

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 208.095 van 12 oktober 2010
in de zaak A. 196.165/XII-6168**

In zake: José FONCKE
die woonplaats te Lochristi
Beukendreef 60

tegen:

de PROVINCIE OOST-VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Sutter
kantoor houdend te Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 april 2010, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 11 maart 2010 van de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen om, eensdeels, José Foncke niet te benoemen tot directeur van het departement Personeel en om, anderdeels, de functie van directeur van het departement Personeel vacant te verklaren en voor de invulling ervan een aanwervings- en bevorderingsexamen uit te schrijven, en tot het opleggen van een dwangsom voor het geval dat de schorsing niet wordt geëerbiedigd.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 september 2010.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Verzoeker, en advocaat Tom De Sutter, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Rudi Van Der Gucht heeft een met dit arrest een andersluidend 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. Begin 2000 wordt door de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen een vergelijkend bevorderingsexamen voor de betrekking van diensthoofd Werving en Loopbaan, dienst 21, georganiseerd. Verzoeker wordt op 9 mei 2000 niet geslaagd verklaard voor het eerste gedeelte van het examen. Eerste laureaat A. H. wordt benoemd tot diensthoofd Werving en Loopbaan.

Op 11 mei 2005 bevordert de provincieraad A. H. tot de graad van directeur van de eerste directie. Hij wint het van onder andere verzoeker, die intussen zelf diensthoofd van dienst 72 was geworden.

Bij arrest nr. 175.183 van 28 september 2007 vernietigt de Raad van State de beslissing om verzoeker niet geslaagd te verklaren, omdat ze zowel aan de formele -als de materiële- motiveringsplicht tekort komt. Ook de beslissing om A. H. tot directeur te bevorderen, “die slechts tot stand kon komen en is gekomen doordat betrokkene tot diensthoofd van dienst 12 benoemd werd”, wordt vernietigd.

4. Op 14 november 2007 keurt de deputatie een nieuwe motivering goed ter verantwoording van de punten die destijds zijn gegeven voor het eerste gedeelte van het examen voor diensthoofd Werving en Loopbaan. Bij beslissing van 20 maart 2008 bevordert daarna de deputatie, op basis van de oorspronkelijk ingediende kandidaturen, opnieuw A. H. tot directeur van de eerste directie, met ingang van 1 april 2008.

Nadat die beslissingen eerst bij arrest nr. 186.383 van 19 september 2008 zijn geschorst, worden ze bij arrest nr. 200.437 van 4 februari 2010 vernietigd. Ook de uit de bevordering van 20 maart 2008 blijken de weigering om verzoeker tot directeur van de eerste directie te benoemen wordt nietigverklaard. Motief voor de vernietigingen is de schending van het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest nr. 175.183; het rechtsherstel waartoe verwerende partij naar aanleiding van dat vernietigingsarrest beweert te zijn overgegaan, wordt “die naam niet waard” genoemd.

5. Met een brief van 20 februari 2010 wijst verzoeker verwerende partij erop dat zij ten gevolge van het arrest nr. 200.437 verplicht is om zich opnieuw uit te spreken over de aan hem geweigerde benoeming tot directeur van de eerste directie, ondertussen departement Personeel. Hij vraagt haar of ze hem wil benoemen tot directeur van het departement Personeel.

Bij de thans bestreden beslissing van 11 maart 2010 beslist de deputatie:

“artikel 1: Het verzoek van José Foncke dd. 20 februari 2010 om benoemd te worden tot directeur van het departement Personeel wordt niet ingewilligd.

artikel 2: De functie van directeur van het departement Personeel wordt vacant verklaard. Voor de invulling ervan wordt een aanwervings- en bevorderingsprocedure opgestart conform het provincieraadsbesluit van 17 december 2008 houdende vaststelling van de rechtspositieregeling voor het provinciepersoneel, zoals gewijzigd bij besluit van 18 maart 2009”.

