

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 197.775 van 13 november 2009
in de zaak A. 159.193/XII-4354.**

In zake : Maria VIAENE,
wonende te Deurne,
Antoon Van Den Bosschelaan 2

tegen :

het GEMEENSCHAPSONDERWIJS,
vertegenwoordigd door de scholengroep 1 Antwerpen,
dat woonplaats kiest bij
advocaat M. Stommels,
kantoor houdende te Antwerpen,
Amerikalei 220, bus 14.

--

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

Gezien het verzoekschrift dat Maria Viaene op 14 januari 2005
heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- “- de beslissing van onbekende datum om verzoeksters kandidatuur voor beide hiernavolgende vacatures bij het CVO Deurne Antwerpen (onderdeel van Scholengroep 1 Antwerpen) niet meer in aanmerking te nemen
- Leraar TV - SO (OSP) 1,5u Internet nr. 260.010
- Leraar TV - SO (OSP) 1,5u Internet nr. 260.011
- de beslissing van onbekende datum om een andere kandidaat in deze betrekkingen te benoemen op basis van artikel 40^{ter} van het Decreet van 27.03.1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het gemeenschapsonderwijs (DRP)
- de impliciete weigering om ondergetekende in beide voormelde betrekkingen vast te benoemen op basis van haar voorrangsrecht voor uitbreiding vaste benoeming zoals voorzien in artikel 36^{bis} van het DRP”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

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

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien
de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 11 augustus 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 oktober 2009;

Gehoord het verslag van staatsraad G. van Haegendoren;

Gehoord de opmerkingen van advocaat I. Martens, die verschijnt voor verzoekster, en van advocaat J. Fransen, die loco advocaat M. Stommels verschijnt voor verwerende partij;

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

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1.1. Verzoekster is sedert 1 januari 2001 voor 9 u. vast benoemd in het ambt van leraar SO-OSP toegepaste informatica aan het CVO Deurne-Antwerpen, dat behoort tot de scholengroep 1 van het Gemeenschapsonderwijs.

Bovendien is zij sedert 1 januari 2004 ook nog voor 1,5 u. vast benoemd als leraar tekstverwerking (TSO 3) aan diezelfde instelling.

1.2. Met het oog op vaste benoeming met ingang van 1 januari 2005 worden volgende betrekkingen in het CVO Deurne-Antwerpen vacant verklaard :
- leraar TV-SO (OSP) 1,5 u. Internet nr. 260.010
- leraar TV-SO (OSP) 1,5 u. Internet nr. 260.011.

Op 16 juni 2004 dient verzoekster een aanvraag in voor benoeming in de bedoelde betrekkingen.

1.3. Bij schrijven van 15 november 2004 geeft de directeur van het CVO aan verzoekster te kennen :

“Hierbij wens ik u in kennis te stellen dat voor beide vacatures [260.010 en 260.011] een kandidaat een vaste benoeming aanvraagt in toepassing van art. 40^{ter} DRP. Vermits deze aanvraag prioriteit geniet, komt u niet meer in aanmerking voor deze vacatures”.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

1.4. Op 22 december 2004 beslist de raad van bestuur van scholengroep 1 om Adrienne (ook : Suzy) Van Nespen in de in geding staande betrekkingen te benoemen.

Op 24 december 2004 tekent verzoekster bezwaar aan tegen de benoeming van A. Van Nespen. Zij doet gelden als vastbenoemde voorrang te hebben op A. Van Nespen.

Op 14 januari 2005 dient verzoekster voorliggend annulatieberoep in.

1.5. Op 25 januari 2005 beslist de raad van bestuur de voornoemde benoemingsbeslissing in te trekken, met als motief :

“bij de toewijzing van de betrekking zijn mogelijks vormfouten gebeurd, waardoor een andere kandidaat eventueel zou kunnen in beroep gaan tegen de beslissing om de betrekking toe te wijzen aan Mevr. Van Nespen”.

Bij ter post aangetekend schrijven van 28 januari 2005 wordt de voornoemde intrekkingbeslissing zowel aan verzoekster als aan A. Van Nespen medegedeeld.

