RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

nr. 211.838 van 7 maart 2011
in de zaak A. 193.451/IX-6454

In zake: Ingrid BOMBAY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Pascal Lahousse
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Leopoldstraat 64
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

Ingeborg KINNAER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Erik Berx
kantoor houdend te 3590 Diepenbeek
Sint Servatiusstraat 55
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 22 juli 2009, strekt tot de nietigverklaring van:

- het besluit van de Vlaamse regering van 15 mei 2009 waarbij Ingeborg Kinnaer wordt aangewezen voor de functie van algemeen directeur bij het intern verzelfstandigd agentschap Kind en Gezin voor een mandaat van zes jaar;

- de beslissing van ongekende datum van de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin en van de minister-president van de Vlaamse regering om Ingeborg Kinnaer als kandidaat te kiezen uit de lijst zoals bedoeld in artikel V 8, § 1, van het Vlaams personeelsstatuut en om haar aan de Vlaamse regering voor te stellen voor benoeming;
- de impliciete weigering tot aanwijzing en benoeming van de verzoekster in de voormelde functie.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 198.286 van 26 november 2009 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verzoekster heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 17 december 2009. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Marijke Van Limbergen heeft een verslag opgesteld.

De verzoekster, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben elk een verzoek tot voortzetting van het geding ingediend. De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben elk een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 februari 2011.

Staatsraad Bert Thys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pascal Lahousse, die verschijnt voor de verzoekster, advocaat Nathalie De Clercq, die loco advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Mireille Paredis, die loco advocaat Erik Berx verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Marijke Van Limbergen 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. De verzoekster is afdelingshoofd van de Algemene Diensten van het intern verzelfstandigd agentschap Kind en Gezin van de Vlaamse overheid.

3.2. In de loop van 2007 wordt de mandaatfunctie van algemeen directeur bij Kind en Gezin vacant verklaard.

Deze functie wordt in het bericht van bekendmaking van de vacature als volgt omschreven:

> "U assisteert de leidend ambtenaar m.b.t. de beleidsvoorbereiding en -uitvoering van de vastgelegde opdrachten conform de beheersovereenkomst van Kind en Gezin. U geeft leiding aan de afdeling Overkoepelende Kennisopbouw en -ontwikkeling. U bent hierbij verantwoordelijk voor de uitvoering, opvolging, evaluatie en bijsturing van de kennis- en ontwikkelingsprocessen omtrent de inhoudelijke preventieve thema's die relevant zijn voor de verschillende beleidsdomeinen van Kind en Gezin, om op die manier een betere synergie en integratie van de ontwikkeling en het beheer van de dienstverlening te bekomen. U vervangt de leidend ambtenaar in alle bevoegdheden en verantwoordelijkheden bij diens afwezigheid om de continuïteit van de dienst te verzekeren. U communiceert intern en extern om

een optimale informatie-uitwisseling te verzekeren, het dienstverleningspakket beter te kunnen afstemmen en eventueel uit te breiden".

3.3. Van de 22 kandidaten die na een eerste screening zijn toegelaten, worden er na de selectieproeven drie geschikt bevonden, waaronder de verzoekster en de tussenkomende partij.

De selectie gebeurt door een extern selectiekantoor, in opdracht van Jobpunt Vlaanderen.

In het rapport over de test "leidinggevende en functiespecifieke competenties" wordt met betrekking tot elk van de geschikt bevonden kandidaten gesteld dat zij in voldoende mate beschikken over de vereiste competenties om de functie van algemeen directeur op te nemen. Wat de tussenkomende partij betreft, wordt vermeld dat zij volgens de vakexperts niet volledig voldoet aan de vereiste functiespecifieke competenties. Er wordt aan toegevoegd dat zij echter over een sterk managementprofiel beschikt, zodat -mede gelet op het feit dat het oordeel van de vakexperts niet onverdeeld negatief is- toch wordt besloten dat haar kandidatuur voldoende garanties inhoudt voor het succesvol invullen van de functie. Bij de verzoekster worden de functiespecifieke competenties wel voldoende aanwezig geacht.

3.4. Op 17 september 2008 hebben de viceminister-president van de Vlaamse regering en de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin een onderhoud met de drie geschikt bevonden kandidaten, overeenkomstig artikel V 8, § 1, van het besluit van de Vlaamse regering van 13 januari 2006 houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid (Vlaams personeelsstatuut).

