

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

nr. 220.177 van 5 juli 2012
in de zaken A. I. 198.032/XIV-34.213
II. 198.855/XIV-34.216

In zake : I. Kathleen VANDERHASSELT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Vincent De Wolf
kantoor houdend te 1060 Brussel
Gulden Vlieslaan 68/9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN ELSENE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Thierry Stiévenard
kantoor houdend te 1070 Brussel
Krokussenlaan 48
bij wie woonplaats wordt gekozen

II. Kathleen VANDERHASSELT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Vincent De Wolf
kantoor houdend te 1060 Brussel
Gulden Vlieslaan 68/9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN ELSENE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Thierry Stiévenard
kantoor houdend te 1070 Brussel
Krokussenlaan 48
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep in de zaak sub I (A. 198.032/XIV- 34.213), ingesteld op 25 oktober 2010, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing die tijdens de zitting van 26 augustus 2010 werd genomen door de O.C.M.W.-Raad van tegenpartij, -waarbij beslist werd om «confirmer à la date du 1 er septembre 2010 Madame Agathe MOREAU en tant que directrice de la Résidence Van Aa»- alsook van de impliciete beslissing, die een corollarium is bij- de eerste beslissing, om verzoekster niet in deze functie aan te stellen”.

Het beroep in de zaak sub II (A. 198.855/XIV-34.216), ingesteld op 14 januari 2011 strekt tot de nietigverklaring van de beslissing die tijdens de zitting van 28 oktober 2010 werd genomen door de O.C.M.W.-Raad van Elsene, waarbij beslist werd om “de bevordering van Mevrouw Kathleen VANDERHASSELT tot de graad van afdelingshoofd (A5) verantwoordelijke voor de bejaardensector als onbestaand te beschouwen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. In beide zaken heeft de verwerende partij een memorie van antwoord ingediend en heeft de verzoekster een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Iris Verheven heeft een verslag opgesteld.

In beide zaken heeft de verzoekster een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 juni 2012.

Staatsraad Stephan De Taeye heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Benoit Snoeks, die loco advocaat Vincent De Wolf, verschijnt voor de verzoekster, en advocaat Thierry Stiévenard, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Iris Verheven 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. Voeging

3.1. De zaken zijn dermate verknocht dat ze dienen te worden gevoegd.

IV. Feiten

4.1. Bij besluit van 27 oktober 2005 beslist de OCMW-raad van Elsene om Marie-Aude Cuvelier aan te stellen in de hoedanigheid van directrice van de Residentie Van Aa en om de verzoekster op te nemen in de wervingsreserve voor de betrekking van directrice van de Residentie Van Aa.

4.2. Op 22 december 2005 beslist de OCMW-raad van Elsene om de verzoekster aan te werven als bestuurssecretaris “onder contract van onbepaalde duur met ingang op 3 januari 2006”. Op de laatstvermelde datum maken het OCMW van Elsene en de verzoekster te dien einde een “bediendenkontrakt” op.

4.3. Op 22 februari 2007 wordt de verzoekster door de OCMW-raad van Elsene vast benoemd als bestuurssecretaris -Chef van de Dienst van de dienst Gezins- en Bejaardenhulp- met ingang van 1 maart 2007.

4.4. Bij besluit van 29 januari 2009 van de OCMW-raad van Elsene wordt de verzoekster met ingang van 1 februari 2009 tot de graad van adjunct-adviseur bevorderd.

4.5. Op 28 mei 2009 wordt de arbeidsrelatie van het OCMW te Elsene met de in functie zijnde directrice van de Residentie Van Aa Marie-Aude Cuvelier met onmiddellijk ingang beëindigd.

4.6. Op 25 juni 2009 stelt de OCMW-raad van Elsene vast dat ten einde de continuïteit van de dienst te verzekeren en in afwachting van de aanstelling van een nieuwe directeur, de functie van directeur ad interim moet worden waargenomen. Er wordt beslist Agathe Moreau met ingang van 1 juni 2009 een vergoeding toe te kennen voor de uitoefening van een hogere functie, met name het verschil tussen de graad van directeur van het rusthuis (AH5) en haar graad van adjunct van de directeur (BH1).

4.7. Op 2 juli 2009 meldt het OCMW van Elsene aan de verzoekster dat de OCMW-raad haar kandidatuur voor de betrekking van directrice van de Residentie Van Aa heeft onderzocht. Er wordt gewezen op de verplichting van artikel 67 van het besluit van het Verenigd College van 14 maart 1996, dat het bezit van een certificaat van bejaardentehuisdirecteur oplegt voor de uitoefening van de functie. De verzoekster wordt uitgenodigd deze opleiding te volgen, waarbij uitdrukkelijk het volgende wordt gesteld: “Zodra u houder bent van het certificaat van bejaardentehuisdirecteur, kan de Raad tot uw aanstelling als directrice van de Residentie Van Aa besluiten”.