Als motief hiervoor wordt -enkel- in het schrijven aan A. Van Nespen opgegeven :

“Deze beslissing is genomen op grond van art. 36^{bis}, dat voorrang geeft aan gedeeltelijk vastbenoemde personeelsleden t.o.v. volledig tijdelijke personeelsleden, als het gaat over vacant verklaarde betrekkingen, zoals in dit geval (206.010 en 206.011 van het witboek)”.

1.6. Op 8 maart 2005 schrijft verzoeksters vakorganisatie de verwerende partij aan. Vastgesteld wordt dat ingevolge de intrekking van de benoeming van A. Van Nespen, het beroep in die mate zonder voorwerp wordt maar dat het anders is wat de overige aangevochten beslissingen betreft. Gevraagd wordt

de procedure te hernemen waar ze is fout gelopen, wat voor bedoelde vakorganisatie betekent dat de kandidatuur van verzoekster wel in aanmerking wordt genomen en dat haar voorrangsrecht op uitbreiding van vaste benoeming wordt gehonoreerd.

Op 21 maart 2005 antwoordt de algemeen directeur van de scholengroep dat de uren ten onrechte vacant werden verklaard, dat ze gereserveerd moesten worden voor het personeelslid dat een beroep kan doen op artikel 40ter van het decreet van 27 maart 1991 rechtspositie personeelsleden gemeenschapsonderwijs (hierna: het rechtspositiedecreet), dat het heropstarten van de procedure niet mogelijk is aangezien de benoemingen “uitgesproken” werden op 1 januari 2005, dat een nieuw witboek wordt opgesteld voor 1 januari 2006 en dat er een interpretatieprobleem is dan wel een contradictie tussen de artikelen 36bis en 40ter van het rechtspositiedecreet die een situatie in het leven roept waarbij alleen verliezers voorkomen.

1.7. Op 10 november 2005 dient verzoekster een aanvraag in om met toepassing van artikel 40ter, § 2, van het rechtspositiedecreet -verzoekster heeft ondertussen de leeftijd bereikt van 55 jaar- vast benoemd te worden in, onder meer, 3 uur leraar TV informaticatoepassingen TSO3 OSP aan het CVO Deurne-Antwerpen.

1.8. Vanaf 1 september 2008 is verzoekster ter beschikking gesteld wegens persoonlijke aangelegenheden voorafgaand aan het rustpensioen.

1.9. Op 19 november 2008 vervolledigt verwerende partij het administratief dossier op vraag van de staatsraad-verslaggever met volgende gegevens :

- voor 1 januari 2006 werd een volume van 3 uur Informaticatoepassingen vacant verklaard;
- zowel verzoekster als A. Van Nespen solliciteerden hiervoor, op basis van artikel 40ter van het rechtspositiedecreet;
- de opdracht werd door de raad van bestuur bij beslissing van 13 december 2005 toegewezen aan A. Van Nespen, hetgeen haar op 20 december 2005 wordt meegedeeld.

Het voorwerp van het beroep

Standpunt van de partijen

2. In de memorie van antwoord werpt verwerende partij op dat door de intrekking van de beslissing van 22 december 2004 bij beslissing van 25 januari 2005 van de raad van bestuur, “het voorwerp van het beroep *ab initio* verdwenen is”. Dit geldt voor de ingetrokken benoeming maar is ook zo, schrijft verwerende partij weliswaar bij het verweer tegen het tweede middel, voor de weigering om verzoekster te benoemen: de intrekking van een benoeming impliceert volgens haar de intrekking van de weigering.

In de memorie van wederantwoord vraagt verzoekster harerzijds dan weer om het voorwerp van het beroep uit te breiden tot de beslissing van de raad van bestuur van 25 januari 2005 -de intrekking van de benoeming van A. Van Nespen- en tot de “beslissing” van de algemeen directeur van 21 maart 2005 -het antwoordschrijven aan de vakorganisatie- “in de mate dat in [die beslissingen] een nieuwe weigering kan gelezen worden om haar kandidatuur in aanmerking te nemen en te benoemen”.

In haar laatste memorie vervolgens vraagt verzoekster nogmaals om het beroep uit te breiden, ditmaal tot de “beslissing van onbekende datum om verzoekster opnieuw niet te benoemen in dezelfde uren en de (vermoedelijke) beslissing om een andere kandidaat in deze uren te benoemen”. Zij merkt op nooit in kennis te zijn gesteld van het gevolg dat is gegeven aan haar aanvraag van 10 november 2005 tot uitbreiding van de vaste benoeming, dat wellicht een andere kandidaat werd benoemd en dat hierin opnieuw een impliciete afwijzende beslissing ten aanzien van haar vraag moet worden gelezen. Zij betoogt voorts dat een vernietiging van de initieel bestreden beslissing tot gevolg zou hebben dat de uren in de betrekkingen 260.010 en 260.011 aan haar dienden te worden toegewezen, waaruit volgt dat ze op een latere datum niet meer aan een ander kunnen worden toegewezen. Er is volgens haar dan ook sprake van verknochtheid tussen beide beslissingen.

3. Verwerende partij werd uitdrukkelijk gevraagd door de staatsraad-verslaggever, per brief van 5 februari 2009, om schriftelijk stelling te nemen over het voorwerp van het beroep in het licht van de door verzoekster in de laatste

memorie gevraagde uitbreiding van het voorwerp en van de formeel door verzoekster niet aangevochten beslissing van de raad van bestuur van 13 december 2005. Op die vraag is zij niet ingegaan.

Verzoekster van haar kant heeft met een brief van 8 mei 2009 nog wel gepreciseerd dat uit de actualisering van het dossier op 19 november 2008 -en wat haar betreft pas dan- duidelijk is geworden dat de uitbreiding die zij vroeg betrekking heeft op de beslissing van de raad van bestuur van 13 december 2005. Zij merkt andermaal op nooit in kennis te zijn gesteld van het gevolg dat aan haar kandidatuur werd gegeven.

Beoordeling

4. Zoals verwerende partij het ook opmerkt in de memorie van antwoord bestrijdt verzoekster in het inleidend verzoekschrift oorspronkelijk drie beslissingen.

4.1. In de memorie van wederantwoord erkent verzoekster dat door de intrekking op 25 januari 2005 van de benoeming van A. Van Nespen, de tweede door haar bestreden beslissing zonder voorwerp valt. In zoverre is de exceptie gegrond en is het beroep niet (langer) ontvankelijk wat het initiële *tweede voorwerp* ervan betreft.

4.2. Door de intrekking van de benoeming van A. Van Nespen is echter niet *ipso facto* de beslissing uit het rechtsverkeer verdwenen dat verzoekster niet in aanmerking komt voor benoeming in de begeerde betrekkingen. Integendeel, zoals hierna zal blijken.

Uit het administratief dossier -in het bijzonder stuk 4 met de voorstellen van de selectiecommissie en de eindbeslissing van de raad van bestuur- blijkt dat vanaf de kennisgeving van de eerste beslissing dat verzoekster “niet meer in aanmerking [komt] voor deze vacatures”, de naam van verzoekster effectief bij de kandidaten niet meer wordt vermeld en met haar kandidatuur tot en met het ogenblik waarop A. Van Nespen benoemd wordt, geen rekening meer wordt gehouden. Die uitdrukkelijke weigering om de kandidatuur van verzoekster op grond van de door haar ingeroepen voorrangsregel in aanmerking te nemen -*eerste*

voorwerp van het beroep- is bijgevolg een verzoekster grievende vóórbeslissing die afzonderlijk in rechte kon worden bestreden.

Aan die voorbeslissing verwijt verzoekster onder meer -en volgens het auditoraatsverslag terecht- dat ze is genomen door een onbevoegde overheid. Niet de algemeen directeur, maar wel de raad van bestuur had zich luidens deze vernietigingsgrond uit te spreken over verzoeksters kandidatuur.

Ondertussen hééft de raad van bestuur dit evenwel gedaan, weze het slechts impliciet maar dan toch ook zeker. Verzoekster heeft immers op 24 december 2004 bij de raad van bestuur formeel geprotesteerd tegen de benoeming van A. Van Nespen, zich daarbij uitdrukkelijk beroepend op haar voorrang als vast benoemde én op 14 januari 2005 heeft zij voorliggend beroep ingesteld waarin zij als tweede vernietigingsgrond insgelijks de schending aanvoert van haar voorrang. Als de raad van bestuur met die gegevens voor ogen zich over het dossier opnieuw beraadt en vervolgens op 25 januari 2005 de benoemingsbeslissing intrekt met als motief dat “mogelijks vormfouten” zijn gebeurd, wat aan A. Van Nespen wordt gepreciseerd met een verwijzing naar artikel 36bis “dat voorrang geeft aan gedeeltelijk vastbenoemde personeelsleden t.o.v. volledig tijdelijke personeelsleden, als het gaat over vacant verklaarde betrekkingen, zoals in dit geval”, dan moet worden aangenomen dat op dat ogenblik de raad van bestuur zich met kennis van zaken de oorspronkelijk afwijzende beslissing heeft eigen gemaakt en -thans weliswaar stilzwijgend- op eigen gezag heeft geweigerd om verzoekster in de bedoelde betrekkingen te benoemen, ook al was daar door de intrekking van de benoeming van A. Van Nespen in rechte weer ruimte voor.

Conclusie van wat voorafgaat is, dat het beroep niet langer ontvankelijk is wat het oorspronkelijk eerste voorwerp betreft, aangezien in de plaats daarvan de weigering is gekomen van de raad van bestuur die blijkt uit zijn beslissing van 25 januari 2005 om de benoeming van A. Van Nespen zonder meer in te trekken. Die beslissing is weliswaar aan verzoekster meegedeeld met een aangetekende brief van 28 januari 2005, maar zonder vermelding van motieven of van beroepsmogelijkheden. Gelet op het bepaalde in artikel 19, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State is het verzoek tot uitbreiding van het voorwerp in de op 1 juni 2005 neergelegde memorie van wederantwoord hoe dan ook tijdig aangebracht.

4.3. Nu er met de oorspronkelijk eerste bestreden beslissing een uitdrukkelijke beslissing was genomen om verzoeksters kandidatuur niet in aanmerking te nemen die voor verzoekster definitief grievend was, moet in navolgende beslissingen die aan het instellen van het annulatieberoep voorafgaan geen impliciete weigering meer worden bespeurd. Ambtshalve wordt vastgesteld dat het beroep niet ontvankelijk is, wat zijn oorspronkelijk *derde voorwerp* betreft.

4.4. Op de vraag tot uitbreiding van het voorwerp tot hetgeen te lezen is in de brief van de algemeen directeur van 21 maart 2005 moet niet worden ingegaan. Zoals hiervoor is vastgesteld moet de weigering om verzoekster te benoemen thans worden gesitueerd bij de beslissing van de raad van bestuur van 25 januari 2005. De informatie die de algemeen directeur later verstrekt aan verzoeksters vakorganisatie kan niet worden opgevat als een aanvullende beslissing en vormt geen voor vernietiging vatbare rechtshandeling.

4.5. Door de eventuele vernietiging van de weigeringsbeslissing in deze zaak zou komen vast te staan dat verwerende partij zich op een onregelmatige wijze heeft uitgesproken -of minstens op een onregelmatige wijze heeft geweigerd om zich uitdrukkelijk uit te spreken- over verzoeksters aanvraag om, met een beroep op een voorrangsregel, vanaf 1 januari 2005 vast benoemd te worden in de betrekkingen 260.010 en 260.011.