3.5. In een nota voor de vergadering van de Vlaamse regering van 10 oktober 2008 stellen de minister-president van de Vlaamse regering en de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin voor om de verzoekster

aan te wijzen voor de functie van algemeen directeur van Kind en Gezin. Zij vermelden daartoe de volgende motivering:

> "Op 17 september 2008 werden de geschikt bevonden kandidaten geïnterviewd.
>
> Uit dit interview blijkt duidelijk dat mevrouw Ingrid Bombay een duidelijke visie heeft op de functie van algemeen directeur van het Agentschap Kind en Gezin. Zij geeft blijk van grote analytische capaciteiten en beschikt over het nodige inlevingsvermogen. Zij heeft een zeer goede kennis van de functionele domeinen en van de organisatie met zijn sterktes en zwaktes. Mevrouw Bombay formuleert heldere en duidelijke antwoorden en beschikt over de managementcapaciteiten, ook inzake people-management, die vereist zijn voor de functie van algemeen directeur. Zij is gedreven en geeft blijk van een grote loyauteit. Het interview bevestigt de unanieme uitspraak van de vakexperts dat zij voldoet voor het niveau van de functie van algemeen directeur.
>
> Haar vroegere ervaringen inzake veranderingsmanagement, haar gedrevenheid en dynamiek vormen een belangrijke meerwaarde bij een leidinggevende functie in een organisatie en beleidsveld waar veranderingsprocessen op gang worden gebracht en aangestuurd moeten worden.
>
> Uit het gesprek komt duidelijk naar voor dat de wederzijdse verwachtingen worden vervuld. Ik stel dan ook voor mevrouw Ingrid Bombay voor deze functie aan te wijzen en de elementen en motiveringen die uit het interview en bovenstaande selectieonderdelen zijn gebleken, volledig over te nemen om te voldoen aan de vereisten inzake formele motivering van de rechtshandeling".

In het bijgevoegde ontwerp van aanwijzingsbesluit wordt de motivering als volgt weergegeven:

> "[...]
>
> Overwegende dat uit de test voor leidinggevende en functiespecifieke competenties blijkt dat mevrouw Ingrid Bombay beschikt over een gedreven persoonlijkheid, analytische capaciteiten en goed ontwikkelde communicatieve vaardigheden;
>
> Overwegende dat uit de test voor leidinggevende en functiespecifieke competenties blijkt dat mevrouw Ingrid Bombay ook voor de vakexperts voldoet voor het niveau van de functie;
>
> Overwegende dat uit het interview d.d. 17 september 2008 blijkt dat mevrouw Ingrid Bombay beschikt over een grondige kennis van de sector en de organisatie met zijn sterktes en zwaktes;
>
> Overwegende dat uit het interview d.d. 17 september 2008 blijkt dat mevrouw Ingrid Bombay een toekomstvisie voor de sector en organisatie kan uittekenen;

Overwegende dat als doorslaggevende elementen kunnen beschouwd worden: de unanieme beoordeling door de vakexperts over de geschiktheid van de kandidaten, ervaringen inzake veranderingsmanagement, gedrevenheid en dynamiek die een belangrijke meerwaarde vormen bij een leidinggevende functie in een organisatie en beleidsveld waar veranderingsprocessen op gang worden gebracht en aangestuurd moeten worden;

Gelet op voorgaande overwegingen, wordt geconcludeerd dat mevrouw Ingrid Bombay meest beantwoordt aan de doorslaggevende competenties en bekwaamheden;

[...]".

De Vlaamse regering beslist evenwel het desbetreffende agendapunt te verdagen.

3.6. Het dossier wordt met een nieuwe nota voorgelegd aan de Vlaamse regering op haar vergadering van 15 mei 2009. De minister-president en de (nieuwe) Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin stellen nu voor om de tussenkomende partij aan te wijzen voor de functie van algemeen directeur van Kind en Gezin. Zij vermelden daartoe de volgende motivering:

"Op 17 september 2008 werden de geschikt bevonden kandidaten geïnterviewd.

Uit dit interview blijkt dat mevrouw Ingeborg Kinnaer een duidelijke visie heeft op de functie van algemeen directeur van het Agentschap Kind en Gezin. Zij beschikt over een sterk managementprofiel en een ruime HR-ervaring. Zij heeft een visie op de samenwerking tussen de verschillende beleidsafdelingen van het agentschap. Ook beschikt zij over een groot aanpassingsvermogen en organisatietalent.