4.8. Op 4 maart 2010 wordt in een dienstnota van de secretaris van het OCMW van Elsene gemeld dat de verzoekster zal worden voorgesteld voor de functie van directrice van de Residentie Van Aa.

4.9. Na het volgen van een opleiding, is de verzoekster op 21 juni 2010 houder van het certificaat bejaardentehuisdirecteur.

4.10. Met ingang van 1 januari 2011 neemt het OCMW van Elsene van de gemeente Elsene het rusthuis “Uren van Geluk” over. Naar aanleiding hiervan wordt de coördinatiefunctie voor bejaardenhulp in het leven geroepen, overeenstemmend met de graad van afdelingshoofd (A5).

Op 26 augustus 2010 wordt de verzoekster in die functie benoemd.

Diezelfde dag “bevestigt” het OCMW van Elsene met ingang van 1 september 2010 Agathe Moreau als directrice van de Residentie Van Aa.

Dit is de eerste bestreden beslissing in de zaak sub I (A. 198.032/XIV- 34.213).

Uit de eerste bestreden beslissing vloeit volgens de verzoekster de impliciete beslissing voort om haar niet in deze functie aan te stellen. Dit is de tweede bestreden beslissing in de zaak sub I (A. 198.032/XIV- 34.213).

4.11. Bij besluit van 28 oktober 2010 beslist de OCMW-raad van Elsene om de bevordering van de verzoekster van 26 juni 2010 tot de graad van afdelingshoofd (A5) - verantwoordelijke voor de bejaardensector als onbestaand te beschouwen.

Dit is de bestreden beslissing in de zaak sub II (A. 198.855/XIV-34.216).

V. Ontvankelijkheid van het beroep in de zaak sub I (A. 198.032/XIV- 34.213)

A. Eerste exceptie van onontvankelijkheid van het beroep ratione materiae

De aangevoerde exceptie

5.1. De verwerende partij voert in haar memorie van antwoord aan dat de bestreden beslissing onafsplitsbaar is van het bestaande arbeidscontract tussen de verwerende partij en Agathe Moreau, op basis waarvan de laatstvermelde de functie van directrice van de Residentie Van Aa sinds 1 juni 2009 uitoefent. Het voorwerp van het beroep is geen “akte van de overheid” in de zin van artikel 14, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en behoort niet tot de bevoegdheid van de Raad van State. De theorie van de afsplitsbare rechtshandelingen, op basis waarvan eenzijdige rechtshandelingen die voorafgaan aan de totstandkoming van een overeenkomst toch voor de Raad van State kunnen worden bestreden, staat de onbevoegdheid van de Raad van State in huidige geschil niet in de weg: deze theorie impliceert dat het contract op het ogenblik waarop de overheid de bestreden handeling neemt, nog niet bestaat.

5.2. De verwerende partij laat in haar laatste memorie nog gelden dat op basis van de theorie van de afsplitsbare rechtshandelingen de eenzijdige rechtshandelingen die voorafgaan aan de totstandkoming van de overeenkomst voor de Raad van State kunnen bestreden worden. In casu zijn de verwerende partij en Agathe Moreau sinds 1 augustus 2003 door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur verbonden. De eerste bestreden beslissing kadert klaarblijkelijk in de uitvoering van de contractuele rechtsverhouding die ten gevolge van de arbeidsovereenkomst tussen de verwerende partij en Agathe Moreau is ontstaan, met name de verhoging van het contractuele loon ten gevolge van een verhoging van de taken en verantwoordelijkheden van deze laatste.

Het artikel 56 van de OCMW-wet laat volgens de verwerende partij toe om, in dringende gevallen, personeel in dienst te nemen dat nodig is om functies waar te nemen die voorlopig zonder titularis zijn, met gedeeltelijke afwijking van de vastgestelde aanwervingsvoorwaarden. In casu heeft de verzoekster niet laten gelden, noch in haar verzoekschrift noch in haar memorie van wederantwoord, dat aan de toepassingen van het artikel 56 niet voldaan is, met als gevolg dat Agathe Moreau als een personeelslid in statutair verband moet worden aanzien. Indien de verzoekster deze stelling voor de eerste keer in haar laatste memorie aanvoert, dan moet dit middel als onontvankelijk verworpen worden, daar het een middel betreft dat de verzoekster eerder had kunnen invoeren.

Beoordeling

5.3. De normale tewerkstellingswijze in de publieke sector is van statutaire aard. Dit betekent niet dat een contractuele aanstelling absoluut is uitgesloten, maar wel dat de eenzijdige aanstelling als algemene regel geldt. Aangezien het contractuele regime de uitzondering is en er als het ware een weerlegbaar vermoeden van het bestaan van een statutaire rechtsverhouding geldt, moet een tewerkstelling onder arbeidsovereenkomst blijken uit een formele of minstens een zekere en ondubbelzinnige wilsuiting. De wil van de partijen zal echter slechts primeren als geen enkele wettelijke of reglementaire bepaling de statutaire aanwerving verplicht stelt of de contractuele tewerkstellingswijze voorbehoudt voor bepaalde welomschreven gevallen.

