

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 200.442 van 4 februari 2010
in de zaak A. 170.571/XII-4657**

In zake: XXXX

tegen:

1. het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jean-Pierre Lavigne
kantoor houdend te Sint-Truiden
Tongersesteenweg 15
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de STAD DIEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hans-Kristof Carême
kantoor houdend te Heverlee
Industrieweg 4, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

-

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 februari 2006, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de gemeenteraad van de stad Diest van 28 november 2005 waarbij XXXX wordt ontslagen wegens ongunstige proeftijdbeoordeling en van de stilzwijgende goedkeuring van dit ontslagbesluit door de Vlaamse regering.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 159.987 van 13 juni 2006 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

Verzoekster heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partijen hebben een memorie van antwoord ingediend en verzoekster heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Rudi Van der Gucht heeft een verslag opgesteld.

Verzoekster en de eerste verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 januari 2010.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wim Loopmans, die loco advocaat Ingrid Martens verschijnt voor verzoekster, advocaat Matthias Valckeniers, die loco advocaat Jean-Pierre Lavigne verschijnt voor de eerste verwerende partij en advocaat Hans-Kristof Carême, die verschijnt voor de tweede verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Rudi Van Der Gucht heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Verzoekster wordt met ingang van 1 juni 2004 aangesteld voor een proefperiode van 1 jaar als voltijds administratief medewerker van de

personeelsdienst van de stad Diest. Vanaf 6 april 2004 kan zij op de dienst reeds starten met een contract van bepaalde duur, zodat haar proefperiode eindigt op 5 april 2005.

3.2. Op 11 september 2005 wordt verzoekster door de gemeentesecretaris ongunstig geëvalueerd.

Verzoekster tekent tegen deze evaluatie beroep aan bij het college van burgemeester en schepenen.

Op 24 oktober 2005 hoort het college verzoekster en haar raadsman.

Op 28 oktober 2005 besluit het college “[o]p de eerstvolgende gemeenteraad de niet-benoeming wegens ongunstige proeftijdbeoordeling te agenderen van mevrouw XXXX als voltijds administratief medewerker binnen de dienst ‘Personeel, Juridische zaken en verzekeringen, afdeling Personeel’”. Daartoe wordt onder meer overwogen dat het college zich “aansluit bij het omstandig geformuleerd evaluatieverslag, bijkomend gemotiveerd en toegelicht in een toelichtingsnota, waarbij op een inhoudelijke wijze de diverse rubrieken van het takenpakket van mevrouw XXXX worden belicht”.

3.3. Op 28 november 2005 ontslaat de gemeenteraad verzoekster wegens ongunstige proeftijdbeoordeling.

Hiertegen stelt verzoekster beroep in bij de Vlaamse regering. Op 20 januari 2006 worden de partijen gehoord, maar nadien laat de regering na een uitdrukkelijke beslissing te nemen, zodat overeenkomstig artikel 6^{quater}, laatste volzin, van het decreet van 28 april 1993 houdende regeling, voor het Vlaamse Gewest, van het administratief toezicht op de gemeenten, het gemeenteraadsbesluit als goedgekeurd wordt beschouwd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. De tweede verwerende partij werpt in de memorie van antwoord op dat de gemeenteraadsbeslissing uit het rechtsverkeer is verdwenen ingevolge de stilzwijgende goedkeuring ervan door de Vlaamse regering.

4.2. Zoals reeds is opgemerkt in het schorsingsarrest komt de goedkeuring niet in de plaats van het goedgekeurde besluit maar voegt ze zich er aan toe. De exceptie faalt.

5.1. De eerste verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord op dat het beroep onontvankelijk is omdat verzoekster heeft nagelaten tijdig de ongunstige evaluatie te bestrijden.

5.2. In het auditorsverslag wordt deze exceptie verworpen met verwijzing naar het leerstuk van de complexe administratieve rechtshandeling en naar hetgeen daaromtrent reeds in het schorsingsarrest is overwogen. In de laatste memorie schrijft eerste verwerende partij vervolgens dat zij “zich kan aansluiten bij de argumentatie van de Auditeur-Afdelingshoofd”, hetgeen niet anders te begrijpen is dan een verzoeken aan de exceptie.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Verzoekster voert in een eerste middel de schending aan van artikel 43 van het administratief statuut. Zij doet gelden, in de eerste plaats, dat geen enkele van de in het artikel bedoelde evaluaties heeft plaatsgehad zodat zij nooit de kans heeft gekregen zich bij te schaven indien het nodig was en, in de tweede plaats, dat er slechts één evaluator was.

