

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 132.557 van 17 juni 2004
in de zaak A. 76.172/XII-639.**

In zake : Odrada JEHOUL,
wonende te Aarschot-Langdorp,
Franselinestraat 26

tegen :

de STAD AARSCHOT,
die woonplaats kiest bij
advocaat B. Van Tongelen,
kantoor houdende te Aarschot,
Statiestraat 2.

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

Gezien het verzoekschrift dat Odrada Jehoul op 28 oktober 1997 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Aarschot dd. 28.08.1997 en van de bekrachtiging door de Gemeenteraad dd. 23.10.1997 tot tijdelijke aanstelling van mevr. Verlinden Anja, [...] als deeltijds lerares AV Lichamelijke Opvoeding in SO3 BSO SIMA (Stedelijk Instituut Meisjes Aarschot)” en van “de impliciete weigering tot aanstelling van vertoogster voor deze functie”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur-afdelingshoofd R. Van Der Gucht;

Gelet op de beschikking van 10 juni 1999 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memorie van verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 19 april 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 mei 2004;

Gehoord het verslag van staatsraad G. van Haegendoren;

Gehoord de opmerkingen van advocaat T. Van Aerschot, die verschijnt voor verzoekster, en van advocaat B. Van Tongelen, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur-afdelingshoofd R. Van Der Gucht;

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

Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat verzoekster sinds 1983 les geeft in verschillende scholen bij wijze van tijdelijke aanstelling; dat zij sinds 5 januari 1993 meermaals, zij het niet doorlopend, wordt aangesteld als deeltijds lerares lichamelijke opvoeding aan het Stedelijk Instituut voor Technische Beroepen SIMA te Aarschot; dat zij bij beslissing van het schepencollege van 9 januari 1997 met ingang van 6 januari 1997 tot het einde van het ziekteverlof van Dora Van Doorne en uiterlijk tot 30 juni 1997 voor 10/20 u/w in voornoemde hoedanigheid wordt aangesteld;

Overwegende dat verzoekster bij ter post aangetekende brief van 3 juli 1997 solliciteert voor een nieuwe aanstelling als licentiate lichamelijke opvoeding; dat haar sollicitatiebrief als volgt is geformuleerd :

“Voor het schooljaar 1997-1998 zou ik graag in aanmerking komen voor een mogelijke vacature of interim als licentiate lichamelijke opvoeding.

Hierbij voeg ik mijn curriculum vitae met de nodige informatie.

Ik hoop dat U deze sollicitatie in gunstige overweging zult nemen”;

Overwegende dat bij beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 28 augustus 1997 Anja Verlinden tijdelijk wordt aangesteld, beslissing die als volgt wordt geformuleerd :

“BESLUIT:

Art.1.-

Aan het Stedelijk Instituut voor Technische Beroepen SIMA, gevestigd Leuvensestraat 146 te 3200 Aarschot, wordt m.i.v. 01.09.1997 tot het einde van het ziekteverlof van mevrouw D. Van Doorne en hoogstens tot 30.06.1998 aangesteld als tijdelijk deeltijds lerares voor 10/20 u/w AV Lichamelijke Opvoeding in SO3 BSO mevrouw Verlinden Anja, [...]”;

Overwegende dat voornoemde beslissing door de gemeenteraad van Aarschot op 23 oktober 1997 wordt bekrachtigd in volgende bewoordingen :

“Verlinden Anja :

- T.a. als lerares voor 10/20 u/w AV Lichamelijke Opvoeding BSO SO3 tvv Van Doorne Dora, m.i.v. 01.09.1997 voor de duur van het ziekteverlof en hoogstens tot 30.06.1998”;

Over de gegrondheid van het beroep.

Overwegende dat verzoekster in een eerste middel de schending aanvoert van artikel 23, § 1, 1°, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde psycho-medisch-sociale centra (hierna : het rechtspositiedecreet); dat zij doet gelden dat zij in de betrokken instelling vier keer werd aangesteld als lerares lichamelijke opvoeding, dit gespreid over drie schooljaren en in het totaal voor een periode van 387 dagen, dat zij bijgevolg voldoet aan de in artikel 23, § 1,

1°, van het rechtspositiedecreet omschreven voorwaarden voor het toepassen van de voorrangsregeling;

