

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 206.213 van 1 juli 2010
in de zaak A. 190.454/XII-5633**

In zake: Wendy VAN BAUWEL
die woonplaats kiest te Sinaai-Waas,
Neerstraat 89

tegen:

het GEMEENSCHAPSONDERWIJS, vertegenwoordigd door de
Scholengroep 22 Gent Panta Rhei
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Marc Stommels
kantoor houdend te Antwerpen
Amerikalei 220, bus 14
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 24 november 2008, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de Raad van Bestuur van scholengroep 22 van onbekende datum om de betrekking 22/137 KTA Merelbeke (GITO) voor vaste benoeming op 1 januari 2009 te schrappen [en van] de impliciete weigering om een kandidaat vast te benoemen in de betrekking 22/137 KTA Merelbeke (GITO)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekster heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

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

De verzoekster en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 juni 2010.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ingrid Martens, die verschijnt voor de verzoekster en advocaat Johan Fransen, die loco advocaat Marc Stommels verschijnt voor de 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. Ingevolge een oproep tot de kandidaten dient verzoekster op 4 juni 2008 een aanvraag in voor vaste benoeming in de betrekking nr. 22/137 van leraar TV (8u.) en PV (3u.) verzorging BSO aan het KTA Merelbeke (GITO).

Op 11 september 2008 komt in het basisonderhandelingscomité van het KTA GITO Merelbeke een protocol van akkoord met positief advies tot stand met betrekking tot de intrekking van de vacantverklaring van de betrekking 22/137 KTA Merelbeke (GITO), wegens instabiliteit van de betrekking.

Op 30 september 2008 beslist de raad van bestuur van de scholengroep 22 van het Gemeenschapsonderwijs over te gaan tot schrapping van de vacantverklaring “op basis van het afgesloten protocol van akkoord van het schoolniveau”.

Bij aangetekende brief van 3 oktober 2008 wordt verzoekster kennis gegeven van de beslissing van de raad van bestuur van 30 september 2008 en wordt haar tevens meegedeeld dat de benoemingsprocedure “dan ook [wordt] stopgezet”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4. Verwerende partij werpt op dat de impliciete weigering die verzoekster als tweede voorwerp aanduidt, niet aanwezig is. Er is geen uitspraak gedaan over de vaste benoeming nu de procedure hiertoe werd stopgezet. Ook is er geen rechtsplicht te benoemen.

5. Verzoekster antwoordt dat uit haar eerste en tweede middel blijkt dat verwerende partij tot vaste benoeming diende over te gaan wanneer er geschikte kandidaten gevonden werden, dat in de eerste bestreden beslissing dan ook impliciet de beslissing vervat is tot weigering van vaste benoeming van een kandidaat en dat, aangezien zij enige kandidaat was, zij zich kan beroepen op artikel 37, § 2, van het decreet van 27 maart 1991 rechtspositie personeelsleden gemeenschapsonderwijs (hierna: rechtspositiedecreet) hetgeen betekent dat zij “behoudens gemotiveerde afwijzing” vast benoemd moest worden. Zij merkt nog op dat om gemotiveerd te kunnen afwijzen, het personeelslid de procedure moet doorlopen.

Beoordeling

6. In het inleidend verzoekschrift vraagt verzoekster de nietigverklaring van de weigering om “een kandidaat” te benoemen.

7. De stopzetting van de in geding zijnde benoemingsprocedure heeft tot gevolg dat niemand benoemd wordt. Dit laatste is evenwel geen afzonderlijke, impliciet uit de stopzettingsbeslissing af te leiden weigeringsbeslissing zoals bijvoorbeeld de uitdrukkelijke beslissing om kandidaat A te benoemen wel toelaat een niet formeel tot uitdrukking gebrachte -impliciete- weigering te onderkennen om kandidaat B te benoemen. De vacantverklaring intrekken, de benoemingsprocedure stopzetten, beslissen om géén kandidaat te benoemen of weigeren “een kandidaat” te benoemen zijn te dezen allemaal verschillende formuleringen van een en dezelfde, expliciete -de door verzoekster als eerste bestreden- beslissing.

De tweede bestreden beslissing levert geen bijkomend voorwerp op dat op ontvankelijke wijze afzonderlijk kan worden bestreden.

Het beroep is in zoverre onontvankelijk.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. In het eerste middel voert verzoekster de schending aan van de artikelen 28*bis* en 29 van het rechtspositiedecreet.