In de memorie van wederantwoord herhaalt verzoekster dat er *in*

casu slechts één evaluatie heeft plaats gevonden, met name de eindevaluatie, dat zij hierdoor geen kans kreeg zich te herpakken en te verbeteren, dat die eindevaluatie dus haar doel mist. Zij voegt er aan toe dat indien de gemeenteraad had beslist de proeftijd te verlengen, artikel 43 niet geschonden was geweest, omdat dan de evaluatie van 11 september 2005 als eerste evaluatie beschouwd kon worden. Dat zij tijdens haar proeftijd niet geëvalueerd kon worden wegens de ziekte en het overlijden van de vroegere stadssecretaris klopt niet, aldus verzoekster, aangezien er een waarnemende secretaris was aangesteld. Zij wijst er op in die visie bijgevallen te worden in een nota van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap met betrekking tot haar beroep bij de Vlaamse regering en in het ontwerp van ministerieel besluit dat nooit door de minister werd ondertekend.

Verzoekster erkent dat zij op grond van artikel 71*bis* van het statuut geëvalueerd moest worden door de secretaris als enige evaluator tijdens de eerste helft van de proeftijd en bij wijze van eindevaluatie één maand voor het einde van de proeftijd. Er heeft echter geen enkele evaluatie plaatsgevonden tijdens de proefperiode, enkel op het einde van de proeftijd waardoor genoemd artikel 43 van het statuut geschonden werd.

Bovendien is deze evaluatie volgens verzoekster gebeurd door een onbevoegd persoon, wat zij in de memorie van wederantwoord als middel van openbare orde inroept. Het toenmalig diensthoofd L.v.R. was immers onbevoegd om haar te evalueren, die taak viel toe aan de toentertijd waarnemend secretaris N.J.

In de laatste memorie argumenteert verzoekster nog dat de door haar in het eerste middel aangevoerde onwettigheid betrekking heeft op de ganse evaluatie en dat de beslissing van 28 oktober 2005 deze onwettigheid niet kan wegnemen.

Beoordeling

7. Genoemd artikel 43 bepaalt met betrekking tot het verloop van

de proeftijd :

“Er zijn twee evaluaties. De eerste evaluatie gebeurt tijdens de eerste helft van de proeftijd, de tweede een maand voor het einde van de proeftijd. De hiërarchische chef en de secretaris maken voor de op proef benoemden, telkens na een beoordelingsgesprek, een beschrijvende kwalitatieve evaluatie. De evaluatie verloopt volgens de regels bepaald in deel IV administratieve loopbaan, titel 1, hoofdstuk 3”.

8. Zoals het eerste middelonderdeel in het inleidend verzoekschrift werd aangevoerd, kreeg het in het schorsingsarrest volgende voorlopige beoordeling :

“Overwegende dat het eerste onderdeel van het middel ervan lijkt uit te gaan dat er geen rechtsgeldige beoordeling van de proeftijd mogelijk is buiten de evaluaties bedoeld in het eerste lid van het artikel 43; dat uit de logica van het onderdeel moet volgen, aangezien de evaluaties van het artikel 43 in het geval van verzoekster niet hebben plaatsgehad, dat zij niet meer op wettige wijze vast benoemd kan worden; dat namelijk, gelet op artikel 48 en 49 van het administratief statuut, enkel de personeelsleden die met goed gevolg de proeftijd hebben volbracht en dus een gunstige beoordeling van de proefperiode verkregen, in vast verband benoemd kunnen worden; dat het onderdeel op het eerste gezicht dan ook ingaat tegen het doel dat verzoekster nastreeft; dat zij tenminste in de huidige stand van de procedure geacht moet worden geen belang bij het onderdeel te hebben”.

