretaris-generaal, dan dient zij, gelet op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, op straffe van vernietiging door de Raad van State, de betrokkene alleszins voorafgaandelijk te horen.

De zorg voor gelijkheid en niet discriminatie nopen de overheid ertoe om bij een ontslag van een secretaris-generaal, tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst, een voldoende gelijkwaardige rechtsbescherming na te streven.

Immers, ook al zijn de rechtspositie van een ambtenaar en deze van een bediende niet volledig vergelijkbaar, toch leiden de artikelen V. 11 tot en met V. 17 van het Raamstatuut ertoe dat een secretaris-generaal, aangesteld bij eenzijdige administratieve rechtshandeling en een secretaris-generaal, aangeworven bij arbeidsovereenkomst, in dezelfde arbeidsvoorwaarden tewerkgesteld zijn en dat op hen dezelfde regels van evaluatie, einde en hernieuwing van de functie van toepassing zijn.

18. Uit artikel XI.11 van het Raamstatuut volgt niettemin dat de contractuelen ontslagen worden door de indienstnemende overheid overeenkomstig het arbeidsrecht.

Vanuit het administratief recht en het arbeidsrecht zijn verschillende regels van toepassing in verband met de sancties, die kunnen voortvloeien bij het nalaten om kennis te nemen van het standpunt van de betrokkene bij het beëindigen van de tewerkstelling.

In het administratief recht zal de sanctie de nietigheid zijn, met eventuele schadeherstel dat voortvloeit uit de nietigheid;

Bij de onregelmatige beëindiging van een contractuele tewerkstelling, blijft het ontslag alleszins bestaan en zal de werkgever een opzeggingsvergoeding verschuldigd zijn die gelijk is aan het lopende loon dat overeenstemt hetzij met de duur van de opzeggingstermijn hetzij met het resterend gedeelte van die termijn.

Een onzorgvuldige afweging, verklaarbaar door het ontbreken van verhoor van de betrokkene, wordt arbeidsrechtelijk dus gesanctioneerd door de toekenning van een opzeggingsvergoeding.

Einde van de arbeidsovereenkomst versus einde mandaat.

19. Uit artikel XI.11 juncto V. 9 §1 van het Raamstatuut vloeit tevens voort dat bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een secretaris-generaal diens mandaat een einde neemt en dit ongeacht de bepaling van artikel V.14 van dit statuut.

Deze laatste bepaling heeft enkel betrekking op de beëindiging van het mandaat, terwijl de tewerkstelling voortduurt.

In het geval de functie van secretaris-generaal wordt uitgeoefend binnen een arbeidsovereenkomst, brengt de beëindiging van dit arbeidscontract tevens de beëindiging van het mandaat met zich mee. Immers het ontslag houdt in dat de tewerkstelling niet kan voortduren. Artikel V.9 §1 houdt in dat men voor het uitoefenen van de mandaatfunctie, behoudens statutaire aanstelling, moet in dienst zijn met een arbeidscontract van onbepaalde duur.

Aangezien artikel XI. 11 van het Raamstatuut het ontslag van een secretaris-generaal overeenkomstig het arbeidsrecht mogelijk maakt, voldoet hij in dat geval niet meer aan de voorwaarden van artikel V.9 §1 van het Raamstatuut, zodat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tevens het einde van het mandaat inhoudt.

Ten onrechte vordert de heer A naast de hem toekomende opzeggingsvergoeding dan ook een bijkomende vergoeding wegens de beëindiging van dit mandaat.

De overige door partijen ingeroepen elementen kunnen aan de beoordeling van het ontslag om dringende reden en de eruit voortvloeiende beëindiging van het mandaat van de heer A , geen afbreuk doen.

De opzeggingsvergoeding

20. Daar de dringende reden niet aanvaard wordt, heeft de heer A t recht op een opzeggingsvergoeding, die gelijk is aan het lopende loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn.