In artikel 28*bis* van het rechtspositiedecreet wordt aangegeven welke procedure gevolgd moet worden om betrekkingen vacant te verklaren in het secundair onderwijs. De raad van bestuur moet een lijst opstellen met de betrekkingen die vacant verklaard worden. Voorafgaand aan de vacantverklaring is er raadpleging van de instellingshoofden of het bestuur van de scholengemeenschap waarbij de vacante betrekkingen en de stabiliteit van de betrekking wordt besproken. Na deze bespreking gaat men over tot vacantverklaring. Aangezien de betrekking 22/137 KTA Merelbeke (GITO) opgenomen werd in de lijst van de vacant verklaarde betrekkingen moet worden verondersteld dat de raad van bestuur van mening was dat het om een stabiele betrekking ging. In deze procedure wordt verder niet in de mogelijkheid voorzien om wegens instabiliteit tot intrekking van een betrekking over te gaan zodat de bestreden beslissing het artikel 28*bis* schendt.

In artikel 29 van het rechtspositiedecreet wordt geregeld dat indien een betrekking in progressieve opheffing is of slechts voor een beperkte duur kan worden ingericht, deze niet in aanmerking kan komen voor vacantverklaring of benoeming in vast verband. Daar dit *in casu* niet het geval is, kon de betrekking effectief vacant worden verklaard en werd deze betrekking ook vacant verklaard. De intrekking van de betrekking 22/137 KTA Merelbeke (GITO) schendt ook het artikel 29.

In de memorie van wederantwoord wijst verzoekster de toepassing af van het veranderlijkebeginsel, omdat te dezen specifieke regelgeving van toepassing is die de mogelijkheid van schrapping van de betrekking regelt en die in de mogelijkheid van intrekking niet voorziet. De in het middel aangevoerde bepalingen staan er aan in de weg dat de instellingshoofden het gebrek aan stabiliteit

van de betrekking nog kunnen vaststellen na de vacantverklaring. Artikel 28bis stelt dat elk jaar, voor 15 mei, de stabiliteit van de betrekking na 1 september volgend op de oproep wordt beoordeeld rekening houdend met de geldende rationalisatie- en omkaderingsnormen. Achteraf kan de stabiliteit van de betrekking niet meer beoordeeld worden en zal intrekking van de betrekking wegens instabiliteit niet meer mogelijk zijn. Indien dit wel mogelijk was, zou dit in de reglementering voorzien zijn gelet op het feit dat de procedure om betrekkingen vacant te verklaren in het secundair onderwijs volledig gereguleerd is en de beoordeling van de stabiliteit van de betrekking in deze procedure voorzien is.

In de laatste memorie merkt verzoekster nog op dat de bepalingen van het rechtspositiedecreet volledig zinloos zouden worden indien men zich steeds op het veranderlijkheidsbeginsel zou kunnen beroepen.

Beoordeling

9. De door verzoekster aangevoerde decreetsbepalingen, zoals van toepassing ten tijde van de bestreden beslissing, luiden:

“Art. 28bis. - § 1. In afwijking van artikel 28, §§ 1 tot en met 3 geldt dit artikel voor het gewoon en buitengewoon secundair onderwijs en het volwassenenonderwijs.

§ 2. De raad van bestuur maakt jaarlijks de lijst op van de betrekkingen die hij vacant verklaart. Hij raadpleegt daartoe de betrokken instellingshoofden en, voor wat betreft de instellingen van het gewoon secundair onderwijs die tot een scholengemeenschap behoren het bestuur van de scholengemeenschap, over: 1/ het bestaan van een vacante betrekking in de betrokken instelling(en) op 15 april voorafgaand aan de oproep; betrekkingen die tussen 15 april en 1 september vacant worden ten gevolge van de pensionering of de terbeschikkingstelling voorafgaand aan het rustpensioen van de titularis kunnen eveneens vacant worden verklaard;

2/ de stabiliteit van de betrekking na 1 september volgend op de oproep, rekening houdend met de geldende rationalisatie- en omkaderingsnormen.

De lijst van de vacant verklaarde betrekkingen wordt elk jaar vóór 15 mei openbaar gemaakt, samen met een beschrijving van de wijze waarop de kandidaturen voor mutatie of vaste benoeming moeten worden ingediend. Als op 1 september volgend op de vacantverklaring een wijziging plaatsvindt in de samenstelling van de scholengemeenschap waarvan de instelling deel uitmaakt, of waarvan zij vanaf 1 september deel zal uitmaken, moet in de procedure worden bepaald dat kan worden gekandideerd tot minstens 15 september.

In afwijking van het eerste lid bepaalt de raad van bestuur voor haar centra voor volwassenenonderwijs jaarlijks op basis van een beleidsplan en na onderhandelingen in het bevoegde lokaal comité welke vacante betrekkingen hij vacant verklaart. De raad van bestuur moet de vacante betrekkingen waarover in het bevoegde lokaal onderhandelingscomité geen akkoord wordt bereikt vacant verklaren als het gaat om vacante betrekkingen die gedurende de drie aan het betrokken schooljaar voorafgaande schooljaren ook vacant waren.

Art. 29. - § 1. Een betrekking die hetzij deel uitmaakt van een instelling, afdeling, vestigingsplaats, graad, cyclus of andere onderverdeling die ingevolge de toepassing van rationalisatieregelen in progressieve opheffing is, hetzij slechts voor een beperkte duur kan worden ingericht, komt niet in aanmerking voor een vacantverklaring of een benoeming in vast verband.

§ 2. In afwijking op § 1 komt een betrekking die wordt ingericht in uren-leraar, lesuren of lestijden die worden toegekend in het kader van het geïntegreerd onderwijs in het basis- en secundair onderwijs en het onthaalonderwijs voor anderstalige nieuwkomers in het gewoon basis- en secundair onderwijs, wel in aanmerking voor vacantverklaring en vaste benoeming. Deze bepaling geldt voorzover de betrekking in toepassing van de rationalisatieregelen niet onderhevig is aan progressieve opheffing zoals bepaald in § 1.”

10. Deze bepalingen beschrijven de procedure die bij vacantverklaring met het oog op vaste benoeming gevolgd moet worden in het gewoon secundair onderwijs van het Gemeenschapsonderwijs.

Ze beletten niet dat een benoemingsronde die is aangevat nadien kan worden stopgezet, wanneer en voorzover daartoe grond bestaat.

Anders dan verzoekster, leest de Raad van State in de aangehaalde bepalingen niet de wil van de decreetgever om af te wijken van deze toepassing van het veranderlijkheidsbeginsel als beginsel van de openbare dienst wanneer de instabiliteit van de betrekking pas in een later stadium blijkt. Ze leggen aan de raad van bestuur een raadplegingsplicht op. Die heeft als oogmerk klaarblijkelijk nutteloze vacantverklaringen tijdig te detecteren en te vermijden maar verbiedt niet dat de procedure wordt stopgezet indien het gebrek aan stabiliteit op een later tijdstip zou blijken noch, met andere woorden, verplicht ze om een kandidaat te benoemen in een betrekking waarvan reeds bij voorbaat -maar na de voorgeschreven raadpleging- geweten is dat ze met terbeschikkingstelling wegens ontstentenis van betrekking is bedreigd. De raadpleging is bedoeld om de raad van bestuur voor te lichten, maar kan niet zo worden uitgelegd dat ze zijn bevoegdheid naderhand zou beknotten door nutteloze vacantverklaringen te doen uitlopen in voor de school en de derde-betaler nutteloze vaste benoemingen.

11. Het middel is ongegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. In het tweede middel voert verzoekster een schending aan van de artikelen 35 en 37 van het rechtspositiedecreet. Opnieuw argumenteert verzoekster dat het rechtspositiedecreet niet in de mogelijkheid voorziet een vacantverklaring in te trekken. Het motief van de instabiliteit van de betrekking na 1 september 2008 had de raad van bestuur eventueel kunnen inbrengen op het ogenblik van het opstellen van de lijst van vacant verklaarde betrekkingen in mei 2008, maar niet op het ogenblik dat de benoeming uitgesproken moet worden. De stabiliteit van de betrekking wordt besproken vóór de vacantverklaring van de betrekking en na de vacantverklaring is er niet meer de mogelijkheid deze vacante betrekking in te trekken. Ook in artikel 35 van het rechtspositiedecreet, waarin wordt aangegeven wanneer een benoeming niet kan worden uitgesproken na vacantverklaring, wordt deze hypothese niet opgenomen. Men diende bijgevolg voor deze vacante betrekking tot vaste benoeming over te gaan en door dit niet te doen werden artikelen 35 en 37 geschonden.

Verzoekster verduidelijkt in de memorie van wederantwoord, niet gesteld te hebben dat een vacantverklaring moet uitmonden in een vaste benoeming. Wel moet men volgens haar na een vacantverklaring de benoemingsprocedure opstarten om te kijken of er geschikte kandidaten zijn voor vaste benoeming tenzij een van de hypothesen zich zou voordoen die opgenomen zijn in artikel 35 van het rechtspositiedecreet. Indien deze hypothesen zich niet voordoen moet de benoemingsprocedure worden opgestart en wanneer er geschikte kandidaten zijn zal men tot vaste benoeming moeten overgaan. Het is mogelijk dat men geen geschikte kandidaat vindt en men de kandidaten afwijst wegens niet geschikt, in dat geval zal er geen vaste benoeming volgen.

Ook artikel 37 voorziet niet in de mogelijkheid van intrekking van de betrekking zodat men *in casu* de benoemingsprocedure diende op te starten en over te gaan tot vaste benoeming indien er geschikte kandidaten voor vaste benoeming gevonden zouden worden.