Bovendien kan de Raad van State niet om de vaststelling heen dat verwerende partij de benoeming van A. Van Nespen heeft ingetrokken en dat die intrekking niet is aangevochten. Zoals de zaak zich binnen het bestek van dit beroep dan ook aan de Raad van State voordoet, is door het bestuur in rechte geen rekening meer te houden met de kandidatuur van A. Van Nespen en ziet het zich enkel nog geconfronteerd met de aanspraken van verzoekster. In dit licht verschijnt verzoekster als zijnde nog de enige kandidaat voor benoeming in de bedoelde betrekkingen, zich daartoe op een voorrangsrecht *ex* artikel 36*bis* van het rechtspositiedecreet beroepend. Wat er voorts moge zijn van het -niet aangevochten- intrekkingsmotief, alleszins blijkt -uit de overtuiging van het bestuur dat verzoekster in de voorwaarden verkeert om zich op artikel 36*bis* te mogen beroepen- dat aan verzoekster niet wordt verweten dat zij in het verleden blijkt heeft gegeven van beroepsonbekwaamheid. In het kader van dit beroep dringt zich in die precieze omstandigheden op dat, wat bij concurrentie van kandidaten nog enkel een voorrangsrecht inhoudt, als een rechtsplicht van het bestuur om te benoemen moet

worden opgevat. Met andere woorden beroept verzoekster zich op een rechtsplicht in hoofde van het bestuur. In zoverre dit terecht zou zijn en op die grond de aangevochten weigeringsbeslissing van 25 januari 2005 zou worden vernietigd, zal uit deze vernietiging de verplichting voor de verwerende partij voortvloeien om verzoekster met terugwerkende kracht het geweigerde te verlenen. Dit zou dan weer uitwijzen dat elke latere benoeming van een concurrent in dezelfde uren onwettig is geweest. Het verantwoordt dat het beroep wordt uitgebreid tot de benoeming van A. Van Nespen, met ingang van 1 januari 2006, bij besluit van de raad van bestuur op 13 december 2005.

Het verzoek tot uitbreiding is ook tijdig. Verzoekster was voor die laatstgenoemde benoeming ook kandidaat. Volgens vaste rechtspraak van de Raad van State moet in principe het resultaat van een benoemingsprocedure, althans wat de betrokkene zelf betreft, door de benoemende overheid ook aan al de niet-benoemde gegadigden die uitdrukkelijk hun kandidatuur voor de vacante betrekking hebben gesteld individueel worden meegedeeld, zelfs indien geen uitdrukkelijk voorschrift dit oplegt. Verwerende partij doet geen redenen gelden en de Raad ziet er geen waarom te dezen van dit principe mocht worden afgeweken. Wanneer een bestuurshandeling moet worden betekend, begint de beroepstermijn slechts vanaf die betekening te lopen, en bovendien maar op voorwaarde dat de betekening het bestaan van de mogelijkheid om een annulatieberoep in te stellen, en de in acht te nemen vormvoorschriften en termijnen, vermeldt. Verwerende partij ontkracht niet de verklaring van verzoekster dat zij van het resultaat van de benoemingsronde nooit eerder in kennis is gesteld en er pas door de actualisering van het administratief dossier feitelijke kennis van kreeg, zodat haar alleszins geen laattijdigheid kan worden tegengeworpen nu zij pas in de laatste memorie het beroep tot deze beslissing uitbreidt.

4.6. Verzoekster was bij de benoemingsronde van 1 januari 2006 kandidaat op grond van artikel 40*ter* van het rechtspositiedecreet. Uit de beslissing van de raad van bestuur van 13 december 2005 om A. Van Nespen met ingang van 1 januari 2006 vast te benoemen kan bijgevolg geen nieuwe weigering worden afgeleid van verzoeksters oorspronkelijke aanvraag om op grond van artikel 36*bis* met ingang van 1 januari 2005 te worden benoemd. Nu hierna zal blijken dat verzoekster die eerste weigering met succes aanvecht, ziet de Raad van State niet welk bijkomend voordeel verzoekster nog kan putten uit een bijkomende, uitdrukkelijke vernietiging van de -wel uit de beslissing van 13 december 2005 af

te leiden- weigering om haar met ingang van 1 januari 2006 op grond van artikel 40ter te benoemen.

5.1. Besluit van al wat voorafgaat is dat het thans nog ontvankelijk bestreden voorwerp van het beroep is, eensdeels, de uit de beslissing van 25 januari 2005 van de raad van bestuur van scholengroep 1 van het Gemeenschapsonderwijs blijken de weigering om verzoekster met ingang van 1 januari 2005 vast te benoemen in de betrekkingen 260.010 en 260.011 op grond van de voorrang die zij put uit artikel 36bis van het rechtspositiedecreet en, anderdeels, de beslissing van 13 december 2005 van dezelfde raad van bestuur houdende benoeming van A. Van Nespen in diezelfde 3 uur leraar SO-OSP TV Informaticatoepassingen OSP TSO3 aan het CVO Deurne-Antwerpen.

5.2. De vernietiging van de weigering om verzoeksters kandidatuur in aanmerking te nemen wegens schending van de ingeroepen voorrangsregels voor uitbreiding van een vaste benoeming, wat de strekking is van het tweede middel dat hierna wordt onderzocht, verplicht het bestuur tot het nemen van een nieuwe beslissing die, gezien het annulatiemotief, er toe zal leiden dat het bestuur zich verplicht ziet om verzoekster met terugwerkende kracht te benoemen en haar loopbaan te reconstrueren. De terbeschikkingstelling van verzoekster voorafgaand aan het rustpensioen doet haar belang bij het beroep dan ook niet teloor gaan.

De gegrondheid van het beroep

Standpunt van de partijen

6. Verzoekster put een *tweede middel* uit de schending van artikel 36bis van het rechtspositiedecreet. Zij licht toe dat de bestreden beslissing een miskenning inhoudt van haar voorrangsrecht op een uitbreiding van haar vaste benoeming. Bedoeld artikel waarborgt haar immers voorrang op alle tijdelijke personeelsleden voor vacant verklaarde betrekkingen. Indien de raad van bestuur de bedoeling had geen rekening te houden met kandidaten die zich beroepen op artikel 36bis, had de betrekking niet vacant verklaard moeten worden. Dat was thans wel het geval, waardoor artikel 40ter moet wijken voor de bepaling van artikel 36bis. In hoofde van verwerende partij bestond dan ook de rechtsplicht om haar te benoemen in de bedoelde betrekkingen.

7. In de memorie van antwoord citeert verwerende partij artikel 36*bis* om er uit af te leiden dat het niet stelt dat de kandidaat “moet” worden benoemd en merkt zij op dat de intrekking van de benoeming van A. Van Nespen ook de intrekking van de weigering impliceert.

8. Verzoekster repliceert in de memorie van wederantwoord dat een intrekking van de beslissing om haar kandidatuur niet in aanmerking te nemen zou vereisen dat het bestuur in de intrekkingbeslissing uitdrukkelijk akte neemt van haar kandidatuurstelling en dat ze al dan niet wordt weerhouden. Daar dit niet is gesteld in de intrekkingbeslissing, is de weigering niet ingetrokken. Het bestuur had de procedure moeten hernemen en onderzoeken of haar voorrangsrecht op grond van artikel 36*bis* van het rechtspositiedecreet moest worden toegekend.

9. In de laatste memorie dupliceert verwerende partij dat in geval van benoeming van A. Van Nespen in een vacante betrekking, de raad van bestuur “een fout zou maken omdat verzoekende partij voorrang heeft op mevrouw Van Nespen” maar dat als niemand wordt benoemd of zoals *in casu* een eventueel foute benoeming wordt ingetrokken, er geen sprake meer kan zijn van een voorrang van het ene personeelslid op het andere personeelslid. Een beslissing over het al dan niet benoemen van een personeelslid behoort tot de autonome bevoegdheid van de raad van bestuur en het is niet omdat A. Van Nespen niet benoemd is, dat verzoekster recht heeft op die benoeming. De raad van bestuur heeft bijgevolg geen onwettige beslissing genomen, door de benoeming in te trekken en de betrekking niet langer vacant te verklaren.

Beoordeling

10. Artikel 36*bis*, § 1, van het rechtspositiedecreet bepaalt wat volgt :

“De vastbenoemde personeelsleden die een betrekking met onvolledige prestaties in hoofdamt uitoefenen, hebben, met het oog op de uitbreiding van hun vaste benoeming voorrang op alle tijdelijke personeelsleden voor vacant verklaarde betrekkingen, op voorwaarde dat zij :

1/ ofwel in het bezit zijn van het vereiste bekwaamheidsbewijs voor de aangeboden prestaties en zij daarenboven in de scholengroep vast benoemd werden voor hetzelfde ambt;

2/ ofwel in het bezit zijn van een voldoende geacht bekwaamheidsbewijs en zij daarenboven in de scholengroep vast benoemd werden in hetzelfde ambt, en voor de leraren in dezelfde vakken of specialiteiten als de aangeboden prestaties”.