Haar vroegere ervaringen inzake veranderingsmanagement, haar gedrevenheid en dynamiek vormen een belangrijke meerwaarde bij een leidinggevende functie in een organisatie en beleidsveld waar veranderingsprocessen op gang worden gebracht en aangestuurd moeten worden.

Uit het gesprek komt duidelijk naar voor dat de wederzijdse verwachtingen worden vervuld.

Ik stel dan ook voor mevrouw Ingeborg Kinnaer voor deze functie aan te wijzen en de elementen en motiveringen die uit het interview en bovenstaande selectieonderdelen zijn gebleken, volledig over te nemen om te voldoen aan de vereisten inzake formele motivering van de rechtshandeling".

Dit is de tweede bestreden beslissing.

3.7. Op 15 mei 2009 beslist de Vlaamse regering om de tussenkomende partij aan te wijzen voor de functie van algemeen directeur van Kind en Gezin voor een mandaat van zes jaar. Het besluit van de Vlaamse regering overweegt ter motivering:

> "[...] dat uit het interview met de opdrachtgever d.d. 17 september 2008 blijkt dat de wederzijdse verwachtingen en vereisten met betrekking tot het uitoefenen van de functie van algemeen directeur van het Intern Verzelfstandigd Agentschap Kind en Gezin op de beste wijze worden beantwoord door mevrouw Ingeborg Kinnaer;
> [...]".

Dit is de eerste bestreden beslissing.

Ze wordt bij uittreksel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 9 juni 2009.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Excepties van de verwerende partij

4. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord excepties van onontvankelijkheid van het beroep op, voor zover het gericht is tegen het voorstel van de minister-president en van de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin om de tussenkomende partij aan te wijzen voor de functie van algemeen directeur van Kind en Gezin (tweede bestreden beslissing) en tegen de impliciete weigering om de verzoekster voor die functie voor te stellen en haar daarin aan te stellen (derde bestreden beslissing).

Wat de eerstgenoemde beslissing betreft, laat zij gelden dat deze slechts een voorstel betreft. Wat de laatstgenoemde beslissing betreft, voert zij aan dat in haren hoofde geen rechtsplicht bestaat om de verzoekster aan te wijzen voor de functie van algemeen directeur.

Beoordeling

5. De tweede bestreden beslissing betreft het voorstel van de minister-president van de Vlaamse regering en van de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin om de tussenkomende partij aan te wijzen voor de functie van algemeen directeur van Kind en Gezin. Zoals hierna zal blijken uit de beoordeling van het tweede middel, is een dergelijk voorstel niet bindend voor de indienstnemende overheid. Het is dan ook een louter voorbereidende handeling die op zich geen definitieve rechtsgevolgen sorteert. Als zodanig kan deze handeling derhalve niet als een voor vernietiging vatbare beslissing worden beschouwd. Weliswaar kan een niet-benoemde kandidaat de onregelmatigheid van een louter voorbereidende handeling aanvoeren ter ondersteuning van een beroep tot nietigverklaring van de benoeming die erop is gevolgd, maar dit neemt niet weg dat het beroep tegen de voorbereidende handeling zelf niet ontvankelijk is.

6. De derde bestreden beslissing betreft de impliciete weigering om de verzoekster voor de functie van algemeen directeur van Kind en Gezin voor te stellen en haar in deze functie aan te stellen.

Behalve indien een teleurgestelde kandidaat kan aantonen dat in hoofde van de overheid een rechtsplicht bestaat om hem of haar te benoemen, kan een afzonderlijk beroep tegen de impliciete weigering om die kandidaat te benoemen in beginsel niet tot een ruimer herstel leiden dan het herstel dat voortvloeit uit de vernietiging van de beslissing waarbij een concurrent is benoemd. De bewijslast ter zake rust op de verzoekende partij bij de Raad van State.

Noch uit de ter zake geldende reglementering, noch uit de door de verzoekster aangevoerde middelen blijkt evenwel dat te dezen een dergelijke rechtsplicht zou bestaan. In beginsel heeft de verzoekster dan ook geen belang bij het beroep gericht tegen de impliciete weigering om haar voor de functie van algemeen directeur voor te stellen en haar in deze functie aan te stellen.