5.4. De artikelen 55 en 56 van de OCMW-wet, zoals te dezen toepasselijk, bepalen :

“Art. 55. § 1. De Minister die het maatschappelijk welzijn in zijn bevoegdheid heeft kan een of meer openbare centra voor maatschappelijk welzijn machtigen om voor de door hem bepaalde betrekkingen van de maatschappelijke werkers, van het verplegend en verzorgend personeel, van het hulppersoneel en van het meesters-, vak- en dienstpersoneel, tot een contractuele aanwerving over te gaan.

In dit geval moet de raad voor maatschappelijk welzijn bij de vaststelling van de personeelsformatie uitdrukkelijk die vorm van aanwerving voor de bedoelde betrekkingen voorzien en bij de aanstelling een schriftelijke overeenkomst met het betrokken personeelslid sluiten.

§ 2. De raad voor maatschappelijk welzijn kan overgaan tot de indienstneming onder arbeidsovereenkomst van personen van vreemde nationaliteit voor de niet leidinggevende betrekkingen.”

“Art. 56. § 1. De raad voor maatschappelijk welzijn en, indien hun hiervoor de bevoegdheid werd overgedragen, het vast bureau en het bijzonder comité, kunnen in dringende gevallen en voor de instellingen of diensten waar de bestendige aanwezigheid van een bepaald personeel onontbeerlijk is, binnen de perken van de personeelsformatie en met [...] gedeeltelijke afwijking op de vastgestelde aanwervingsvoorwaarden, het personeel in dienst nemen dat nodig is om functies waar te nemen die voorlopig zonder titularis zijn of waarvan de titularis tijdelijk afwezig is en die betrekking hebben op de maatschappelijk werkers, het verplegend en verzorgend personeel, het hulppersoneel en het meesters-, vak- en dienstpersoneel.

Het Verenigd College kan de lijst van de in het eerste lid bedoelde functies uitbreiden.

§ 2. In geval van ramp kan de raad voor maatschappelijk welzijn eveneens, eventueel buiten de perken van de personeelsformatie, het personeel in dienst nemen dat nodig is om dringende en onvoorziene taken te vervullen.

§ 3. De indienstnemingen op grond van dit artikel evenals die op grond van artikel 55 of van artikel 60, § 7, worden geregeld door de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten.

De wetten die een prioriteit verlenen voor de toegang tot de openbare betrekkingen zijn er niet op toepasselijk.

§ 4. De aanwerving voor bedieningen die voorlopig zonder titularis zijn mag slechts plaatshebben voor ten hoogste zes maanden.

Indien het noodzakelijk is, kan de overeenkomst hernieuwd worden voor één of meer periodes die samen met de eerste aanwerving één jaar niet mogen overschrijden.

§ 5. In geval van tijdelijke afwezigheid van de titularis van een bediening mag de overeenkomst gesloten worden voor de duur van de afwezigheid.”

5.5. In het arrest Geerts, nr. 25.085 van 28 februari 1985, overweegt de Raad van State :

“dat, om te antwoorden op de vraag of verzoeker in statutair dan wel in contractueel verband als personeelslid door het O.C.M.W. werd aangeworven en verder in dienst bleef, de wil van de beide partijen -het O.C.M.W. en verzoeker- terzake doorslaggevend is voor zover althans deze niet in strijd was met de wettelijke bepalingen terzake; dat, al is het ook zo dat uit de hierboven gedane uiteenzetting duidelijk blijkt dat het O.C.M.W. en verzoeker hun wederzijdse betrekkingen overeenkomstig de wetgeving op het arbeidscontract hebben geregeld, deze manier van handelen nochtans onbestaanbaar was met artikel 55 van de wet van 8 juli 1976 naar luid waarvan ‘bepaalde betrekkingen van het verplegend en verzorgend personeel, van het hulppersoneel en van het meesters-, vak- en dienstpersoneel’ contractueel kunnen aangeworven worden nadat de Minister die het maatschappelijk welzijn in zijn bevoegdheid heeft, daartoe de vereiste machtiging heeft verleend en ‘de raad voor maatschappelijk welzijn bij de vaststelling van de personeelsformatie uitdrukkelijk die vorm van aanwerving voor de bedoelde betrekkingen heeft voorzien’; dat bovendien volgens dezelfde wetsbepaling, voor contractueel aan te werven personeelsleden een schriftelijke overeenkomst tussen het O.C.M.W. en het betrokken personeelslid moet gesloten

worden; dat uit dit alles volgt dat in de regel de personeelsleden van het O.C.M.W. statutair benoemd worden en dat alleen onder de hierboven vermelde voorwaarden tot contractuele aanwerving kan worden overgegaan; dat in onderhavig geval aan geen van deze voorwaarden was voldaan; dat derhalve verzoeker moet worden aangezien als een personeelslid in statutair verband, waarop de artikelen 51 en volgende van de wet van 8 juli 1976 van toepassing waren”.