Overwegende dat verwerende partij er in de memorie van antwoord op wijst dat verzoekster zich “theoretisch” op de in artikel 23, § 1, 1°, van het rechtspositiedecreet omschreven voorrangsregeling kan beroepen, dat zij echter in tegenstelling tot de overige twee kandidaten de in § 4 van hetzelfde artikel bepaalde voorwaarden niet heeft nageleefd door niet te vermelden dat zij een beroep wenst te doen op voornoemde voorrangsregeling en voor welke instelling of welk centrum zij kandideert, dat het niet-naleven van het in artikel 23, § 4, van het rechtspositiedecreet bepaalde leidt tot het verlies van voorrang, dat Anja Verlinden gespreid over minstens twee schooljaren een dienstanciënniteit van 286,8 dagen (239 dagen x 1,2) heeft verworven zodat zij zich op de voorrangsregel kan beroepen, dat de uren die voorheen aan verzoekster toekwamen aan een derde kandidaat en niet aan Anja Verlinden werden toegewezen, dat de aanstelling van deze derde kandidaat niet wordt bestreden door verzoekster;

Overwegende dat verzoekster in de memorie van wederantwoord repliceert dat verwerende partij niet heeft onderzocht of de kandidaten zich op de voorrangsregeling konden beroepen, dat zij “willekeurig tot tijdelijke aanstelling is overgegaan en dit met miskennen van de rechten van verzoekster”, dat de vereiste anciënniteit dient te zijn verworven in het te begeven ambt, in hoofdambt en bij de betrokken instelling, dat verwerende partij niet heeft opgemerkt dat Anja Verlinden twee fouten maakte bij het berekenen van haar anciënniteit, dat immers enkel de perioden waarin zij als leerkracht lichamelijke opvoeding was tewerkgesteld relevant zijn, zodat de in aanmerking te nemen anciënniteit slechts 226 dagen bedraagt, termijn die daarenboven niet mag worden vermenigvuldigd met 1,2, dat de betrokken periodes zich bovendien in één en hetzelfde schooljaar situeren, zodat Anja Verlinden zich niet kan beroepen op de voorrangsregel, dat verzoekster de tijdelijke aanstelling van de derde kandidaat niet aanvecht aangezien deze, Marc Hendrickx, zich terecht op de voorrangsregel

beriep, dat zowel een licentiate als een regentes lichamelijke opvoeding in aanmerking komen voor de bestreden aanstelling;

Overwegende dat verwerende partij in de laatste memorie dupliceert, voor het eerst, dat in voorliggend geval de in artikel 23, § 1, 1°, van het rechtspositiedecreet omschreven voorrangsregeling niet van toepassing is aangezien § 3 van hetzelfde artikel bepaalt dat deze regeling niet geldt voor een aanstelling die het gevolg is van een afwezigheid van maximaal 97 achtereenvolgende dagen van de titularis van een betrekking, dat zij bij het nemen van de bestreden beslissing over een doktersattest van Dora Van Doorne beschikte dat geldig was voor 61 dagen en dit vanaf 1 september 1997, dat zij niet kon weten of het ziekteverlof al dan niet zou worden verlengd, dat niet enkel het laattijdig kandideren leidt tot het verlies van voorrang, dat van een inrichtende macht niet kan worden verwacht dat in elk individueel geval wordt nagegaan of er al dan niet sprake is van voorrang, dat zowel uit een advies van het “Onderwijssecretariaat van de Steden en Gemeenten van de Vlaamse Gemeenschap VZW”, als uit de parlementaire genese van de tekst blijkt dat artikel 23, § 4, van het rechtspositiedecreet als één geheel moet worden gelezen zodat kandidaten die van de voorrangsregeling gebruik wensen te maken dit uitdrukkelijk dienen te vermelden in hun schrijven en de genoemde dienstattesten moeten bijvoegen, dat verzoekster naliet aan deze voorwaarden te voldoen zodat verwerende partij de kandidaten vrij kon beoordelen;

Overwegende dat artikel 23 van het rechtspositiedecreet in zijn voor deze zaak relevante paragrafen ten tijde van de bestreden beslissing als volgt was geformuleerd :

“ § 1. Voor de tijdelijke aanstellingen hebben voorrang :

1° de kandidaten, in het bezit van het vereiste, het voldoende geacht of ermee gelijkwaardig geacht bekwaamheidsbewijs, die bij de inrichtende macht waar de betrekking te begeven is, in het te begeven ambt minstens 240 dagen dienstanciënniteit hebben in het hoofdambt, gespreid over ten minste twee schooljaren;