In de memorie van wederantwoord argumenteert verzoekster dat het door haar aangeklaagde gebrek in de evaluatie verwerende partij er toe gebracht moest hebben om de proefperiode te verlengen. Aldus geeft verzoekster minstens een nieuwe -en dus onontvankelijke- invulling aan het middel dat oorspronkelijk niet die strekking had. Wat verzoekster nu immers aanbrengt, zou niet een schending inhouden van artikel 43 van het statuut maar wel van artikel 47, derde lid, dat de gemeenteraad de mogelijkheid biedt om in uitzonderlijke omstandigheden de proeftijd te verlengen. Tekenend ervoor dat dit niet het doel was dat verzoekster éérs voor ogen stond, is dat zij in het inleidend verzoekschrift de problematiek van de verlenging van de proeftijd zelfs niet ter sprake brengt, dat zij van het geschonden genoemd artikel 43 enkel het eerste lid citeert over de twee evaluaties en het tweede lid over de evaluatoren en dat zij nergens refereert aan artikel 47, derde lid. Uit de aan de Raad van State voorgelegde stukken,

inzonderheid verzoeksters beroepsschrift van 9 december 2005, blijkt daarenboven ook niet dat verzoekster hetzij bij de gemeenteraad, hetzij bij de Vlaamse regering zou hebben aangevoerd dat er uitzonderlijke omstandigheden in de zin van het administratief statuut voorhanden waren.

Het eerste middelonderdeel wordt niet aangenomen.

9. Het tweede middelonderdeel werd in het schorsingsarrest voorlopig aldus verworpen :

“Overwegende, aangaande het tweede onderdeel van het middel, dat de proeftijdbeoordeling niet altijd door én de hiërarchische chef én de secretaris dient te geschieden; dat artikel 71*bis* van het administratief statuut bepaalt dat hiërarchische meerderen niet als beoordelaar mogen fungeren wanneer het te evalueren personeelslid minder dan één jaar onder hun bevel staat en dat dan in principe de secretaris de beoordelaar is; dat hieruit volgt dat, te dezen, de collegebeslissing van 28 oktober 2005 en de gemeenteraadsbeslissing van 28 november 2005 ogenschijnlijk op goede grond overwegen ‘dat conform artikel 43, samen te lezen met artikel 69 en 71 *bis* betrokkene diende te worden geëvalueerd door de secretaris, als enige evaluator tijdens de eerste helft van de proeftijd en bij wijze van eindevaluatie één maand voor het einde van proeftijd’; dat, omgekeerd, verzoekster op het eerste gezicht ten onrechte doet gelden: ‘Voor de eerste evaluatie waren 2 evaluatoren ter beschikking, mevrouw [L.v.R.] als diensthoofd en secretaris [R.T.] als tweede evaluator. Voor de tweede evaluatie had [L.v.R.] als diensthoofd als eerste evaluator moeten fungeren en mevrouw [N.J.] in haar functie als waarnemend secretaris als tweede evaluator’”.

In de memorie van wederantwoord erkent verzoekster dat haar evaluatie, gelet op artikel 71*bis* van het administratief statuut, slechts door één evaluator moest gebeuren. In zoverre verzaakt verzoekster aan het middelonderdeel. Zij argumenteert wel, eensdeels, dat er maar één evaluatie is gebeurd en, anderdeels, dat die evaluatie uitgaat van een onbevoegd persoon. Het eerste argument valt echter samen met het reeds verworpen eerste middelonderdeel en met het tweede argument refereert verzoekster aan het hierna besproken nieuw middelonderdeel.

10. Volgens dit nieuw middelonderdeel mocht niet L.v.R. de evaluatie opmaken, maar was dit een taak van N.J.

Verzoekster is evenwel tegen die evaluatie in beroep gegaan bij het college van burgemeester en schepenen. De evaluatiebeslissing van het college van 28 oktober 2005 is op grond van een eigen onderzoek door het college genomen en in de plaats gekomen van de oorspronkelijke evaluatie door L.v.R.; nergens beweert verzoekster dat het college niet bevoegd zou zijn. Anders dan verzoekster betoogt in de laatste memorie, determineert een eventuele onbevoegdheid van de oorspronkelijke evaluator geenszins de in de plaats daarvan gekomen evaluatie door het college.