5.6. Het valt niet in te zien dat in de huidige zaak anders zou moeten geoordeeld worden. Vastgesteld moet worden dat een contractuele tewerkstelling voor een functie van directeur van een rusthuis niet wettelijk is toegelaten, noch door of krachtens artikel 55 van de OCMW-wet, noch door of krachtens artikel 56 van diezelfde wet. Agathe Moreau moet derhalve worden beschouwd als een personeelslid in statutair verband. De ontvankelijkheid van het beroep *ratione materiae* wordt desnoods ambtshalve onderzocht. De in de laatste memorie van de verwerende partij aangevoerde omstandigheid dat de verzoekster noch in haar verzoekschrift noch in haar memorie van wederantwoord heeft laten gelden dat aan de toepassingen van artikel 56 van de OCMW-wet niet is voldaan, doet aan het hoger gestelde derhalve geen afbreuk.

De exceptie is ongegrond.

B. Tweede exceptie van onontvankelijkheid van het beroep ratione materiae

Standpunt van de partijen

6.1. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord op dat de eerste bestreden beslissing een louter bevestigende beslissing is en bijgevolg niet vatbaar is voor vernietiging. De eerste bestreden beslissing bevestigt de beslissingen van de OCMW-raad van 28 mei 2009 op basis waarvan Agathe Moreau de functie van directrice van de Residentie Van Aa sinds 1 juni 2009 uitoefent. De verzoekster heeft deze beslissing niet aangevochten voor de Raad van State en de vernietiging ervan kan bij huidig beroep niet meer gevorderd worden.

Met betrekking tot de tweede bestreden beslissing, met name de impliciete weigering om de verzoekster te benoemen tot directrice van de Residentie Van Aa, stelt de verwerende partij dat de aanvechting ervan slechts mogelijk is indien er een schending is aangetoond van een gebonden bevoegdheid. De bewijslast van de gebonden bevoegdheid ligt bij de verzoekster. De verwerende partij stelt vast dat er op haar geen rechtsplicht rust om de betrekking van directeur van de Residentie Van Aa vacant te verklaren en tot het oproepen van kandidaten in het kader van een benoemings- of bevorderingsprocedure over te gaan. A fortiori is er geen rechtsplicht om de verzoekster in deze betrekking te bevorderen.

6.2. Met betrekking tot de eerste beslissing repliceert de verzoekster dat de beslissingen van 28 mei 2009 niet door de verwerende partij worden voorgelegd. Daarenboven is het voorwerp verschillend van de bestreden beslissing die de functie van directeur voor onbepaalde duurtijd toekent aan Agathe Moreau.

Met betrekking tot de tweede beslissing geeft de verzoekster aan dat zij als enige is overgebleven in de wervingsreserve en de tegenpartij haar moest benoemen.

6.3. In haar laatste memorie betoogt de verwerende partij nog dat de eerste bestreden beslissing tot aanpassing van het contractuele loon van Agathe Moreau geen beslissing tot definitieve aanstelling als directrice van de Residentie Van Aa uitmaakt. Het betreft een louter bevestigende beslissing van de beslissing van 25 juni 2009, die de toekenning betreft van een vergoeding voor het waarnemen van een hogere functie. Een definitieve aanstelling van Agathe Moreau als directrice van de Residentie Van Aa veronderstelt dat laatstgenoemde vastbenoemd is, wat niet het geval is.

Beoordeling

6.4. De tijdelijke waarneming als directeur is een onderscheiden beslissing van de definitieve aanstelling als directeur. De beide beslissingen hebben verschillende rechtsgevolgen. De eerste bestreden beslissing, die de definitieve aanstelling van Agathe Moreau als directeur betreft, kan dan ook niet als een bevestiging van de beslissing van 28 mei 2009, waarbij Agathe Moreau als waarnemend directeur wordt aangesteld, gezien worden.

De exceptie is in zoverre ongegrond.

6.5. De verzoekster heeft in beginsel slechts belang bij de vernietiging van de impliciete weigering om haar als directrice te benoemen, indien zij aantoont dat in hoofde van de verwerende partij de rechtsplicht bestaat om haar te benoemen. In het eerste middel laat de verzoekster gelden dat in hoofde van de verwerende partij een dergelijke rechtsplicht bestaat. In zoverre is de exceptie verbonden met het eerste middel.

C. Exceptie van onontvankelijkheid van het beroep wegens gemis aan belang

Standpunt van de partijen

7.1. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord op dat de eerste bestreden beslissing enkel betrekking heeft op het aanpassen van het bestaande arbeidscontract van Agathe Moreau en geen rechtsgevolgen heeft voor de verzoekster. De verzoekster heeft dan ook geen belang om de nietigverklaring van deze beslissing te vorderen.

Daarnaast werpt de verwerende partij, verwijzend naar hetgeen wordt uiteengezet bij de middelen, op, dat de verzoekster niet voldoet aan de nieuwe erkenningsvoorwaarden om de functie van directeur van een rusthuis uit te

oefenen. Derhalve kan het rechtstreeks en persoonlijk belang waarnaar de verzoekster verwijst niet worden aanvaard.

Tot slot werpt de verwerende partij op dat de verzoekster, door op haar bevordering van 26 augustus 2010 tot graad van afdelingshoofd (A5) aanspraak te maken, het vereiste belang ontbeert om de vernietiging te vorderen van de eerste bestreden beslissing, die de functie van directeur van het ziekenhuis van het OCMW betreft.

7.2. De verzoekster repliceert dat de verwerende partij zich niet kan beroepen op de bevordering van de verzoekster in rang A5, aangezien deze beslissing werd ingetrokken.

Beoordeling

7.3. Zoals hoger aangegeven, stelt de eerste bestreden beslissing Agathe Moreau aan als directrice van de Residentie Van Aa en dient deze functie overeenkomstig de vigerende regelgeving statutair te worden ingevuld. Voorts is de verzoekster thans niet benoemd tot afdelingshoofd (A5) en sluit de benoeming in een lagere graad bovendien niet uit dat men zich kandidaat stelt voor een hogere functie. De voormelde functies zijn inhoudelijk verschillend en de verloning is niet van dezelfde orde. De exceptie dient in zoverre te worden verworpen.

In zoverre de exceptie betrekking heeft op het niet voldaan zijn in hoofde van de verzoekster van de erkenningsvoorwaarden om de functie van directeur van een rusthuis uit te oefenen, is zij verbonden met het tweede middel.

VI. Ontvankelijkheid van het beroep in de zaak sub II (A. 198.855/XIV- 34.216)

Standpunt van de partijen

8.1. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord op dat de verzoekster de nietigverklaring van haar bevordering tot de graad van afdelingshoofd (A5) - verantwoordelijke voor de bejaardensector vordert, terwijl zij deze bevordering heeft geweigerd. Zij verwijst ter zake naar een schrijven van de verzoekster van 8 september 2010 gericht aan de OCMW-voorzitter. Verder wijst zij erop dat de verzoekster haar functie van adjunct-adviseur (A4), verantwoordelijke voor de Dienst Gezins- en Bejaardenhulp, is blijven uitoefenen. Tot slot stelt de verwerende partij dat de verzoekster door aanspraak te maken op de functie van directeur van de Residentie Van Aa haar belang verliest om de vernietiging te vorderen van de beslissing van de OCMW-raad, die op de graad van afdelingshoofd (A5) - verantwoordelijke voor de bejaardensector betrekking heeft.

8.2. De verzoekster beperkt zich in de memorie van wederantwoord tot de stelling dat zelfs al zou zij de functie niet hebben uitgeoefend die haar bij de beslissing van 26 augustus 2010 is toegekend, dan nog dient te worden opgemerkt dat in ieder geval haar legitieme verwachtingen werden misleid.

Beoordeling

8.3. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de verzoekster tot tweemaal toe uitdrukkelijk heeft verklaard de benoeming tot afdelingshoofd (A5) niet te kunnen aanvaarden. Zij heeft deze functie ook niet uitgeoefend. In die omstandigheden moet de verzoekster het vereiste belang bij haar beroep worden ontzegd.

De exceptie is in de aangegeven mate gegrond.

VII. Onderzoek van de middelen in de zaak sub I (A. 198.032/XIV- 34.213)

Eerste middel

Het aangevoerde middel

9.1. De verzoekster voert in het eerste middel de schending aan van “het principe patere legem quam ipse fecisti en het principe van het wettelijk vertrouwen”.

Zij voert aan dat op het ogenblik dat de eerste bestreden beslissing is genomen, zij als eerste gerangschikt was binnen de wervingsreserve voor de betrekking van directeur van de Residentie Van Aa, die op 27 oktober 2005 is aangelegd voor een onbepaalde duurtijd. Het benoemde personeelslid, Agathe Moreau, maakte geen deel uit van de wervingsreserve voor die betrekking. De verwerende partij diende bijgevolg de verzoekster te benoemen.

9.2. De verwerende partij repliceert in de memorie van antwoord, verwijzend naar artikel 13, 1°, van het administratief statuut van het personeel van het OCMW van Elsene, dat de verzoekster het voordeel van haar slagen behoudt gedurende drie jaar te rekenen vanaf de beraadslaging van de OCMW-raad van 27 oktober 2005. De wervingsreserve voor de betrekking van directeur van de Residentie Van Aa is dus sinds 27 oktober 2008 verstreken. Bovendien was de verzoekster intussen vast benoemd tot de graad van adjunct-adviseur A4, verantwoordelijke voor de Dienst Gezins- en Bejaardenhulp. De verwerende partij wijst erop dat de verzoekster de beslissingen van de OCMW-raad van 28 mei 2009 in verband met de aanpassing van de bezoldiging van Agathe MOREAU niet heeft aangevochten. Tot slot houdt de verwerende partij voor dat er op haar geen rechtsplicht rust om de betrekking van directeur van de Residentie Van Aa vacant te verklaren en om tot het oproepen van de kandidaten, in het kader van een benoemings- of bevorderingsprocedure, over te gaan. Zij verwijst hiervoor naar de

globale reorganisatie van de diensten inzake bejaardenhulp ten gevolge van de overname van het beheer van het rusthuis van de gemeente “Uren van Geluk”.

9.3. In de memorie van wederantwoord verwijst de verzoekster naar haar verzoekschrift en naar stuk 3 van haar stukkenbundel, waarbij de ontvangst van haar kandidatuur voor de functie werd bevestigd. Tevens stelt zij dat de verwerende partij geen enkel licht werpt op het aantal kandidaturen dat ter zake ontvangen werd, noch op de aanwezigheid van de uitgekozen kandidaat in de wervingsreserve, zodat de verzoekster bij gebrek aan andere kandidaten benoemd had moeten worden.

Beoordeling

9.4. Artikel 13 van het administratief statuut bepaalt :

“ 1°) de vergelijkende examens, examens of proeven voor aanwerving:

De laureaten van een vergelijkend examen, van een examen of van een aanwervingsproef behouden het voordeel van hun slagen gedurende 3 jaar te rekenen vanaf de datum van de beraadslaging van de Raad voor het O.C.M.W. houdende goedkeuring van de uitslagen van het vergelijkend examen, van het examen of van de proef waarvan zij voldaan hebben, behalve, indien de Raad van het O.C.M.W. een andere termijn kiest. De wervingsreserve mag verlengd worden met één maal haar duur door gemotiveerde beslissing van de Raad van het O.C.M.W.

Tussen laureaten van twee of meerdere vergelijkende examens, examens of aanwervingsproeven, hebben deze voorrang waarvan het proces-verbaal werd afgesloten op de oudste datum.

2°) de vergelijkende examens, examens of loopbaanproeven, later dan de aanwerving.

De laureaten van een vergelijkend examen, van een examen of loopbaanproef behouden het voordeel van het resultaat van hun slagen gedurende hun loopbaan, voor de betrekking waarvoor zij hebben meedegedongen.”

9.5. Het proces-verbaal waarbij de verzoekster in de wervingsreserve voor de functie van directeur van de Residentie Van Aa is opgenomen, dateert van 27 oktober 2005. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt niet, en de verzoekster toont evenmin aan, dat de duur van drie jaar van de wervingsreserve, zoals deze volgt uit punt 1° van artikel 13 van het reglement, is verlengd. De verzoekster kan zich derhalve niet meer op het voornoemde examen beroepen om

op de benoeming in de functie van directeur van de Residentie Van Aa aanspraak te kunnen maken. Er bestaat in hoofdte van de verwerende partij derhalve geen rechtsplicht om de verzoekster in de functie van directeur van de Residentie Van Aa te benoemen.

Het middel is ongegrond.

Tweede middel

Het aangevoerde middel

10.1. In het tweede middel voert de verzoekster de schending aan van artikel 58 van het besluit van 3 december 2009 van het Verenigd College tot vaststelling van de erkenningsnormen waaraan de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen moeten voldoen alsmede tot nadere omschrijving van de groepering en de fusie en de bijzondere normen waaraan deze moeten voldoen (hierna : het besluit van 3 december 2009), van de artikels 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het beginsel van de formele motivering van de bestuurshandelingen en van het beginsel van vergelijking van de aanspraken en verdiensten van de kandidaten voor een openbare functie.

De verzoekster voert aan dat uit geen enkel element van de eerste bestreden beslissing blijkt dat Agathe Moreau aan de voorwaarden voldeed die door het vernoemde artikel 58 van het besluit van het Verenigd College worden gesteld. De motivering van de bestreden beslissing komt als zeer stereotiep over.

Tot slot stelt de verzoekster dat zelfs in het geval de Raad van State van oordeel zou zijn dat zij krachtens de wervingsreserve van 27 oktober 2005 geen aanspraak op een benoeming tot directrice van de Residentie Van Aa kon maken, nog steeds moet worden aangestipt dat in die hypothese zowel Agathe Moreau als de verzoekster voor de begeerde functie kandidaat waren. De brief van

2 juli 2009 van de verwerende partij maakt duidelijk melding dat de kandidaatstelling voor de betrekking van directeur van de Residentie Van Aa door haar is onderzocht, doch de kandidatuur van de verzoekster voor de betrekking van directeur van de Residentie Van Aa komt niet eens voor in de eerste bestreden beslissing, zodat geen enkele vergelijking van aanspraken en verdiensten van de kandidaten door de verwerende partij is gemaakt.