2° de kandidaten, in het bezit van het vereiste, voldoende geacht of ermee gelijkwaardig geacht bekwaamheidsbewijs, die bij de inrichtende macht waar de betrekking te begeven is, in om het even welk ambt, 480 dagen dienstanciënniteit hebben in hoofdambt, gespreid over ten minste drie schooljaren. Indien een kandidaat, de hierboven bedoelde 480 dagen dienstanciënniteit nog niet kan bewijzen maar er wel reeds 240 dagen heeft gepresteerd bij deze inrichtende macht dan worden voor het bepalen van deze voorrang bedoeld in punt 2° ook de diensten in aanmerking genomen die de kandidaat heeft gepresteerd bij gesubsidieerde onderwijsinstellingen van andere inrichtende machten die onderwijs verstrekken van hetzelfde karakter en die behoren tot hetzelfde net, en wat de centra betreft bij andere gesubsidieerde centra behorende tot hetzelfde net. De verplichting om met de diensten gepresteerd bij andere inrichtende machten rekening te houden geldt niet wanneer aan deze diensten een einde werd gesteld door een rechtmatig ontslag. Indien het een kandidaat betreft dat nog geen 240 dagen dienstanciënniteit heeft bij die inrichtende macht dan kan deze rekening houden met de diensten gepresteerd bij gesubsidieerde onderwijsinstellingen of centra van andere inrichtende machten.

De inrichtende macht kan slechts onder de kandidaten van de in het eerste lid, 2°, bedoelde groep kiezen indien er geen kandidaten meer zijn die zich in de in het eerste lid, 1°, bedoelde groep bevinden.

Voor het bepalen van de in deze paragraaf bedoelde dienstanciënniteit wordt, in afwijking van artikel 6, a, het aantal gepresteerde dagen niet met 1,2 vermenigvuldigd.

Voor de houders van een voldoende geacht of ermee gelijkwaardig geacht bekwaamheidsbewijs in de onderwijssectoren waarvoor uitvoering werd gegeven aan artikel 12bis, § 2 van de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving worden, voor de toepassing van de hiervoor bedoelde voorrang enkel de diensten in aanmerking genomen in zoverre ze werden gepresteerd in het ambt en voor de leraar in het vak of de specialiteit, waarvoor een beroep wordt gedaan op de voorrang.

§ 2. Diensten waaraan een einde gemaakt is door een ontslag overeenkomstig de artikelen 24 en 25 komen niet in aanmerking voor de berekening van de 240 of 480 dagen dienstanciënniteit bedoeld in § 1, 1° en 2° bij de inrichtende macht die het ontslag gegeven heeft tenzij deze het ontslagen personeelslid weer aanwerft. Deze diensten kunnen voor de toepassing van § 1, 2°, wel in aanmerking komen bij een andere inrichtende macht.

§ 3. De voorrangsregeling geldt voor tijdelijke aanstellingen in vacante en niet-vacante betrekkingen. Zij geldt niet voor een aanstelling ingevolge een korte afwezigheid van de titularis van een betrekking. Als korte afwezigheid

wordt beschouwd een afwezigheid die een periode van 97 achtereenvolgende dagen niet overschrijdt.

§ 4. De kandidaat die een beroep wenst te doen op de voorrangsregeling, moet, op straffe van verlies van zijn voorrang voor het volgende schooljaar, voor 15 juli bij de inrichtende macht kandideren bij een ter post aangetekende brief.

Hij vermeldt zijn bekwaamheidsbewijzen het ambt of de ambten, indien het een leraar betreft het vak en specialiteit, en, in voorkomend geval, de instelling of het centrum waarvoor hij kandideert en legt, ten bewijze van de vereiste dienstanciënniteit, de in artikel 22 bedoelde dienstattesten voor.

De aldus uitgedrukte voorrang geldt voor het volgend schooljaar.

Onverminderd de toepassing van § 7 komen de vast benoemde personeelsleden die een betrekking met onvolledige prestaties in hoofdambt uitoefenen, eveneens in aanmerking voor de toepassing van de in § 1, bedoelde voorrang met het oog op de uitbreiding van hun opdracht tot een betrekking met volledige prestaties in hetzelfde ambt.

Behoudens andersluidende overeenkomst met de inrichtende macht en op straffe van verlies van zijn voorrangsrecht op de aangeboden betrekking, moet de kandidaat die zijn voorrangsrecht doet gelden, die betrekking in haar geheel aanvaarden, zoals de inrichtende macht ze aanbiedt. Deze bepaling is niet van toepassing op de personeelsleden die bij de betrokken inrichtende macht een niet-voltijdse opdracht uitoefenen en deze opdracht bij toepassing van § 1 willen uitbreiden.

§ 5. De anciënniteit wordt vastgesteld op 30 juni voorafgaand aan het schooljaar waarvoor op de voorrang een beroep wordt gedaan, voor het bestuurs- en onderwijzend personeel, het opvoedend hulppersoneel, het paramedisch, het psycho-pedagogisch, het sociaal en medisch personeel en op 31 augustus voorafgaand aan het schooljaar waarvoor op de voorrang een beroep wordt gedaan voor het technisch en administratief personeel.