De opzeggingstermijn bij toepassing van artikel 82 § 3 van de arbeidsovereenkomstenwet wordt door de rechter bepaald met inachtneming van de op het tijdstip van de kennisgeving van beëindiging van een overeenkomst bestaande kans om een gelijkwaardige betrekking te vinden en dit rekening houdend met de anciënniteit, de leeftijd van de werknemer, de uitgeoefende functie en het loon volgens de gegevens eigen aan de zaak (Cass., 8 september 1980, Arr. Cass., 1980-1981, 17; Cass., 17 september 1975, T.S.R. 1976, 14; Cass., 3 februari 1986, JTT 1987, 58; Cass., 4 februari 1991, R.W. 1990-1991, 1407) en met inachtneming van de wederzijdse belangen van partijen (Cass., 19 januari 1977, Arr. Cass. 1977,5 161; Cass., 9 mei 1994, Soc. Kron. 1994,2 153).

Het Grondwettelijk Hof heeft in het arrest 54/2010 van 12 mei 2010, uitgaande van de parlementaire voorbereiding van voormelde wetbepaling (ov. B.3), gepreciseerd dat de wetgever eveneens de trouw van de werknemer aan de onderneming heeft

willen belonen door bij de berekening van de opzeggingstermijn rekening te houden met de anciënniteit die hij verworven heeft bij de werkgever die hem zijn opzegging heeft gegeven. (ov. B.5.1)

21. De partijen geven een andere invulling aan de anciënniteit van de heer A. De heer A. zelf spreekt over een anciënniteit van 3 jaar, uitgaande van een tewerkstelling sedert 1 september 2004, terwijl de Vlaamse regering spreekt over een anciënniteit van amper 1 jaar in de enkele functie van secretaris-generaal.

De heer A. neemt terecht zijn tewerkstelling als kabinetschef bij minister Moerman mee in aanmerking.

Uit het hierboven aangehaalde arrest van het Grondwettelijk Hof van 12 mei 2010 volgt immers dat de eerder gepresteerde perioden bij dezelfde werkgever voor de anciënniteit mee in aanmerking moeten worden genomen, ongeacht of deze in de vorm van een arbeidsovereenkomst of onder statuut zijn gepresteerd.

Overigens beoogt het begrip "zelfde werkgever" in artikel 82 van de arbeidsovereenkomstenwet immers de aansluitende tewerkstelling bij een zelfde onderneming, ongeacht de wijziging van haar juridische aard. (Cass. 15 april 1985, JTT 1985, 356) of ook ongeacht het feit dat de tewerkstelling wordt uitgevoerd ingevolge verschillende arbeidsovereenkomsten (Cass. 10 maart 1986, JTT 1987, 58; Cass. 29 oktober 1990, JTT 1991, 163).

22. Partijen hebben bovendien discussie over de begroting van het jaarloon.

Geïntimeerde verwijst terecht voor de berekening van het vakantiegeld, de eindejaarstoelagen en de maaltijdcheques naar de overeenkomstige bepalingen van het Raamstatuut. De niet nader gepreciseerde opgave van de heer A. kan niet worden weerhouden, gelet op de door stukken gestaafde precisering van het jaarloon door de Vlaamse Gemeenschap.

De heer A. brengt evenmin gegevens voor in verband met de waarde van het voordeel van het privaat gebruik van de dienstwagen, waarvan hij niet preciseert over welke wagen het gaat en hij brengt evenmin gegevens voor omtrent de mate van het privaat gebruik van de GSM, zodat de raming van de Vlaamse Gemeenschap op € 4.200 dient te worden aanvaard.

Het jaarloon begroot zich dan ook als volgt:

vaste wedde € 7.543,58 + € 2315 = € 9.858,58 x 12	€ 118.302
Vakantiegeld € 7.543,58 x 92%	€ 6.940
Eindejaarstoelagen € 7.543,58 x 53%	€ 3998
Voordelen in natura 350 x 12	€ 4200
Maaltijdcheques 211 x € 2,50	€ 527
Totaal	€ 133.968

De heer A. (° 5 november 1960) had derhalve op het ogenblik van het ontslag de leeftijd van 46 jaar en 10 maanden; zijn anciënniteit bedroeg 3,5 jaar; zijn jaarloon beliep € 133.968,64 en hij had de functie van secretaris-generaal, die hem een groot netwerk bezorgde, zodat een dergelijke mandaatfunctie de kansen om spoedig een

gelijkwaardige betrekking te vinden vergemakkelijkte. Rekening houdend met deze elementen, kan de kans voor de heer A : om spoedig een gelijkwaardige betrekking te vinden worden geraamd op 4 maanden.