Aangezien verzoekster de enige kandidaat was, kan zij zich beroepen op artikel 37, § 2, waarin wordt gesteld dat bij ontstentenis van andere

kandidaten het personeelslid dat een vacant verklaarde betrekking waarneemt en de in artikel 36 gestelde voorwaarden vervult, behoudens gemotiveerde afwijzing, vast wordt benoemd. Om gemotiveerd te kunnen afwijzen moet het personeelslid de benoemingsprocedure doorlopen.

Beoordeling

13. De in het tweede middel aangevoerde bepalingen stellen regels in verband met de vaste benoeming, die volgt na een vacantverklaring en het “doorlopen” van een selectieronde. In deze zaak is evenwel de vacantverklaring ingetrokken, en komt het bestuur zelfs niet meer aan benoemen toe. Zoals bij de in het eerste middel aangevoerde bepalingen leest verzoekster in deze bepalingen meer dan wat er staat.

Overigens erkent verzoekster in de memorie van wederantwoord wel terecht dat zelfs in geval van toepassing van artikel 37, § 2, van het rechtspositiEDECREET nog steeds de mogelijkheid bestaat van een gemotiveerde afwijzing, hetgeen enkel bevestigt dat er ook in dat stadium van de procedure nog steeds geen rechtsplicht is om te benoemen. Maar, zoals reeds aangegeven bij de beoordeling van het eerste middel, is het bestuur niet verplicht om tot vaste benoeming over te gaan en beschikt het steeds over de mogelijkheid om de vacantverklaring in te trekken, ook indien deze mogelijkheid niet expliciet in het toepasselijke rechtspositiEDECREET staat opgenomen.

14. Het middel is ongegrond.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

15. Naar haar zeggen “in ondergeschikte orde”, voert verzoekster een schending aan van de materiële motiveringsplicht. Zij verwijst naar de brief van verwerende partij van 3 oktober 2008 waarin elk motief ontbreekt waarom de stabiliteit niet verder kan worden gegarandeerd, zodat zij hier het gissen naar heeft. Onder voorbehoud van wat het administratief dossier haar nog zal leren, is verzoekster van mening dat er geen deugdelijke motieven voor kunnen zijn.

16. Verwerende partij antwoordt dat over het gegeven dat de betrekking 22/137 instabiel was, overleg werd gevoerd in het basisonderhandelingscomité. Het bestuur van de instelling en de vertegenwoordigers van de vakorganisaties waren het er op lokaal vlak over eens dat deze instabiliteit een vaststaand gegeven was. Er werd dan ook een protocol van akkoord gesloten zonder verdere opmerkingen. Op basis van dit akkoord op schoolniveau is de raad van bestuur van de scholengroep tot de beslissing gekomen om de vacantverklaring te schrappen.

In de laatste memorie argumenteert verwerende partij dat wanneer het lokaal niveau meldt dat een betrekking instabiel is, de raad van bestuur hieraan het gevolg moet geven dat de benoemingsprocedure geen doorgang kan vinden. Deze informatie is de feitelijke grondslag voor de beslissing, het motief.

Beoordeling

17. Wanneer een ambt vacant verklaard wordt, ook in het geval wanneer de overheid niet verplicht is om in het ambt te benoemen, moet het in beginsel ook effectief begeven worden, tenzij er om dat niet te doen pertinente redenen zijn, waarvan het bestaan aangetoond moet kunnen worden.

De stopzettingsbeslissing, zoals iedere administratieve rechtshandeling, moet zijn ingegeven door op een correcte feitelijke grondslag berustende en in rechte aanvaardbare motieven.

18. Het enige motief, zoals verwerende partij in de laatste memorie aangeeft en zoals blijkt uit de stukken van het administratief dossier, is te dezen het bestaan van een protocol van 11 september 2008 van het betrokken basisonderhandelingscomité, waarin positief wordt geadviseerd over de intrekking van de vacantverklaring wegens instabiliteit.

Hiervoor is gebleken dat de instabiliteit van de betrekking een in rechte aanvaardbaar motief oplevert. Naar het feitelijk waarom van de instabiliteit heeft verzoekster evenwel inderdaad het raden, en met haar ook de Raad van State. Is dit “motief van het motief” niet formeel in de beslissing geëxpliciteerd, het moest wel terug te vinden zijn in en steun geven aan het administratief dossier van de zaak, zoals het ten tijde van de bestreden beslissing voorlag. Thans ontbreekt voor

verzoekster en vervolgens voor de rechter elke mogelijkheid om te beoordelen of de beslissing berust op de rechtens vereiste feitelijke grondslag.

De materiële motiveringsplicht is derhalve geschonden. Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 30 september 2008 van de raad van bestuur van de scholengroep 22 van het Gemeenschapsonderwijs om de betrekking 22/137 KTA Merelbeke (GITO) voor vaste benoeming op 1 januari 2009 te schrappen.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 juli 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