§ 6 . Op verzoek van de kandidaat die de voorrang van een met toepassing van § 1 aangesteld personeelslid betwist, geeft de inrichtende macht inzage van de door het personeelslid voorgelegde dienstattesten en kandidaatstelling.

§ 7. Onverminderd de bepalingen inzake terbeschikkingstelling, reffectatie en wedertewerkstelling hebben de bij een inrichtende macht in hoofdambt in een onvolledige opdracht vast benoemde personeelsleden voorrang op de kandidaten die bij de inrichtende macht nog geen vaste benoeming hebben, wanneer zij :

- ofwel in het bezit zijn van het vereiste bekwaamheidsbewijs voor de aangeboden prestaties en - wat de personeelsleden van het hoger onderwijs van het korte type en van het hoger kunstonderwijs betreft - zij daarenboven bij dezelfde inrichtende macht vast benoemd werden voor hetzelfde ambt en voor de leraar de vakken of specialiteit als de aangeboden prestaties;

- ofwel in het bezit zijn van een voldoende geacht bekwaamheidsbewijs en zij daarenboven bij dezelfde inrichtende macht vast benoemd werden voor hetzelfde ambt en voor de leraar de vakken of specialiteiten als de aangeboden prestaties.

De personeelsleden die van deze voorrang wensen gebruik te maken dienen dit vóór 15 juli voorafgaand aan het schooljaar, bij aangetekend schrijven, aan de inrichtende macht mee te delen.

Wanneer de betrokken personeelsleden voor de hiervoor vermelde datum niet te kennen geven een beroep te willen doen op deze voorrang dan geldt deze afstand van recht voor een periode van vijf schooljaren. De inrichtende macht kan instemmen met een kortere termijn. Die instemming wordt schriftelijk meegedeeld.

Deze voorrang kan niet worden ingeroepen ten aanzien van tijdelijke personeelsleden die op het ogenblik van het van kracht worden van dit decreet in dienst zijn bij de betrokken inrichtende macht en aan de voorwaarden van artikel 23, § 1, 1°, voldoen.

§ 8. De prioriteit wordt bepaald op de dag waarop de betrekking vrijkomt.[...]”;

Overwegende dat uit artikel 23, § 3, van het rechtspositiedecreet volgt dat de voorrangsregeling niet geldt voor een tijdelijke aanstelling ingeval van afwezigheid van de titularis van een betrekking voor een periode die 97 achtereenvolgende dagen niet overschrijdt; dat zowel uit de bewoordingen van het besluit van 28 augustus 1997 van het college van burgemeester en schepenen, als uit die van het gemeenteraadsbesluit van 23 oktober 1997 niet blijkt dat de betrokken tijdelijke aanstelling in geen geval de 97 dagen zal overschrijden; dat integendeel geen precieze termijn wordt bepaald aangezien de aanstelling gebeurt “voor de duur van het ziekteverlof en hoogstens tot 30.06.1998” zodat het niet onmogelijk is dat de tijdelijke aanstelling langer dan 97 dagen kan duren; dat bovendien het college van burgemeester en schepenen ten tijde van het nemen van het later door de gemeenteraad bekrachtigde besluit tot aanstelling van Anja Verlinden nog geen kennis kon hebben van het doktersattest van Dora Van Doorne waarin haar een afwezigheid wegens ziekte van 61 dagen vanaf 1 september 1997 wordt voorgeschreven, aangezien dit attest dateert van 1 september 1997; dat bijgevolg de in artikel 23, § 1, 1°, van het rechtspositiedecreet omschreven voorrangsregeling in casu wel degelijk van toepassing is;

Overwegende dat verwerende partij in de laatste memorie niet onterecht de parlementaire totstandkoming van de voorrangsregeling in herinnering brengt; dat het voorontwerp van het rechtspositiedecreet voorzag in een voorrangsregeling waarbij een eerste categorie personeelsleden van rechtswege voorrang genoot terwijl een tweede categorie uitdrukkelijk diende te kandideren (Parl. St., Vl. Parl., 1990-91, nr. 471-1, 69); dat de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar advies stelt dat in de memorie van toelichting geen objectieve argumenten worden aangereikt om dit verschil in behandeling te verantwoorden en dat aldus aan de inrichtende machten van het gesubsidieerd onderwijs een last wordt opgelegd waarvoor geen objectieve reden is aangegeven (Parl. St., Vl. Parl., 1990-91, nr. 471-1, 153); dat de Raad van State vervolgens zelf een tekstvoorstel doet; dat die voorgestelde tekst door de decreetgever ongewijzigd is overgenomen; dat de decreetgever in vergelijking met de oorspronkelijke tekst en in het licht van de in voormeld advies gemaakte opmerkingen enkel geacht kan worden, te hebben willen tegemoet komen aan de bezwaren van de Raad van State in verband met de “van rechtswege”, dus zonder uitdrukkelijke kandidaatstelling, toegekende voorrang en, bijgevolg, geen afbreuk heeft willen doen aan de eis dat de kandidaat zélf, op straffe van nietigheid, zijn voorrangsrecht uitdrukkelijk doet gelden; dat dit bovendien blijkt uit artikel 23, § 4, eerste lid, van het rechtspositiedecreet dat luidt “de kandidaat die een beroep wenst te doen op de voorrangsregeling [...]” en het derde lid, waarin sprake is van de “aldus uitgedrukte voorrang”; dat ook die formuleringen een optreden van de kandidaat zelf veronderstelt; dat verzoekster weliswaar tijdig heeft gekandideerd doch dat uit de bewoordingen van haar uiterst bondige sollicitatiebrief en bijgevoegd curriculum vitae niet kan worden afgeleid dat zij zich op bovengenoemde voorrangsregeling wenst te beroepen; dat het middel in die mate niet gegrond is;

Overwegende evenwel dat verzoekster geen ongelijk heeft wanneer zij betoogt dat Anja Verlinden zich evenmin op de voorrangsregeling van artikel 23, § 1, 1°, van het rechtspositiedecreet kan beroepen; dat immers uit het administratief dossier blijkt dat Anja Verlinden als leerkracht lichamelijke

opvoeding niet over de vereiste dienstanciënniteit van 240 dagen beschikt en zij bovendien de in acht te nemen prestaties niet gespreid over ten minste twee schooljaren heeft verricht; dat bijgevolg noch verzoekster, noch Anja Verlinden voornoemde voorrangsregeling kon inroepen; dat artikel 23 van het rechtspositiedecreet binnen een bepaalde categorie kandidaten geen voorrang verleent aan sommigen onder hen of prioritaire rechten inbouwt; dat verwerende partij bijgevolg binnen eenzelfde groep kandidaten in beginsel vrije keuze heeft voor de aanstelling, mits die keuze niet getuigt van willekeur maar gebeurt op grond van een objectieve vergelijking van de titels en verdiensten van de in aanmerking te nemen kandidaten; dat verwerende partij, door verkeerdelijk aan te nemen dat Anja Verlinden zich op de in artikel 23, § 1, 1°, van het rechtspositiedecreet bepaalde voorrangsregeling kon beroepen, heeft nagelaten de titels en verdiensten van twee kandidaten die tot eenzelfde categorie behoren te vergelijken; dat uit het administratief dossier niet blijkt dat de titels en verdiensten van de kandidaten op grond van objectieve en pertinente criteria werden vergeleken; dat het middel in die mate gegrond is;

Overwegende dat verzoekster naast de nietigverklaring van de aanstelling van Anja Verlinden ook die van de hieruit blijkende impliciete weigering haar aan te stellen, vordert; dat bij het bespreken van het eerste middel is gebleken dat verzoekster zich in voorliggend geval niet kon beroepen op de in artikel 23, § 1, 1°, van het rechtspositiedecreet bedoelde voorrangsregeling; dat er bijgevolg in hoofde van verwerende partij geen rechtsplicht bestaat om verzoekster bij voorrang opnieuw aan te stellen; dat het middel in zoverre niet nuttig op de impliciete weigering kan worden betrokken; dat dit wel het geval is in zoverre verzoekster aanvoert dat willekeurig tot aanstelling is overgegaan met miskenning van haar rechten; dat immers de titels en verdiensten van beide kandidaten moeten worden vergeleken als zij in dezelfde groep van gegadigden zijn opgenomen; dat het bestuur, door Anja Verlinden ten onrechte als voorrangsgerechtigde te beschouwen, aan dergelijke vergelijking nooit is toegekomen; dat in die mate ook de bestreden weigering onwettig is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 28 augustus 1997 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Aarschot, bekrachtigd bij raadsbesluit 23 oktober 1997, tot tijdelijke aanstelling van Anja Verlinden als deeltijds lerares AV Lichamelijke Opvoeding in SO3 BSO SIMA (Stedelijk Instituut Meisjes Aarschot) en van de daaruit blijken de impliciete weigering om Odrada Jehoul in diezelfde betrekking aan te stellen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zeventien juni 2004, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH. D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
J. LUST,	staatsraad,
G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr. S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.