Weliswaar kunnen er uitzonderlijk omstandigheden zijn die met zich brengen dat een verzoekende partij wel belang heeft bij het bestrijden van de impliciete beslissing om haar niet te benoemen. De verzoekster voert echter geen dergelijke omstandigheden aan. Uit het dossier blijkt ook niet dat dergelijke omstandigheden te dezen voorhanden zijn.

7. De excepties zijn gegrond.

Het beroep is dan ook slechts ontvankelijk voor zover het gericht is tegen het besluit van de Vlaamse regering van 15 mei 2009 waarbij de tussenkomende partij wordt aangewezen voor de functie van algemeen directeur bij Kind en Gezin voor een mandaat van zes jaar (eerste bestreden beslissing).

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

8. De verzoekster voert in het middel de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder van het gelijkheids-, het zorgvuldigheids-, het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel.

Zij betoogt dat, nu er slechts drie kandidaten in aanmerking kwamen, de overheid een ernstige vergelijking diende te maken van de titels en verdiensten van deze kandidaten en in het aanwijzingsbesluit diende te vermelden op grond van welke criteria ze ertoe kwam de voorkeur te geven aan de aangewezen kandidaat. Minstens diende de indienstnemende overheid in het

aanwijzingsbesluit de concrete elementen op te nemen die de teleurgestelde kandidaten in staat stelden de gehanteerde objectieve, redelijke en pertinente criteria en de beoordeling daarvan te achterhalen. De verzoekster stelt dat dit in eerste instantie is gebeurd in het voorstel om haar aan te wijzen, maar dat -onbegrijpelijk- zonder enige nadere afweging van de titels en verdiensten van de in aanmerking komende kandidaten en zonder enige motivering op grond waarvan werd afgeweken van het initiële voorstel, plots een andere kandidaat werd voorgesteld en aangewezen.

9. De verwerende partij antwoordt dat de omstandigheid dat werd gedacht aan de aanwijzing van de verzoekster en dat zelfs een voorstel in die zin werd gedaan, niet eraan in de weg stond dat ook kon worden gedacht aan de aanwijzing van de tussenkomende partij. Het voorstel en de uiteindelijke beslissing om de tussenkomende partij aan te wijzen voor de functie van algemeen directeur dienden niet negatief te worden gemotiveerd. Er moest derhalve niet worden gemotiveerd waarom de verzoekster niét werd aangewezen, maar wel waarom de tussenkomende partij werd aangewezen. Bovendien is volgens de verwerende partij wel degelijk een vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten gebeurd door het doorlopen van de verschillende onderdelen van de selectieprocedure. De verzoekster kent, aldus de verwerende partij, de motieven die hebben geleid tot het voorstel om de tussenkomende partij aan te wijzen en tot de eigenlijke aanwijzingsbeslissing.

10. De tussenkomende partij betoogt dat de bestreden aanwijzingsbeslissing verwijst naar de toepasselijke regelgeving, de bekendmaking van de vacature, het voorstel van Jobpunt Vlaanderen en het resultaat van het interview met de opdrachtgever. Daaruit blijkt volgens haar dat de Vlaamse regering naar die documenten verwijst ter motivering van de bestreden aanwijzing en zich aldus baseert op de resultaten van de onderscheiden stappen van de selectieprocedure. De geschiktheid van de kandidaten voor de functie, hun aanspraken en verdiensten werden op een objectieve wijze onderzocht en uit dat

onderzoek blijkt, aldus de tussenkomende partij, dat de verzoekster geen kennelijk grotere aanspraken op een aanwijzing kan laten gelden.

Volgens de tussenkomende partij hebben de aangevoerde schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen enkel betrekking op de beslissing om het desbetreffende punt van de agenda van de Vlaamse regering af te voeren. Dit betreft evenwel slechts een voorbereidende handeling zonder rechtsgevolgen. De initiële voordracht van de verzoekster moet dan ook als onbestaande worden beschouwd. Het gaat immers niet om een administratieve akte die rechten toekent, zodat geen sprake is van een "intrekking".

11. In haar laatste memorie betwist de verwerende partij nog het standpunt van de verzoekster dat het laten vallen van het voorstel om haar aan te wijzen, ten voordele van het voorstel om de tussenkomende partij aan te wijzen, "motiefloos" zou zijn. Volgens haar zijn de motieven om de tussenkomende partij "eerder dan verzoekende partij" aan te wijzen, opgenomen in het tweede aanwijzingsvoorstel en staat niets eraan in de weg dat een eerder voorstel wordt vervangen door een ander.