Artikel 40ter, § 2, van het rechtspositiedecreet luidt :

“Het personeelslid dat de leeftijd van 55 jaar heeft bereikt, wordt op zijn verzoek vast benoemd in een vacante betrekking in een wervingsambt, op voorwaarde dat hij :

1/ de voorwaarden vervult voor vaste benoeming;

2/ de vaste benoeming bij de raad van bestuur aanvraagt;

3/ vanaf 1 februari voorafgaand aan de datum van vaste benoeming in dienst is in de instelling waar de betrekking te begeven is;

4/ tijdelijk personeelslid is of voor een onvolledige betrekking vast benoemd is.

De betrekking hoeft niet vacant verklaard te worden.

Die vaste benoeming heeft steeds 1 januari als ingangsdatum”.

11. Verwerende partij betwist niet dat verzoekster beantwoordt aan de voorwaarden die zijn gesteld in het aangehaalde artikel 36bis en dat zij bijgevolg dienstig een beroep kon doen op de bedoelde voorrangsregel.

In de laatste memorie beweert verwerende partij dat de vacantverklaring van de beoogde betrekkingen ingetrokken is. Daarvan is echter geen enkel bewijsstuk overgelegd -enkel van de intrekking van de vaste benoeming van A. Van Nespen- zodat de Raad van State nog afgezien van de vraag naar de wettigheid van een dergelijke intrekking, er van uitgaat dat dit slechts een loze bewering is.

Hoe ver bijgevolg ook de autonomie moge reiken van de raad van bestuur, het is nu eenmaal in rechte zo dat hij de betrekkingen met het oog op de personeelsbeweging van 1 januari 2005 vacant heeft verklaard en daarmee heeft aangegeven dat er een noodzaak bestond om in de vacatures te voorzien. Voor de vaste benoeming hebben zich twee kandidaten gemeld, de ene een vast benoemde en de andere een tijdelijke die de leeftijd van 55 jaar heeft bereikt. Zoals hiervoor al meer uitvoerig is uiteengezet, brengt de intrekking van de benoeming van A. Van Nespen mee dat de verwerende partij dan geen goede reden meer had om er van af te zien verzoekster te benoemen op grond van de door haar ingeroepen voorrang. Verwerende partij had, ingevolge de beslissing tot vacantverklaring, ook niet meer de keuze om in de openstaande betrekkingen zomaar niét te benoemen. Alleszins, indien zij van oordeel was dat er buiten de voorwaarden, gesteld in artikel 36bis van het rechtspositiedecreet, toch nog andere redenen bestonden die een wettig obstakel vormden voor de vaste benoeming van verzoekster, of indien zij van oordeel was dat er wettige redenen voorhanden waren om terug te komen op de vacantverklaring, dan heeft zij die noch tijdens die benoemingsronde, noch in de huidige procedure voor de Raad van State, kenbaar gemaakt.

Het middel is gegrond.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Vernietigd worden de uit de beslissing van 25 januari 2005 van de raad van bestuur van scholengroep 1 van het Gemeenschapsonderwijs blijkende weigering om Maria Viaene met ingang van 1 januari 2005 vast te benoemen in de betrekkingen 260.010 en 260.011 op grond van de voorrang die zij put uit artikel 36*bis* van het rechtspositiedecreet en de beslissing van 13 december 2005 van dezelfde raad van bestuur houdende benoeming van Adrienne Van Nespen in diezelfde 3 uur leraar SO-OSP TV Informaticatoepassingen OSP TSO3 aan het CVO Deurne-Antwerpen.

Artikel 2.

Het beroep wordt verworpen voor het overige.

Artikel 3.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op dertien november 2009, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.