Hij had derhalve recht op een opzeggingsvergoeding van € 133.968,64 x 4/12 = € 44.656,21.

De wettelijke en gerechtelijke intresten op dit bedrag dienen te worden aangerekend op de brutobedragen, gelet op artikel 10 van de loonbeschermingswet van 10 april 1965, zoals gewijzigd door artikel 82 van de wet van 26 juni 2002 betreffende de sluiting van ondernemingen en de artikelen 1 en 2 van het K.B. van 3 juli 2005, zoals bekrachtigd door de wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen.

Het Grondwettelijk Hof bevestigde in antwoord op een prejudiciële vraag van het Arbeidshof Gent van 12 juni 2009 in haar arrest 26/2010 van 17 maart 2010 dat het gewijzigde artikel 10 van de loonbeschermingswet geen schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet inhield.

De overige door de partijen ingeroepen elementen kunnen aan bovenstaande beoordeling geen afbreuk doen.

In de in dit randnummer vermelde mate is het hoger beroep van de heer A wat betreft dit onderdeel gegrond.

Misbruik van ontslagrecht

23. Zoals van elk recht kan ook van het ontslagrecht misbruik worden gemaakt.

Anders dan voor werklieden, voor wie artikel 63 van de arbeidsovereenkomstwet geldt, bestaat voor bedienden geen vergelijkbare uitdrukkelijke wetsbepaling, maar dit verhindert niet dat het misbruik van ontslagrecht kan worden ingeroepen, wanneer er een kennelijk misbruik is waarbij de regel van artikel 1134,3de lid van het Burgerlijk Wetboek ernstig wordt geschonden; op basis van deze bepaling moeten overeenkomsten te goeder trouw worden uitgevoerd. (cfr. Cassatie, 19 september 1983, R.W. 1983-1984, 1480).

Rechtsmisbruik in verband met het ontslag vloeit dan ook voort uit de uitoefening van dit recht op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van het ontslagrecht door een voorzichtig en bedachtzaam werkgever (Cassatie, 12 december 2005, JTT 2006, 155).

De opzeggingsvergoeding heeft bovendien een forfaitair karakter en dekt de volledige schade die door het ontslag werd veroorzaakt, zowel de materiële als de morele schade (Cass., 7 mei 2001, JTT 2001, 410).

Gelet op het forfaitair karakter van de opzeggingsvergoeding kan een vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht slechts worden toegekend voor andere schade dan deze die voortvloeit uit het verlies van de dienstbetrekking, m.a.w. voor schade die niet veroorzaakt is door het ontslag zelf, maar door met het ontslag gepaard gaande omstandigheden (Cass., 26 september 2005, Soc. Kron. 2006, 69).

24. In randnummer 7 werd vastgesteld dat de heer A : bij zijn interview aan Le Soir van 10 september 2007 zich schuldig maakte aan een professionele en deontologische tekortkoming. Zijn ontslag om dringende reden, waarvan de feiten door het hof als onvoldoende zwaarwichtig worden beoordeeld, was onder meer op deze tekortkoming gesteund.

De heer A. houdt voor dat geïntimeerde bij dit ontslag het Protocol van 4 juli 2005 tot de regeling van de bescherming van de klokkenluiders niet in acht heeft genomen, waardoor het ontslag rechtsmisbruik uitmaakt.

Op grond van artikel 5 van dit protocol kan de bevoegde overheid tijdens de beschermingsperiode ten aanzien van het personeelslid slechts tuchtstraffen of andere openlijke en verdoken maatregelen nemen voor zover deze geen verband houden met de melding van de onregelmatigheid.

Onder *onregelmatigheid* wordt verstaan: *een nalatigheid, misbruik of misdrijf, zoals bepaald in en gemeld volgens de voorwaarden van artikel 3 §2 van het ombuds-decreet.*

De heer A. verwijst hiervoor naar zijn klacht van 20 december 2006 in verband met de gunning van overheidsopdrachten, waarvoor hij bij schrijven van de ombudsman van 2 maart 2007 onder diens bescherming werd gesteld wegens de melding van deze onregelmatigheid.

Noch de professionele tekortkoming van de heer A. in verband met de publicatie van zijn interview in Le Soir, noch de overige elementen die ter sprake gebracht worden in de ontslagbrief dringende reden van 14 september 2007 houden verband met de regels in verband met de gunning van overheidsopdrachten en de melding van een mogelijke onregelmatigheid m.b.t. deze regels aan de ombudsman.

In randnummer 10 heeft het hof reeds gesteld dat de Vlaamse regering de deontologische tekortkomingen van de heer A. niet over haar kant moest laten gaan, maar dat wel van haar mocht verwacht worden dat zij hiervoor geëigende maatregelen nam. Dit houdt in dat de Vlaamse regering, ongeacht het Protocol van 4 juli 2005 tot de regeling van de bescherming van de klokkenluiders, gerechtigd was om maatregelen te nemen in verband met deze tekortkomingen van haar secretaris-generaal. Ten onrechte beschouwt de heer A. een dergelijke tussenkomst dan ook als represaille.

Wel wijst de heer A. er terecht op dat ingevolge artikel 6 van het protocol de overheid in de motivering van haar maatregel moet aangeven waarom deze geen verband houdt met de melding van de onregelmatigheid.

Hieraan werd niet voldaan, zoals overigens ook werd opgemerkt door de ombudsman in zijn brieven van 3 oktober 2007 aan de minister-president en aan de vakminister.

Gelet echter op het feit dat het klokkenluiderstatuut niet materieel geschonden werd, toont de heer A. geen bijzondere schade aan in oorzakelijk verband met deze formele nalatigheid.

In randnummer 18 werd geoordeeld dat de schade die de heer A. zou kunnen lijden omdat de Vlaamse regering een onvoldoende afweging heeft gemaakt in verband met de zwaarwichtigheid van zijn tekortkoming, begrepen is in de opzeggingsvergoeding, die de volledige schade dekt die het gevolg is van het ontslag, zowel op materieel als moreel vlak.

Het hoger beroep van de heer A. in verband met het onderdeel rechtsmisbruik is dan ook ongegrond.

Reputatieschade

25. De heer A vraagt een bijkomende schadevergoeding van € 125.000 voor reputatieschade.

Ten onrechte verwijt hij aan de Vlaamse regering dat ze hem niet bij voorrang zou hebben ingelicht omtrent zijn ontslag.

Door het ontslag dezelfde avond van de beslissing nog via gerechtsdeurwaarder aan hem te betekenen heeft de Vlaamse regering de snelste wijze van communicatie gekozen. Indien anderen hun professionele discretieplicht zouden hebben geschonden via SMS-jes, dan wijst dit niet op een contractuele of quasi-delictuele fout van de Vlaamse overheid.

Het behoeden van de eigen reputatie vertrekt in eerste instantie vanuit een correcte professionele opstelling van de persoon zelf, waarbij de betrokkene een evenwicht dient na te streven met de professionele loyaleiteit en de naleving van de deontologische regels op dit punt. Het is op dit vlak dat de heer A in de fout is gegaan, zoals ontwikkeld werd in randnummer 7.

Ten onrechte verwijt de heer Aernoudt aan de Vlaamse regering dat zij in het Vlaams Parlement uitleg gegeven heeft over de professionele opstelling van de heer A en de resultaten van een audit -rapport. De eerste communicatiepartner van de Vlaamse regering als uitvoerende macht, is immers het parlement, zijnde de wetgevende macht, die als taak heeft de Vlaamse regering te controleren en te bevragen. Als secretaris-generaal is de heer A voldoende op de hoogte van het feit dat er in deze verhouding vrijheid van spreken geldt.

Waar de heer A zich in het artikel in Le Soir zelf aangediend heeft als secretaris-generaal en dit niet heeft tegengesproken of gecensureerd, is hij slecht geplaatst om aan de Vlaamse regering te verwijten dat deze over de uitvoering van zijn professionele opdracht met het Vlaamse Parlement communiceert.

Dergelijke uitwisseling is niet foutief en kan niet tot schade voor de heer A leiden.

Zijn hoger beroep is op dit punt ongegrond.

Samenvatting en verdeling van de gerechtskosten.