Gemotiveerd wordt hoofdzakelijk:

“Overwegende dat [het arrest nr. 200.437 van 4 februari 2010] niet anders kan worden geïnterpreteerd dan dat de provincie Oost-Vlaanderen in ieder geval moet handelen en niet mag stilzitten. Dit betekent evenwel niet dat zij José Foncke “automatisch” moet benoemen tot directeur; zij moet hem - zoals ook blijkt uit de arresten-Haenen en Vanspeybroeck, door de Raad van State geciteerd in haar arrest - een kans geven;

Overwegende dat de provincie Oost-Vlaanderen hierbij moet handelen volgens het dictum van het arrest nr. 200.437. Concreet betekent dit dat een nieuwe benoemingsprocedure tot directeur niet als resultaat mag hebben dat de voorkeur wordt gegeven aan [A. H.] boven José Foncke op basis van de ervaring en de competenties die [A. H.] heeft verworven in de functie van diensthoofd van dienst 12, waarvan de benoeming door hogervermeld arrest nr. 175.183 als “onwettig” werd bestempeld;

Overwegende dat de provincie Oost-Vlaanderen in deze nieuwe benoemingsprocedure toepassing moet maken van de wetgeving zoals deze geldt op het ogenblik van de nieuwe beslissing, dit overeenkomstig de vaste rechtspraak van de Raad van State ter zake;

Overwegende dat het initiële verzoekschrift van José Foncke bij de Raad van State dateert van 10 juli 2000; dat dit ondertussen bijna 10 jaar geleden is;
Overwegende dat in zitting van de deputatie van 13 april 2005 de rangorde voor de benoeming van een directeur eerste directie als volgt werd vastgesteld: ‘1. [A. H.], 2. [J. C.] en Foncke José’; dat er dus drie kandidaten werden voorgedragen;

Overwegende dat dit voorstel van de deputatie werd bekrachtigd door de beslissing van de provincieraad van Oost-Vlaanderen van 11 mei 2005;

Overwegende dat er zich ondertussen verschillende ingrijpende evoluties en veranderingen inzake personeelszaken hebben voorgedaan, zowel intern als extern, te weten:

1. Het Provinciedecreet, meerbepaald de artikelen 73 (organogram), 99 (personeelsformatie) en 101 (rechtspositieregeling);

2. Het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeentepersoneel en het provinciepersoneel en houdende enkele bepalingen betreffende de rechtspositie van de secretaris en de ontvanger van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn;

En in uitvoering hiervan:

3. Het provincieraadsbesluit van 17 december 2008 houdende vaststelling van de rechtspositieregeling voor het provinciepersoneel, zoals gewijzigd bij besluit van 18 maart 2009; ten gevolge hiervan worden met ingang van 1 januari 2009 functies met rang Ay zoals die van directeur van het departement Personeel, zoals de te begeven functie nu heet, begeven volgens andere regels dan in de periode 2000-2008, mb. moeten de kandidaten zich onderwerpen aan 2 proeven en een assessment;

4. Het provincieraadsbesluit van 29 april 2009 houdende vaststelling van het organogram en de personeelsformatie zoals gewijzigd bij besluit van 8 juli 2009 en 20 januari 2010. Met dit nieuwe organogram werd de structuur van het Departement Personeel, de vroegere eerste directie, ingrijpend gewijzigd; sindsdien omvat dit departement 3 diensten: de dienst Personeelsbeheer, de dienst Werving en Loopbaan en de dienst Personeel Onderwijs; de functie van de directeur van dat departement werd dienovereenkomstig aangepast;

5. Het provincieraadsbesluit van 20 januari 2010 houdende de vaststelling van de functiebeschrijvingen, waaronder ook die van directeur departement Personeel. Hierin werden duidelijk de resultaatsgebieden van de functie en het profiel van de directeur departement Personeel vastgelegd;

Overwegende dat, in de mate dat thans de functie van directeur van het departement Personeel vacant wordt verklaard, deze beslissing het gezag van gewijsde van het arrest van de Raad van State nr. 200.437 van 4 februari 2010 respecteert”.

IV. Schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

V. De grondvoorwaarde van de ernstige middelen

Standpunt van de partijen

7. Verzoeker leidt een *eerste middel* af uit de schending van het gezag van gewijsde van het meer vermelde arrest nr. 200.437. Betoogd wordt dat het arrest onder meer de impliciete weigering vernietigt om verzoeker tot directeur te benoemen, dat daaruit volgt dat verwerende partij zich binnen de bestaande bevorderingsprocedure moet uitspreken over zijn kandidatuur en zijn eventuele benoeming en dat zij daarbij rekening moet houden met zijn rechtsaanspraken zoals bepaald door de vernietigingsgrond, dat de verwerende partij integendeel direct op zoek is gegaan naar motieven om een nieuwe procedure te beginnen, en dat de motieven stuk voor stuk vreemd zijn aan verzoekers kandidatuur of persoon, zodat ze elke grondslag ontberen “om te kunnen gelden als een opnieuw zich uitspreken over de eventuele benoeming van verzoeker binnen de bestaande bevorderingsprocedure”.

In een *tweede middel* wordt de schending aangevoerd van de materiële - en de formele - motiveringsverplichting en van het redelijkheidsbeginsel. De motivering wijst erop, aldus verzoeker, dat verwerende partij geen motieven heeft om hem niet te benoemen, reden waarom hij vraagt in het schorsingsarrest de rechtsplicht op te nemen om hem per 1 april 2008 te benoemen. Dat het initiële verzoekschrift dateert van 10 juli 2000 is volgens hem niet dienstig, de laatste bevordering van A. H. is 20 april 2008 gedateerd. “Dezelfde inconsistentie en halfslachtigheid” is ook terug te vinden in de motieven met betrekking tot de ingrijpende veranderingen en evoluties inzake personeelszaken: ofschoon de veranderingen volop in ontwikkeling waren ten tijde van de herbenoeming van A. H. tot directeur, waren ze voor die herbenoeming op 20 april 2008 geen beletsel; de op til zijnde nieuwe rechtspositieregeling en de nieuwe personeelsformatie waren dan weer wél een reden om verzoeker, na het schorsingsarrest van 19 september 2008, de functie van directeur niet te laten waarnemen.

“Samengevat”, meent verzoeker, “kan men stellen dat de provincie telkens argumenten naar voor brengt die haar doel van het ogenblik dienen: alles in het werk stellen om [A. H.] te benoemen, en later, na ‘uitschakeling’ van deze kandidaat door het schorsingsarrest, de absolute weigering om verzoeker te benoemen”.

8. In de nota antwoordt verwerende partij aangaande het eerste middel dat kennelijk niet wordt betwist dat verwerende partij in de nieuwe benoemingsprocedure toepassing moet maken van de wetgeving zoals die geldt op het ogenblik van de nieuwe beslissing, dat die overweging zich aan elke kandidaat opdringt, dat zij zich wel degelijk heeft uitgesproken over de eerder lopende bevorderingsprocedure en op grond van deugdelijke motieven heeft geoordeeld dat het ambt van directeur opnieuw vacant moet worden verklaard, en dat de verplichting om de bevorderingsprocedure verder te zetten geen rechtsplicht inhoudt om verzoeker te benoemen.

Ook in verband met het tweede middel benadrukt verwerende partij het motief volgens hetwelk in de nieuwe benoemingsprocedure toepassing moet worden gemaakt van de wetgeving zoals ze geldt op het ogenblik van de nieuwe beslissing. Gelet op dat motief hoefde verwerende partij, naar haar mening, niet op zoek te gaan naar motieven “die de niet-benoeming van de verzoekende partij op grond van een inhoudelijke beoordeling van zijn kandidatuur en de vergelijking van titels en verdiensten met de twee overige kandidaten zouden moeten verantwoorden”. Voorts is verwerende partij van mening dat niet ernstig de juistheid kan worden betwist van het feit dat de betwisting tussen partijen loopt sinds 10 juli 2000. Evenmin kan ernstig worden betwist dat alle elementen waarnaar in de bestreden beslissing wordt verwezen, dateren van na de bestreden beslissingen in de zaak die tot het arrest nr. 200.437 leidde.

Beoordeling

9. Wat de gevolgen zijn van de vernietiging -door het arrest van de Raad van State nr. 200.437- van de uit de bevordering van 20 maart 2008 van A. H. blijkende weigering om verzoeker tot directeur van de eerste directie te benoemen precies bedoelde, lijkt in het arrest zelf, *sub* 11 en 12, te zijn toegelicht: de overheid zal ertoe gehouden zijn zich opnieuw over de eventuele benoeming van verzoeker uit te spreken én zij zal daarbij niet meer de onwettigheid mogen herhalen die door het arrest in aanmerking is genomen; meer bepaald zal verzoeker bij het nemen van een nieuw besluit over de benoeming van een directeur niet opnieuw gepasseerd mogen worden op grond van de ervaring en competenties die A. H. als diensthoofd van dienst 12 heeft verworven.

Te dezen heeft verwerende partij zich ook effectief weer gebogen over verzoekers kandidaatstelling om tot directeur bevorderd te worden, maar heeft zij die kandidatuur eens te meer afgewezen. In de redengeving daarvoor komen op generlei wijze nog de ervaring en competenties van A. H. te pas.

Op het eerste gezicht kan dan ook niet tot een schending van het gezag van gewijsde van het arrest nr. 200.437 worden besloten. Het eerste middel is niet ernstig.

10. Voor de bevordering tot directeur van 11 mei 2005 waren er drie kandidaten die alle drie als “zeer verdienstelijke diensthoofden” werden bestempeld. Dat uiteindelijk de voorkeur naar A. H. ging, werd verantwoord door de ervaring en competenties die hij opdeed als diensthoofd van dienst 12. De bevordering is op vraag van verzoeker vernietigd geworden bij arrest nr. 175.183, vanwege de onwettigheid van de benoeming van A. H. tot diensthoofd.

Op basis van de oorspronkelijke kandidaturen en van “dezelfde” (*sic*) vergelijking van titels en verdiensten, ging de verwerende partij op 20 maart 2008 opnieuw over tot de bevordering tot directeur van A. H. Weer verkreeg verzoeker de vernietiging van de bevordering, omdat de ervaring en competenties van A. H. verworven werden op grond van diens benoeming tot diensthoofd, waarvan het vernietigingsarrest nr. 175.183 vaststelde dat ze onwettig was.

Wanneer dan, na die hele voorgeschiedenis, de verwerende partij -die ertoe verplicht is de draad van de bevorderingsprocedure weer op te nemen- beslist, zonder nog aan de verdiensten van de kandidaten, inzonderheid van verzoeker, enige aandacht te geven, om de lopende procedure te beëindigen en een nieuwe te beginnen, lijkt het zonder meer elementair te zijn dat zij de beweegredenen daarvoor met een bijzondere precisie en accuratesse in haar beslissing verwoordt.

Vooralsnog blijkt niet dat de formele motivering in de beslissing van 11 maart 2010 van de deputatie afdoende aan die versterkte, aangescherpte formele-motiveringsverplichting tegemoet komt.

11. In dat verband stelt de Raad van State in de eerste plaats vast dat het motief dat het initiële verzoekschrift van verzoeker ondertussen bijna tien jaar

geleden werd ingediend, op het eerste gezicht naast de kwestie is. Initieel was immers geen bevordering tot directeur aan de orde; dat was pas vijf jaar later voor het eerst het geval, in 2005.

12. Het motief dat de rangorde en voordracht van A. H., J. C. en verzoeker al in april-mei 2005 werd vastgesteld, is dan weer opvallend lacuneus. Onvermeld blijft immers dat de deputatie de oorspronkelijke kandidaturen ook nog drie jaar later -op 24 januari 2008- bevestigde en -op 20 maart 2008- in aanmerking nam om tot een nieuwe benoeming van een directeur eerste directie over te gaan.

13. Inderdaad blijken er zich inmiddels evoluties en veranderingen te hebben voorgedaan inzake personeelszaken. Dat was echter ook reeds het geval ten tijde van de bevordering van 20 maart 2008 - toen, zonder dat het aanleiding gaf tot het overdoen van de procedure. Aldus valt in die bevorderingsbeslissing de overweging te lezen “dat op basis van de vigerende wetgeving, die thans moet worden toegepast, de deputatie de benoemende overheid is en niet meer de Provincieraad”.

Waar bijgevolg niet elke wijziging in de omstandigheden *per se* van aard is dat ze de lopende procedure doet afbreken en een nieuwe procedure beginnen, was het vanwege de hoger vermelde bijzondere motiveringsverplichting die op verwerende partij rustte zeker te dezen voor haar zaak om heel nauwgezet aan te geven in welk opzicht exact de aangevoerde veranderingen volgens haar rechtvaardigden dat de bevorderingsprocedure niet werd verdergezet.

Veel verder dan een vrij laconieke verwijzing naar gewijzigde regelgeving is verwerende partij, getuige de uitdrukkelijke motivering van haar beslissing, evenwel niet geraakt. Zo laat zij niet begrijpen waarom de procedure niet kon voortgaan volgens de nieuwe regels die nu in “2 proeven en een assessment” zouden voorzien, noch op welke specifieke punten de omvorming van de vroegere eerste directie in het departement Personeel of de functiebeschrijving van de directeur van dat departement daarvoor een bezwaar zouden vormen.