Het nieuw aangevoerde middelonderdeel kan niet tot de nietigverklaring leiden.

11. Het eerste middel wordt in zijn geheel verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. In een tweede middel wordt artikel 75 van het administratief statuut geschonden genoemd. Verzoekster zet uiteen dat het artikel voorschrijft “dat als de eerste evaluatie ongunstig is de ondergetekende op de hoogte wordt gebracht van de situatie via een functioneringsgesprek”, dat er op 19 november 2004 een functioneringsgesprek heeft plaatsgevonden, maar dat het geen betrekking had op een evaluatie “vermits deze er nooit is geweest”.

Beoordeling

13. Het schorsingsarrest overwoog ter zake dit middel :

“dat volgens verzoekster het functioneringsgesprek tot doel heeft de geëvalueerde die ‘niet zo goed bezig is’, te informeren over ‘wat er precies fout loopt’, zodat ‘men zich nog kan bijsturen voor de verdere proefperiode’; dat dit doel hier bereikt lijkt; dat er blijkbaar wel degelijk tijdens de proeftijd -halverwege november 2004- een functioneringsgesprek tussen verzoekster en haar directe chef heeft plaatsgehad; dat daarin verzoeksters takenpakket besproken werd, alsmede verschillende ‘afspraken’; dat in zoverre verzoekster zich er over beklagt dat zij niet op het reglementair voorgeschreven moment is geëvalueerd, die klacht samenvalt met het -hiervoor niet ernstig bevonden- eerste onderdeel van het eerste middel; dat het tweede middel niet ernstig is”.

14. In de memorie van wederantwoord brengt verzoekster hier tegen in dat op 19 november 2004 enkel “het takenpakket en enkele afspraken” werden besproken, “het [functionerings]gesprek heeft dan ook volledig [zijn] doel gemist”.

De Raad van State heeft een andere lectuur van dit gesprek. Te lezen valt immers, onder meer, dat verzoekster opmerkingen als te persoonlijk opvat, dat zij niet constructief kan omgaan met kritiek en dat haar gevraagd wordt hier aan te werken. Haar volledige takenpakket wordt opgesomd met de opmerking dat een uitbreiding door verzoekster niet mogelijk wordt geacht -wat er op wijst dat de chef dit toch wenselijk vond- en dat zij moeilijk deadlines kan naleven, haar tijd inefficiënt gebruikt en de beschikbare tools onvoldoende aanwendt. Er worden ook concrete afspraken genoteerd voor verdere vorming. Aan de ommezijde van het verslag schrijft verzoekster onder meer : “Het functioneringsgesprek op zich was een zeer goede zaak waar wij het bovenvermelde uitvoerig bespraken en waar wederzijdse misverstanden aan de kaak werden gesteld”. Als dat gesprek zijn doel heeft gemist, kan het moeilijk zijn omdat er niet omstandig aan verzoekster is duidelijk gemaakt dat ze niet zo goed bezig was en dat er een en ander fout liep.

15. Ook het tweede middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

16. In het derde middel wordt aangevoerd dat artikel 65 van het administratief statuut is geschonden. Verzoekster betoogt dat volgens dat artikel “de evaluatie afweegt in welke mate de vooropgestelde doelstellingen zijn bereikt en de betrokken personeelsleden beantwoorden aan hun respectievelijke functiebeschrijving” en dat aan haar nooit een functiebeschrijving is overhandigd “zodat de evaluatie ook op dit vlak haar doel heeft gemist”.

In de memorie van wederantwoord argumenteert verzoekster dat het krijgen van de functiebeschrijving van wezenlijk belang is om te weten waaraan zich te houden en wat de taakomschrijving is. In de laatste memorie wijst verzoekster er op dat het middel er toe strekt de onwettigheid aan te tonen van de ganse evaluatie en dus ook van de eindbeslissing van 28 oktober 2005.