10.2. De verwerende partij betoogt vooreerst dat artikel 58 van het besluit van 3 december 2009 op de Residentie Van Aa niet van toepassing is. De voormelde bepaling heeft betrekking op de erkenningsnormen betreffende de directeur van een woning voor bejaarde personen, terwijl de Residentie Van Aa een rusthuis is waarop artikel 184 van het voornoemde besluit van toepassing is. Artikel 184 van het voornoemde besluit, dat sinds 1 januari 2010 in werking is getreden, vereist dat de directeur van een rusthuis een opleiding van minstens 500 uren heeft gevolgd. Deze bepaling vereist voorts dat de directeurs in functie op de datum van de inwerkingtreding van het besluit en die hebben voldaan aan de toegangsvoorwaarden tot het beroep gesteld bij het besluit van het Verenigd College van 14 maart 1996 tot vaststelling van de normen waaraan de inrichtingen die bejaarden huisvesten moeten voldoen, van deze voorwaarde worden vrijgesteld. Agathe Moreau, die de functie van directeur van de Residentie Van Aa sinds 1 juni 2009 uitoefent en die aan de erkenningsnormen gesteld bij voornoemd besluit van 14 maart 1996 heeft voldaan, wordt vrijgesteld van de eis met betrekking tot de opleiding van minstens 500 uren. De verzoekster voldoet aan deze voorwaarde niet, zodat zij zich niet bevindt in de gevallen waarin het besluit van 3 december 2009 een vrijstelling voorziet. Uit de vaststelling dat de verzoekster niet aan de erkenningsnormen voldoet, volgt dat zij geen belang heeft bij het middel.

Subsidiair verwijst de verwerende partij naar de eerste bestreden beslissing die uitdrukkelijk verwijst naar het feit dat Agathe Moreau sinds 2007 titularis is van een master en santé publique (gestion MR-MRPA), wat op de naleving van de erkenningsvoorwaarden wijst. Tot slot stip zij aan dat de

verzoekster zich niet kandidaat heeft gesteld voor de functie van directeur van de Residentie Van Aa, en, a fortiori, dat geen vergelijking van aanspraken en verdiensten van haar kandidatuur diende te gebeuren.

10.3. In de memorie van wederantwoord beperkt de verzoekster zich tot het verwijzen naar haar verzoekschrift en naar stuk 3 van haar stukkenbundel, waarbij de ontvangst van haar kandidatuur voor de functie werd bevestigd. Tevens stelt zij dat de verwerende partij geen enkel licht werpt op het aantal kandidaturen dat ter zake ontvangen werd, noch op de aanwezigheid van de uitgekozen kandidaat in de wervingsreserve, zodat de verzoekster bij gebrek aan andere kandidaten, benoemd had moeten worden.

10.4. In haar laatste memorie laat de verwerende partij nog gelden dat het vaststaat dat Agathe Moreau de functie van directeur van de Residentie Van Aa sinds 1 juni 2009 uitoefent. De overgangsbepaling voorzien in het artikel 184, 2°, van besluit van 3 december 2009 stelt geen voorwaarde met betrekking tot de tijdelijke of de definitieve aard van de tewerkstelling van het personeelslid als directeur op het ogenblik van de inwerkingtreding. De stelling dat Agathe Moreau op 1 januari 2010 niet in “functie” was als directrice, voegt een voorwaarde aan de voormalde bepaling toe en is niet naar recht verantwoord. De verzoekster legt voorts geen stuk neer waaruit blijkt dat zij een bijkomende opleiding volgt om aan de vereiste voorwaarden te voldoen. Uit de vaststelling dat de verzoekster niet aan de erkenningsnormen voldoet, volgt dat zij geen belang heeft bij het middel. De verwerende partij betwist ten slotte niet dat er een vaste betrekking is in de personeelsformatie voor de functie van directeur van de Residentie van Aa. Zij stelt echter dat het OCMW niet verplicht is om tot een definitieve aanstelling over te gaan in het kader van een benoemings- of bevorderingsprocedure. Op basis van de huidige organisatie van de diensten van het OCMW kan de OCMW-raad immers oordelen dat het aangewezen is om de functie van directeur van de Residentie van Aa aan Agathe Moreau door middel van een aanpassing van haar arbeidscontract toe te vertrouwen, in afwachting van een definitieve aanstelling van een statutair directeur. Zoals eerder gesteld, is de (impliciete) beslissing van de

OCMW-raad om geen oproep tot kandidaten in het kader van een benoemings- of bevorderingsprocedure voor de betrekking van directeur van de Residentie van Aa te doen, niet door de verzoekster aangevochten.