14. Het tweede middel is ernstig in zoverre het uit de schending van de formele-motiveringsverplichting is afgeleid.

15. Of voorts uit de afwezigheid -op het eerste gezicht- van een afdoende formele motivering moet worden besloten dat de verwerende partij klaarblijkelijk geen redenen heeft die redelijkerwijze kunnen verantwoorden dat verzoeker niet tot directeur wordt benoemd, waaruit in de specifieke omstandigheden van deze zaak dan mogelijk de vaststelling is af te leiden van een rechtsplicht in hoofde van de verwerende partij om verzoeker die benoeming te geven, behoeft voorlopig, in het kader van de voorliggende vordering tot schorsing, geen antwoord.

Zou weliswaar een vernietiging van de bestreden weigering om verzoeker tot directeur te benoemen op grond van de miskennis van de rechtsplicht om hem te benoemen, voor de verwerende partij de verplichting meebrengen verzoeker die benoeming met terugwerkende kracht tot 11 maart 2010 te geven, dat is niet zo bij alleen maar een schorsing van de bestreden weigering op die grond. Immers tast een schorsing als zodanig niet het bestaan van de weigering aan, zodat er vooralsnog geen ruimte is voor een nieuwe beslissing over de benoeming.

VI. Moeilijk te herstellen ernstig nadeel

Standpunt van de partijen

16. Verzoeker betoogt en beargumenteert dat hij ten gevolge van de lange aansleep van het geschil een zware psychische belasting en een zware morele krenking ondergaat.

17. Verwerende partij ziet geen wezenlijk verschil met het nadeel dat alle kandidaten ondervinden door het feit dat zij niet in de vacant verklaarde functie zijn bevorderd. In zoverre de verzoeker erkent dat de verwerende partij hem als een zeer verdienstelijk diensthoofd beschouwt, is er zelfs reden om het aangevoerde moreel nadeel te relativeren.

Beoordeling

18. In het arrest nr. 186.383 over verzoekers vordering tot schorsing van onder meer de bevordering van 20 maart 2008 van A. H. nam de Raad van State aan dat toen al verzoekers zoektocht om recht te laten geschieden bijzondere

proporties vertoonde en dat de door hem aangevoerde psychische belasting als ernstig en moeilijk herstelbaar voorkwam.

De raad van State is van mening dat een en ander op vandaag nog des te meer geldt, nu de kwestieuze zoektocht alleen maar blijft voortduren.

Ook de tweede grondvoorwaarde voor een schorsing is vervuld.

VII. Dwangsom

19. Verzoeker vraagt dat een dwangsom “van 4 0000 EUR per dag van niet-uitvoering” wordt opgelegd teneinde te voorkomen dat het uitgeschreven bevorderings- en aanwervingsexamen wordt afgerond, de laureaat wordt benoemd en een nieuwe beslissing wordt genomen die wezenlijk identiek is aan de bestreden beslissing om hem niet te benoemen.

20. Deze vordering wordt niet ingewilligd. De hierna uitgesproken schorsing heeft tot gevolg dat verwerende partij niet verder uitvoering mag geven aan de bestreden beslissing van 11 maart 2010 en niet in de invulling van de functie van directeur van de departement Personeel mag voorzien of, met het oog hierop, de aanwervings- en bevorderingsprocedure mag opstarten, gebeurlijk voortzetten.

Doet zij dat toch en wordt de beslissing van 11 maart 2010 van de deputatie finaal vernietigd, dan zullen die nagekomen beslissingen, na regelmatige uitbreiding door verzoeker van het voorwerp van zijn beroep, hetzelfde lot dienen te ondergaan.

BESLISSING

1. De Raad van State schorst de tenuitvoerlegging van de beslissing van 11 maart 2010 van de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen om, eensdeels, José Foncke niet te benoemen tot directeur van het departement Personeel en om, anderdeels, de functie van directeur van het departement Personeel vacant te verklaren en voor de invulling ervan een aanwervings- en bevorderingsexamen uit te schrijven, en tot het opleggen van een dwangsom voor het geval dat de schorsing niet wordt geëerbiedigd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering tot oplegging van een dwangsom.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 oktober 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Lust,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Johan Lust