Voorts stelt zij nog dat het gevolgde selectietraject en de twee voorstellen waartoe dat traject heeft geleid, aantonen dat de twee betrokken kandidaten wel degelijk werden "gewikt en gewogen" en dat hun titels en verdiensten werden vergeleken.

Beoordeling

12. De verzoekster voert in het middel is essentie aan dat uit de bestreden beslissing tot aanwijzing van de tussenkomende partij voor de mandaatfunctie van algemeen directeur van Kind en Gezin niet blijkt dat deze aanwijzing gesteund is op een vergelijking van de titels en verdiensten van de

kandidaten op grond van objectieve en pertinente criteria en dat niet het minst wordt gemotiveerd waarom afstand wordt gedaan van het initiële voorstel van de minister-president en van de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin om de verzoekster voor de genoemde functie aan te wijzen.

13. Het principe van de gelijke toegang van de burgers tot het openbaar ambt, dat zijn grondslag vindt in het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, vereist dat de benoemende overheid, wanneer zij over een discretionaire benoemingsbevoegdheid beschikt, haar benoemingsbeslissing steunt op een zorgvuldig uitgevoerde vergelijking van de titels en verdiensten van de in aanmerking komende kandidaten op basis van objectieve en pertinente criteria die in verband staan met de te begeven betrekking.

De formele motiveringsplicht zoals vervat in de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, verplicht de benoemende overheid ertoe in haar beslissing uitdrukkelijk te vermelden welke motieven, die zij heeft geput uit de voormelde vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten, haar ertoe hebben gebracht de voorkeur te geven aan de ene of de andere kandidaat. Alhoewel in beginsel volstaat dat deze formele motivering positief is, dit wil zeggen dat ze aangeeft waarom werd gekozen voor een bepaalde kandidaat, moet ze toch toelaten te begrijpen waarom de keuze op die kandidaat is gevallen en niet op een andere.

14. Te dezen verwijst de eerste bestreden beslissing ter motivering van de aanwijzing van de tussenkomende partij voor de mandaatfunctie van algemeen directeur van Kind en Gezin naar het voorstel van de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin. Ze overweegt voorts dat uit het interview met de opdrachtgever van 17 september 2008 blijkt dat de wederzijdse verwachtingen en vereisten met betrekking tot het uitoefenen van de functie van algemeen directeur op de beste wijze worden beantwoord door de tussenkomende partij.

Deze motivering laat als zodanig niet blijken dat enige vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten op grond van objectieve en pertinente criteria die in verband staan met de toe te wijzen functie, heeft plaatsgehad. Overigens tonen ook de stukken van het administratief dossier geen dergelijke vergelijking aan.

De verwerende partij kan niet worden bijgevallen dat een dergelijke vergelijking kan worden afgeleid uit het gevolgde selectietraject en uit de twee voorstellen waartoe dat traject heeft geleid. De aanwijzingsprocedure voor de mandaatfunctie van algemeen directeur is in de artikelen V 4 tot V 9 van het Vlaams personeelsstatuut aldus uitgewerkt dat de kandidaten een selectietraject dienen te doorlopen bij Jobpunt Vlaanderen, dat beroep kan doen op de diensten van een externe consultant, wat het in casu heeft gedaan. Tijdens dit traject worden de kandidaten elk afzonderlijk beoordeeld op hun capaciteiten en hun beantwoorden aan de jobvereisten. Het eindoordeel houdt een appreciatie in van de geschiktheid van elk van de kandidaten. Er wordt evenwel geen vergelijking van de kandidaten gemaakt en de lijst van de geschikt bevonden kandidaten houdt dan ook geen rangschikking in. De vergelijking van de kandidaten moet worden gemaakt door “de opdrachtgever”, dit is de functioneel bevoegde minister, die elke geschikt bevonden kandidaat dient te interviewen en op basis van de bevindingen daarvan en van de beoordelingselementen die uit het selectiedossier van elke kandidaat blijken, zijn gemotiveerde keuze dient te maken, zoals voorgeschreven door artikel V 8 van het Vlaams personeelsstatuut. De indienstnemende overheid, dit is te dezen de Vlaamse regering, beslist vervolgens over het voorstel van de opdrachtgever.

Uit de beide voorstellen die door de minister-president en de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin achtereenvolgens werden geformuleerd, blijkt niet dat de kandidaten werden “gewikt en gewogen”, zoals de verwerende partij beweert, noch op grond van welke motieven geput uit de gemaakte vergelijking van de kandidaten de keuze uiteindelijk op de

tussenkomende partij is gevallen en niet langer, zoals in het eerste voorstel, op de verzoekster.

Gewis kan een voorstel tot aanwijzing, dat slechts een voorbereidende handeling is, door de adviserende overheid worden vervangen door een ander, althans indien zij daarvoor aanvaardbare redenen heeft. In dit opzicht kan de vervanging van het initiële voorstel tot aanwijzing van de verzoekster door een voorstel tot aanwijzing van de tussenkomende partij, als zodanig niet als een schending van het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel worden aangemerkt. Dit doet evenwel geen afbreuk aan hetgeen hiervóór werd gesteld, namelijk dat de uiteindelijke keuze van een kandidaat voor het mandaat van algemeen directeur dient te steunen op motieven die afgeleid zijn uit de bevindingen van een zorgvuldige vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten. Het blijkt niet dat een dergelijke vergelijking te dezen is gebeurd.

15. Dit alles klemt des te meer nu de tussenkomende partij een kandidate was die nooit bij Kind en Gezin heeft gewerkt en waarover vakexperts oordeelden dat zij niet volledig voldeed aan de vereiste functiespecifieke competenties, terwijl de verzoekster daarentegen haar ganse carrière bij Kind en Gezin heeft opgebouwd en wél voldeed aan de functiespecifieke vereisten. Indien het zo is, zoals de tussenkomende partij stelt, dat de verzoekster geen kennelijk grotere aanspraken kan laten gelden dan zij, dan moet worden opgemerkt dat uit niets blijkt dat de tussenkomende partij kennelijk grotere aanspraken zou kunnen laten gelden dan de verzoekster. Het stond dan ook aan de verwerende partij om haar keuze voor de tussenkomende partij zodanig te motiveren dat duidelijk bleek om welke redenen de voorkeur werd gegeven aan iemand zonder enige ervaring met de instelling ten nadele van een eveneens geschikt bevonden kandidate die de instelling goed kende omdat zij er reeds jaren in een leidinggevende functie werkzaam was en die in eerste instantie ook voor aanwijzing was voorgesteld. Voor zover daarvoor aanvaardbare redenen bestaan, blijken ze alleszins niet uit de eerste bestreden beslissing, waarin ze hadden moeten voorkomen. Deze beslissing

stelt weliswaar dat uit het interview blijkt dat de tussenkomende partij het beste beantwoordt aan de wederzijdse verwachtingen en vereisten met betrekking tot het uitoefenen van de functie van algemeen directeur, maar legt niet het minst uit waarom dit zo is, terwijl dat evenmin evident uit het relaas van dat interview kan worden afgeleid, wat alleen al wordt bevestigd door het feit dat eerst de verzoekster voor aanwijzing werd voorgesteld. Zonder verdere onderbouwing, gesteund op een zorgvuldige vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten, is de bedoelde overweging van de eerste bestreden beslissing dan ook niet meer dan een stijlfiguur.

16. Het eerste middel is derhalve gegrond voor zover het de schending aanvoert van het gelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel en van de formele motiveringsplicht.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

17. De verzoekster voert in het middel de schending aan van “het beginsel van de gebonden bevoegdheid”, het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

Volgens de verzoekster was het voorstel van de minister-president en van de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin om haar voor het mandaat van algemeen directeur van Kind en Gezin aan te wijzen een administratieve rechtshandeling met individuele draagwijdte en kon de Vlaamse regering niet anders dan dit voorstel bijvallen, zoals blijkt uit artikel V 9 van het Vlaams personeelsstatuut dat zeer uitdrukkelijk erin voorziet dat de indienstnemende overheid op voorstel van de opdrachtgever de geselecteerde kandidaat dient te benoemen. Het desbetreffende aanwijzingsvoorstel kon dan ook niet meer regelmatig worden ingetrokken door een ander, tweede voorstel.

18. De verwerende partij antwoordt dat de verzoekster verkeerdelijk meent dat een voorstel van de opdrachtgever een individuele administratieve rechtshandeling uitmaakt die rechten doet ontstaan ten voordele van degene die wordt voorgesteld. Zij stelt dat de aanwijzingsprocedure in het Vlaams personeelsstatuut aldus is uitgewerkt dat de voorbereidende handelingen bij de keuze van een kandidaat gebeuren door de opdrachtgever, waarna de Vlaamse regering de beslissing neemt. Deze voorbereidende handelingen creëren op zich geen rechten en wijzigen de rechtsorde niet. Een voorbereidende handeling kan dan ook worden hernomen zonder dat er sprake is van een “intrekking”. Een intrekking heeft immers betrekking op een eindbeslissing die de rechtsorde wijzigt en rechten creëert voor de begunstigde. De verwerende partij besluit dat van een verplichting van de Vlaamse regering om te benoemen op grond van een voorstel dat zijn voorwerp heeft verloren, hoegenaamd geen sprake kan zijn.

19. De tussenkomende partij valt het standpunt van de verwerende partij bij. Zij stelt dat uit artikel V 9 van het Vlaams personeelsstatuut niet blijkt dat de Vlaamse regering te dezen een gebonden bevoegdheid heeft. Hoe dan ook kan een aanwijzingsvoorstel vóór de beraadslaging van de Vlaamse regering nog altijd wijzigen, aangezien het gaat om een voorbereidende handeling.

Beoordeling

20. Uit de artikelen V 7 en V 8 van het Vlaams personeelsstatuut blijkt dat de selectieprocedure voor de aanwijzing van een algemeen directeur aldus is georganiseerd dat Jobpunt Vlaanderen aan de opdrachtgever een lijst met geschikte kandidaten voorstelt (artikel V 7), en dat de opdrachtgever een interview heeft met deze geschikte kandidaten en uit de lijst van de geschikte kandidaten een kandidaat kiest waarbij hij zijn keuze uitdrukkelijk moet motiveren. Voorts wordt bepaald dat indien de opdrachtgever geen kandidaat uit de lijst kiest, de procedure wordt heropgestart (artikel V 8).

Uit de bepalingen van artikel V 9 van het Vlaams personeelsstatuut kan -in tegenstelling tot hetgeen de verzoekster aanvoert- niet worden afgeleid dat de indienstnemende overheid verplicht zou zijn een voorgestelde kandidaat te benoemen. Dit artikel bepaalt slechts op welke wijze de arbeidsverhouding tussen de aangewezen kandidaat en de verwerende partij wordt geregeld in de twee mogelijke gevallen, namelijk enerzijds het geval dat de aangewezen kandidaat reeds in dienst is als ambtenaar van de Vlaamse overheid en anderzijds het geval dat hij dat niet is.

Er is dan ook geen reden om in de desbetreffende bepalingen van het Vlaams personeelsstatuut een gebonden bevoegdheid van de Vlaamse regering te onderkennen. Indien het overigens de bedoeling zou zijn geweest dat de Vlaamse regering gebonden is door het voorstel van de opdrachtgever, dan had deze regering evenzeer met toepassing van artikel 22 van het bijzonder decreet van 7 juli 2006 over de Vlaamse Instellingen kunnen beslissen om delegatie te verlenen aan de opdrachtgever om zelf de eindbeslissing te nemen. Nu dit niet het geval is, moet worden aangenomen dat het voorstel van de opdrachtgever niet méér is dan een voorstel. Het houdt de benoeming niet in en brengt aldus geen eigen rechtsgevolgen met zich mee.

Er is dan ook geen sprake van een recht op aanwijzing in hoofde van de kandidaten die door de opdrachtgever worden voorgesteld aan de indienstnemende overheid. De aanwijzing van de voorgestelde kandidaat door de indienstnemende overheid gebeurt in de uitoefening van een discretionaire en niet van een gebonden bevoegdheid.

Het tweede middel is derhalve niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van de Vlaamse regering van 15 mei 2009 waarbij Ingeborg Kinnaer wordt aangewezen voor de functie

van algemeen directeur bij het intern verzelfstandigd agentschap Kind en Gezin voor een mandaat van zes jaar.

De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

2. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het vernietigde besluit.

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

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 maart 2011, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Daniël Moons,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,

bijgestaan door

Wim Geurts,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Wim Geurts	**André Vandendriessche**