10.5. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekster dat zowel artikel 58 als 184 van het besluit van 3 december 2009 in dezelfde bewoordingen een vergelijking van de kwalificaties en verdiensten vereisen.

Beoordeling

10.6. Met de verwerende partij moet worden vastgesteld dat de Residentie Van Aa een rust- en verzorgingstehuis is, zodat de directeur van deze instelling moet voldoen aan de voorwaarden bepaald in artikel 184 van het besluit van 3 december 2009 en derhalve niet aan deze opgesomd in artikel 58 van dit besluit.

10.7. Artikel 184 van het besluit van 3 december 2009 bepaalt:

“De directeur moet aan de volgende eisen voldoen :

1° de directeur die voor de eerste keer na de inwerkingtreding van dit besluit in functie treedt moet, vóór zijn indiensttreding, ten minste houder zijn van een diploma van hoger niet-universitair onderwijs en een opleiding van minstens 500 uren volgen bij een universiteit of opleidingscentrum erkend door de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, een andere Gemeenschap of bevoegde Gemeenschapscommissie.

Deze opleiding is beperkt tot 100 uren voor de houders van een diploma ziekenhuiswetenschappen; houders van een diploma ziekenhuiswetenschappen met oriëntatie geriatrie zijn van deze aanvullende opleiding vrijgesteld;

2° worden vrijgesteld van de in 1° bedoelde eisen :

a) de directeurs in functie op de datum van de inwerkingtreding van dit besluit, die hebben voldaan aan de toegangsvoorwaarden tot het beroep gesteld bij het besluit van het Verenigd College van 14 maart 1996 tot vaststelling van de normen waaraan de inrichtingen die bejaarden huisvesten, moeten voldoen, op de datum van inwerkingtreding van dit besluit;

b) de directeurs die de bij een vóór de datum van inwerkingtreding van dit besluit betekende ministeriële beslissing, opgelegde opleiding volgen;

c) de directeurs die vóór de datum van inwerkingtreding van dit besluit, een aanvraag tot afwijking hebben ingediend bij de Ministers, overeenkomstig artikel 68 van het besluit van het Verenigd College van 14 maart 1996.

3° in afwijking van 1° en voor een maximumduur van twee jaar mag de beheerder een persoon die de opleiding tot directeur volgt, als directeur in dienst nemen.

Er wordt aan de voormelde voorwaarden voldaan indien uit een vergelijking van de diploma's, getuigschriften, attesten, andere titels en relevante ervaring waarover de kandidaat beschikt met het vereiste diploma en opleiding, blijkt dat hij aan de vereiste voorwaarden voldoet.”

10.8. Anders dan de verwerende partij voorhoudt, is Agathe Moreau geen directeur in functie op het ogenblik van de inwerkingtreding van artikel 184 van het geciteerde besluit, maar is zij enkel tijdelijk aangesteld om de directeursfunctie waar te nemen, zodat zij geen beroep kan doen op de door de verwerende partij aangehaalde overgangsbepaling 2a) van het voornoemde artikel. Het betoog in de laatste memorie van de verwerende partij dat aldus een voorwaarde aan de voormelde bepaling wordt toegevoegd, wordt niet bijgetreden.

De door artikel 184 van het geciteerde besluit gestelde vereisten zijn voorts niet van aard om de verzoekster uit te sluiten van een kandidaatstelling voor de functie van directeur. Punt 3° van dit artikel biedt immers de mogelijkheid om personen die de opleiding tot directeur volgen, als directeur in dienst te nemen, zodat het volstaat dat de verzoekster de vereiste opleiding aanvat om voor de functie in aanmerking te komen. Verzoeksters belang bij haar vordering geldt nog meer nu zij reeds in het verleden, op uitdrukkelijk verzoek van de verwerende partij, een opleiding tot directeur heeft gevolgd, die thans omwille van de gewijzigde regelgeving niet meer aan de gestelde vereisten voldoet.

10.9. De stelling van de verwerende partij dat de verzoekster zich geen kandidaat heeft gesteld voor de functie van directeur en er bijgevolg niet moet worden overgegaan tot een vergelijking van titels en verdiensten, vindt geen steun in het administratief dossier en de door de verzoekster neergelegde stukken die aangeven dat de kandidaatstelling van de verzoekster in overweging zal worden genomen. Er is niet tot een vergelijking van titels en verdiensten overgegaan.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De zaken nrs. A. 198.032/XIV-34.213 en 198.855/XIV-34.216 worden gevoegd.

2. De Raad van State vernietigt de beslissing van de O.C.M.W.-Raad van Elsene van 26 augustus 2010 waarbij Agathe Moreau wordt bevestigd in de functie van directrice van de Residentie Van Aa.

De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep in de zaak A. 198.032/XIV-34.213, begroot op 175 euro.

De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep in de zaak A. 198.855/XIV-34.216, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 juli 2012, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

André Beirlaen,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

André Beirlaen