26. Door in een interview in Le Soir als secretaris-generaal kritiek te uiten op een door de Vlaamse regering genomen beslissing, zonder duidelijk te maken dat hij deze kritiek uitte in persoonlijke naam, heeft de heer A een professionele fout gemaakt, die in de gegeven omstandigheden echter onvoldoende zwaarwichtig is om tot een ontslag om dringende reden te leiden, temeer daar de Vlaamse Regering bij een vorig en explicieter persartikel op geen enkele wijze had ingeroepen dat dit de samenwerking in het gedrang kon brengen.

De Vlaamse Regering diende een afweging te maken of door deze professionele fout de samenwerking onmiddellijk onmogelijk was en zij diende daarbij, gelet op de gespannen verhouding tussen de heer Aernoudt en de

vakminister M zich niet enkel te steunen op de voorstelling van de feiten door deze laatste. De Vlaamse Regering had een grotere objectiviteit kunnen bekomen door de heer A te horen en zijn standpunt mee in acht te nemen.

Daar de dringende reden niet wordt aanvaard, heeft de heer A recht op een opzeggingsvergoeding van 4 maanden.

Hij kan geen aanspraak maken op een ruimere schadevergoeding wegens rechtsmisbruik of reputatieschade. Het protocol in verband met de bescherming van klokkenluiders werd niet wezenlijk geschonden. De Vlaamse regering had bovendien het recht om in het Vlaamse Parlement uitleg te geven over het professioneel functioneren van de heer A

Aangezien beide partijen aldus deels in het gelijk en in het ongelijk worden gesteld, dienen de gerechtskosten op grond van artikel 1017, vierde lid Ger. W. te worden omgeslagen in de zin dat elke partij de eigen gerechtskosten draagt. De rechtsplegingsvergoeding kan voor beide partijen worden vastgesteld op het basisbedrag van € 5.000.

OM DEZE REDENEN,

HET ARBEIDSHOF,

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, zoals tot op heden gewijzigd, inzonderheid op artikel 24,

Rechtsprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond,

Vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw rechtdoende,

Veroordeelt de Vlaamse Gemeenschap tot betaling aan de heer A van een opzeggingsvergoeding van € 44.656,21, te vermeerderen met de wettelijke en gerechtelijke intresten op bruto vanaf 14 oktober 2007.

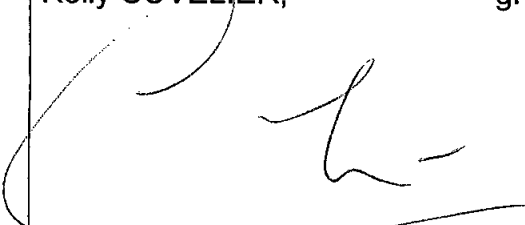
Wijst al het meergevorderde af.

Compenseert de gerechtskosten in de zin dat elke partij zijn eigen kosten draagt, hierbij de rechtsplegingsvergoeding aan de zijde van elke partij voor iedere aanleg gelijkelijk begroot op € 5.000.

Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel,

Lieven LENAERTS,
Paul DEPRETER,
Roger VANDENPUT,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

raadsheer,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
griffier.



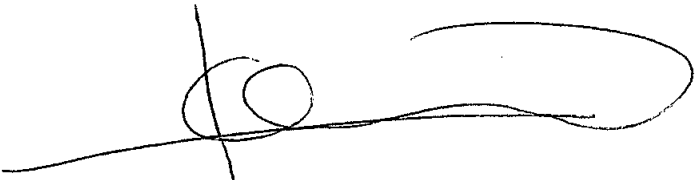
Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



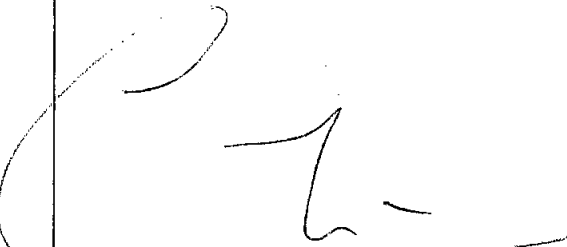
Paul DEPRETER,



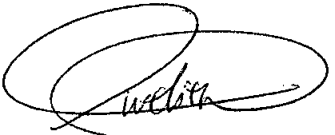
Roger VANDENPUT.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 3 september 2010 door:

Lieven LENAERTS, raadsheer,
bijgestaan door
Kelly CUVELIER, griffier.



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.