Beoordeling

17. Het schorsingsarrest overwoog :

“dat verzoekster ervan uitgaat dat een toetsing aan de vooropgestelde doelstellingen en de functiebeschrijving uitgesloten was omdat zij nooit een functiebeschrijving heeft ontvangen; dat, wat er van dat laatste ook zij, niet wezenlijk van belang lijkt of verzoekster de functiebeschrijving daadwerkelijk “overhandigd” kreeg, maar wel of ze die functiebeschrijving, en de doelstellingen, al dan niet feitelijk kende; dat om rechtmatig op haar prestaties te kunnen worden afgerekend, vanzelfsprekend vereist is dat verzoekster weet wat van haar verwacht wordt en waarnaar ze zich te gedragen heeft; dat daar in onderhavig geval aan voldaan lijkt; dat dit vooralsnog onder meer wordt afgeleid uit de bijlage bij de brief van 5 oktober 2005 waarmee verzoekster tegen de proeftijdbeoordeling van 11 september 2005 beroep heeft aangetekend bij het schepencollege (inzonderheid pp. 2 en 3); dat ook het verslag van het functioneringsgesprek van november 2004 dat aantoonst; dat het middel niet de voor een schorsing noodzakelijke ernst vertoont”.

Volgens een verklaring van de stadssecretaris in het administratief dossier van tweede verwerende partij, klopt het niet dat aan verzoekster geen functiebeschrijving werd overhandigd omdat het een vast gebruik

is dat bij de organisatie van een aanwervingsexamen aan alle kandidaten een functiebeschrijving wordt overgemaakt samen met het examenprogramma en dit via de oproepingsbrief om deel te nemen aan het examen. Wat daar ook van weze, blijft de Raad van State er bij dat bij afwezigheid van een anders luidende en sanctionerende bepaling in het statuut de “overhandiging” van de functiebeschrijving niet van wezenlijk belang is indien blijkt dat het personeelslid terdege weet wat van haar wordt verwacht. De voorlopige vaststelling in het schorsingsarrest, dat dit afgeleid mag worden uit de bijlage bij de brief van 11 september 2005 en uit het -bij de bespreking van het tweede middel reeds aan bod gekomen- verslag van het functioneringsgesprek, wordt door verzoekster niet meer tegengesproken -laat staan weerlegd- in haar latere memories.

18. Het derde middel wordt verworpen.

Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

19. Het vierde en laatste middel is uit de schending van de materiële motiveringsplicht afgeleid. Verzoekster licht toe dat de motieven van de negatieve evaluatie slechts vage beweringen zijn die niet door concrete voorbeelden worden gestaafd en dat “het zogezegd slecht functioneren van verzoekster, *quod non*, niet bewezen wordt”. Verzoekster gaat dan nader in op een aantal stellingen die de secretaris neerschreef in haar evaluatieverslag.

Beoordeling

20. Met betrekking tot deze grief overwoog het schorsingsarrest :

“dat het middel kritiek uit op de initiële evaluatie van 11 september 2005; dat verzoekster er evenwel het in artikel 44 van het administratief statuut bedoelde beroep bij het schepencollege tegen heeft ingesteld; dat het college zich voor zijn beslissing mee gesteund heeft op een bijkomende toelichting bij de evaluatie, waarin op het eerste gezicht concrete gegevens niet ontbreken (stuk 11 van het administratief dossier van de stad Diest); dat het middel daar

geheel aan voorbijgaat; dat aangezien het zich louter focust op de initiële evaluatie, het naast de kwestie lijkt; dat het middel niet ernstig is”.

Ook wat dit middel betreft spreekt verzoekster de feitelijke vaststellingen uit deze voorlopige beoordeling in haar latere memories niet tegen. Enkel argumenteert zij daarin dat geen rekening gehouden kan worden met die bijkomende toelichting omdat het stuk aan het dossier is toegevoegd zonder dat zij de kans heeft gekregen hier op te reageren, hetgeen een schending inhoudt van de rechten van verdediging.

Dit verweer wordt niet bijgevalen.

Als verzoekster argumenteert dat met de bijkomende toelichting geen rekening mocht worden gehouden, voert zij de schending aan van de hoorplicht. Het vierde middel maakt echter alleen gewag van de schending van de motiveringsplicht. De beweerde miskenning van verzoeksters recht om voor haar standpunt nuttig op te komen kon -en dus moest- worden aangevoerd in het inleidend verzoekschrift, zodat verzoekster deze grief in de memorie van wederantwoord niet meer op ontvankelijke wijze kan doen gelden.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 4 februari 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest