

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.304 van 12 juli 2012
in de zaken A. 196.165/XII-6168
A. 198.960/XII-6483**

In zake: José FONCKE
die woonplaats kiest te 9080 Lochristi
Beukendreef 60

tegen:

de PROVINCIE OOST-VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Sutter
kantoor houdend te 9000 Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp

1. Het beroep in de zaak A. 196.165, ingesteld op 9 april 2010, strekt tot de nietigverklaring 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.

Het beroep in de zaak A. 198.960, ingesteld op 25 januari 2011, strekt tot de nietigverklaring van:

- de beslissing van 9 december 2010 van de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen om de voormelde beslissing van 11 maart 2010 in te trekken;
- de beslissing van 9 december 2010 van dezelfde deputatie om de in 2005 gestarte en in 2008 hernomen bevorderingsprocedure voor het directeurschap van

de directie Personeel stop te zetten en geen van de batig gerangschikte kandidaten te benoemen;

- de beslissing van 9 december 2010 van de deputatie om de functie van directeur van het departement Personeel vacant te verklaren en voor de invulling ervan een bevorderingsprocedure te starten.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 212.045 van 15 maart 2011 worden in de zaak A. 196.165 de debatten heropend en wordt de zaak verwezen naar de gewone rechtspleging.

Verzoeker heeft in de zaak A. 196.165 een memorie van wederantwoord ingediend.

In de zaak A. 198.960 heeft de verwerende partij een memorie van antwoord ingediend en heeft verzoeker een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Sofie De Doncker heeft een verslag opgesteld.

Verzoeker en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 mei 2012.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

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

Auditeur Sofie De Doncker heeft een met dit arrest, behoudens wat de kosten betreft, 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. 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, Personeel. Hij wint het van onder anderen 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 nietig verklaard. 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.

De deputatie beslist op 11 maart 2010 het verzoek van 20 februari 2010 niet in te willigen. Tevens wordt besloten de functie van directeur van het departement Personeel vacant te verklaren en voor de invulling ervan een aanwervings- en bevorderingsprocedure te starten.

Deze beslissing, die het voorwerp is van het beroep in de zaak A. 196.165, wordt bij arrest nr. 208.095 van 12 oktober 2010 in haar tenuitvoerlegging geschorst. Reden daarvoor is dat in de beslissing niet met de vereiste precisie en accuratesse wordt verwoord op grond van welke motieven de lopende bevorderingsprocedure wordt beëindigd en een nieuwe wordt begonnen, zodat de formele-motiveringsverplichting is geschonden.

6. Als gevolg hiervan oordeelt de deputatie dat het “aangewezen is” om haar beslissing van 11 maart 2010 in te trekken, om de lopende bevorderingsprocedure stop te zetten, en om de functie van directeur van het departement Personeel vacant te verklaren en via een nieuwe bevorderingsprocedure in te vullen. Deze drie beslissingen zijn het voorwerp van het beroep in

de zaak A. 198.960.

Wat de beslissing betreft om de in 2005 gestarte en in 2008 hernomen bevorderingsprocedure stop te zetten worden in de formele motivering de volgende motieven aangevoerd:

“1. Nieuwe regelgeving

In de loop van dit dossier hebben er zich verschillende ingrijpende wijzigingen van de regelgeving inzake personeelszaken voorgedaan, zowel intern als extern, te weten:

1.1. Het Provinciedecreet van 9 december 2005, meerbepaald de artikelen 73 (organogram), 99 (personeelsformatie) en 101. (Rechtspositieregeling).

1.2. 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.

1.3. Het Provincieraadsbesluit van 17 december 2008 houdende de vaststelling van de rechtspositieregeling voor het provinciepersoneel, zoals gewijzigd bij besluit van 18 maart 2009. Met dit Provincieraadsbesluit werd de nieuwe rechtspositieregeling voor de provincie Oost-Vlaanderen ingevoerd per 1 januari 2009.

1.4. Het Provincieraadsbesluit van 29 april 2009 betreffende de integrale vaststelling van het nieuwe organogram en de nieuwe personeelsformatie, zoals gewijzigd bij besluit van 8 juli 2009 en 20 januari 2010.

1.5. De Provincieraadsbesluiten van 16 december 2009, 20 januari 2010 en 10 februari 2010 houdende de goedkeuring van de functiebeschrijvingen.

Uit de chronologie van de belangrijkste juridische retroacten in dit dossier - hiervoor wordt verwezen naar het Besluit van de Deputatie van heden waarbij hogervermeld Besluit van de Deputatie van 11 maart 2010 wordt ingetrokken blijkt dat de Deputatie in zitting van 20 maart 2008 besliste om [A. H.] met ingang van 1 april 2008 opnieuw te benoemen tot directeur van de 1ste Directie. Essentieel hierbij is dat deze benoeming gebeurde met inachtneming van de ‘oude’ regelgeving, zijnde de regelgeving zoals die op dat moment gold.

Immers: het Provinciedecreet van 9 december 2005 en hogervermeld Besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 bestonden uiteraard reeds als Vlaamse regelgeving, maar waren op dat moment nog niet

geïmplementeerd op het niveau van de provincie Oost-Vlaanderen. Deze Vlaamse regelgeving werd pas geïmplementeerd op provinciaal niveau per 1 januari 2009 (zie hogervermeld Provincieraadsbesluit van 17 december 2008), dus na hogervermelde nieuwe benoeming van [A. H.] tot directeur van de 1ste Directie.

2. Nieuw organogram en nieuwe personeelsformatie

In navolging van de nieuwe rechtspositieregeling voor de provincie Oost-Vlaanderen, ingevoerd per 1 januari 2009, werden het nieuwe organogram en de nieuwe personeelsformatie van de provincie Oost-Vlaanderen vastgesteld bij hogervermeld Provincieraadsbesluit van 29 april 2009.

Onder het ‘oude’ organogram en de ‘oude’ personeelsformatie was er - relevant voor dit dossier - sprake van:

- een 1ste Directie - Personeel, geleid door een directeur. (De functie waarin [A. H.] 2 maal werd benoemd). Deze directie bestond uit 2 diensten: Dienst 11 - Personeelsbeheer, wedden en pensioenen (13 statutaire plaatsen) en Dienst 12 - Werving en Loopbaan (9 statutaire plaatsen);
- een 7 Directie - Onderwijs, geleid door een directeur. Deze directie bestond uit 2 diensten: Dienst 71 - Personeelsbeheer, wedden en pensioenen (21 statutaire plaatsen) en Dienst 72 - Materiële uitrusting. (15 statutaire plaatsen + 11 uitdovende plaatsen). Deze laatste dienst werd geleid door José Foncke.

In deze oude constellatie waren beide directies zogenaamde ‘administratieve diensten’, dit in tegenstelling tot de zogenaamde ‘algemene stafdiensten’. (Zie oud organogram in bijlage).

Onder het nieuw organogram en de nieuwe personeelsformatie zijn voor dit dossier de volgende gegevens relevant:

- het nieuw opgericht Departement Personeel wordt geleid door een directeur en bestaat uit 3 diensten:
 - * Dienst P01 - Personeelsbeheer (14 plaatsen);
 - * Dienst P02 - Werving en loopbaan. (12,5 plaatsen). De taken van deze dienst zijn uitgebreid met taken rond vorming en sociale begeleiding, wat onder het oude organogram ressorteerde onder de Eerste Algemene Stafdienst. Verder neemt deze dienst ook taken op inzake organisatieontwikkeling, loopbaanbegeleiding en sociale tewerkstelling;
 - * Dienst P03 - Dienst Personeel Onderwijs. (13,5 plaatsen). Deze dienst is een deel van de oude Dienst 71 (zie hierboven); een ander deel van de oude dienst 71 is opgenomen in het nieuw opgerichte Intern Verzelfstandigd Agentschap (IVA) Onderwijs:
- de 7de Directie - Onderwijs bestaat niet meer, maar werd opgesplitst in 2 delen: het IVA Onderwijs en de Directie Onderwijs & Vorming;
- de oude Dienst 72 werd eveneens opgesplitst in 2 delen: een deel is opgenomen in het Logistiek Departement (Dienst Aankoop, Transport & Verzending), een ander deel is opgenomen in het IVA Onderwijs.

In deze nieuwe constellatie is het nieuw opgericht Departement Personeel een zogenaamd ‘ondersteunend departement’, terwijl de Directie Onderwijs & Vorming (waaronder het IVA Onderwijs ressorteert) een zogenaamde ‘beleidsdirectie’ is.

Als men nu de oude 1ste Directie - Personeel vergelijkt met het nieuwe Departement Personeel komt men tot volgende wezenlijke verschilpunten:

- de oude ‘administratieve dienst’ is omgevormd tot een ‘ondersteunend departement’ omdat ook de taken en bevoegdheden van het nieuw opgericht Departement Personeel wezenlijk zijn uitgebreid: zo werd een nieuw opgerichte Dienst Personeel Onderwijs toegevoegd aan dit departement en zo werden ook de taken van de Dienst Werving en loopbaan uitgebreid met vorming, sociale begeleiding, organisatie-ontwikkeling, loopbaanbegeleiding en sociale tewerkstelling;
- qua structuur bestaat het nieuw opgericht Departement Personeel uit 3 diensten, terwijl de oude 1ste Directie - Personeel slechts 2 diensten telde. Ook het totaal aantal personeelsleden van dit departement werd aanzienlijk uitgebreid van 23 naar 41, wat dan weer samenhangt met de aanzienlijke uitbreiding van het takenpakket van deze entiteit.

3. Nieuwe functiebeschrijving van het directeurschap

In navolging van de nieuwe rechtspositieregeling, het nieuwe organogram en de nieuwe personeelsformatie van de provincie Oost-Vlaanderen werd ook de functiebeschrijving van het directeurschap aanzienlijk gewijzigd. Dit gebeurde bij hogervermelde Provincieraadsbesluiten van 16 december 2009, 20 januari 2010 en 10 februari 2010 houdende de goedkeuring van de functiebeschrijvingen.

Onder de oude regeling bestond er 1 algemene functiebeschrijving voor het directeurschap, ongeacht het takenpakket van de directie die de betrokken directeur leidde. Deze algemene functiebeschrijving bestond uit een algemene taakomschrijving en een functieanalyse.

Onder de nieuwe regeling bestaat er een functiebeschrijving per directeursfunctie, die dus specifiek is afgestemd op de taken en bevoegdheden van de directie of het departement dat de betrokken directeur leidt. Deze nieuwe verschillende functiebeschrijvingen zijn ook veel ruimer dan de oude algemene functiebeschrijving: zij bestaan uit een specifieke taakomschrijving en specifieke functieanalyse, aangepast aan de directie of het departement dat de betrokken directeur leidt en worden aangevuld met de volgende items: plaats van de functie in de organisatie, resultaatgebieden, diplomavereisten, kerncompetenties, gedragscompetenties en technische competenties.

Als men nu de oude algemene functiebeschrijving voor het directeurschap vergelijkt met de nieuwe specifieke functiebeschrijving voor directeur van het Departement Personeel komt men tot de vaststelling dat er voortaan

specifieke kennis is vereist voor dit directeurschap en dat er vooral specifieke competenties aanwezig moeten zijn in hoofde van de kandidaten voor deze functie. Deze elementen worden ook als criteria gehanteerd tijdens de volledige selectieprocedure, zoals hierna zal blijken.

4. Nieuwe selectieprocedure

Ten slotte is er ook een wezenlijk onderscheid met betrekking tot de selectieprocedure voor directeur, voortvloeiend uit de nieuwe rechtspositieregeling van de provincie Oost-Vlaanderen, ingevoerd per 1 januari 2009, dit alles in functie van de gewijzigde taakstellingen en de vereiste competenties.

Onder het oud Administratief Statuut was het directeurschap een bevorderingsgraad, wat betekende dat het directeurschap enkel toegankelijk was via bevordering. Enkel statutaire personeelsleden met de weddeschaal A4 kwamen hiervoor in aanmerking.

De bevordering gebeurde aanvankelijk door de Provincieraad op voorstel van de Deputatie; later werd deze bevoegdheid bij Provincieraadsbesluit gedelegeerd naar de Deputatie. Er was evenwel geen specifieke selectieprocedure voorzien.

Onder de nieuwe rechtspositieregeling is aan het directeurschap de graad Ay verbonden. Het directeurschap is thans, op basis van artikel 17 van hogervermelde rechtspositieregeling, toegankelijk via aanwervingsprocedure, bevorderingsprocedure, procedure van interne personeelsmobiliteit of via een combinatie van 2 of 3 van deze procedures. Hiervoor komen zowel statutaire als contractuele personeelsleden met minimaal 4 jaar niveau-anciënniteit in niveau A in aanmerking. (Zie de artikelen 88 en 98 van de rechtspositieregeling).

Onder de nieuwe rechtspositieregeling is er eveneens sprake van een echte selectieprocedure, die er als volgt uitziet:

- gaat het om een aanwervings- of bevorderingsprocedure of om een combinatie van beide procedures, dan voorziet artikel 32 van de rechtspositieregeling een selectieprocedure in 3 delen:

- * 1ste gedeelte: praktijkgerichte schriftelijke test (50 punten);

- * 2de gedeelte: assessment center (adviserend);

- * 3de gedeelte; gesprek om vast te stellen of de kandidaat voldoet aan de taakomschrijving en functieanalyse (50 punten);

- gaat het om een procedure van interne personeelsmobiliteit, dan bepaalt artikel 77 van de rechtspositieregeling dat de selectieprocedure minimaal uit een sollicitatiegesprek bestaat, maar ook dat de Deputatie bijkomende selectiemethodieken kan voorzien.

Als men nu de oude bevorderingsprocedure voor het directeurschap vergelijkt met de nieuwe selectieprocedure voor het directeurschap, dan komt men tot de vaststelling dat er in de nieuwe procedure een specifieke

selectie van de verschillende kandidaten wordt doorgevoerd, gebaseerd op tal van parameters. De nieuwe procedure is inhoudelijk ook sterk competentiegericht, is ook specifiekier dan de oude procedure en biedt meer waarborgen om op objectieve en wetenschappelijk verantwoorde wijze vast te stellen of de kandidaat voldoet aan de vereiste competenties, in het bijzonder via het voorziene assessment center. Bovendien is door de mogelijkheid van de verschillende procedures (aanwervingsprocedure, bevorderingsprocedure, procedure van interne personeelsmobiliteit of combinatie van 2 of 3 van deze procedures) en door het feit dat niet alleen statutaire personeelsleden met de weddeschaal A4 in aanmerking komen het potentieel aan kandidaten voor eens directeurschap veel groter;

Overwegende dat uit de samenlezing van hogervermelde motieven (nieuwe regelgeving, nieuw organogram en nieuwe personeelsformatie, nieuwe functiebeschrijving van het directeurschap, nieuwe selectieprocedure) duidelijk blijkt dat de functie van directeur van de vroegere Directie Personeel allerminst gelijk is te stellen is met de functie van directeur van het huidige Departement Personeel en dat de oorspronkelijke bevorderingsprocedure als dusdanig niet kan worden voortgezet volgens de oude regelgeving;

Overwegende dat het dan ook aangewezen is, teneinde de bevorderingsprocedure voor het directeurschap van het Departement Personeel op een correcte wijze te voeren en rekening houdend met de vaste rechtspraak van de Raad van State ter zake - die stelt dat toepassing moet worden gemaakt van de wetgeving zoals deze geldt op het ogenblik van de nieuwe beslissing - de oorspronkelijke bevorderingsprocedure stop te zetten en bij afzonderlijk Besluit van de Deputatie de functie van directeur van het departement Personeel opnieuw vacant te verklaren en voor de invulling hiervan een nieuwe bevorderingsprocedure op te starten, die integraal zal worden afgewikkeld volgens hogervermelde nieuwe regelgeving en de daaruit voortvloeiende principes.”

IV. Samenvoeging

7. Er is vanwege de verwevenheid tussen de beide beroepen, in feite en in rechte, reden om ze in het belang van een goede rechtsbedeling samen te voegen.

V. Uitbreiding

8. In zijn 3 februari 2012 gedateerde laatste memorie in het tweede beroep en in een brief van 28 april 2012 vraagt verzoeker de uitbreiding van het voorwerp respectievelijk naar de beslissing van 19 januari 2012 waarmee de deputatie het proces-verbaal van de selectiecommissie over de selectie-procedure voor de bevordering tot directeur Personeel goedkeurt en naar de beslissing van 26 april 2012 van de deputatie tot bevordering van I. D. als directeur van het departement Personeel.

Het gaat, naar verzoeker doet gelden, “om loutere vervolgbeslissingen, waarvoor de grondslag te vinden is in de bestreden beslissing van 9 december 2010 waarbij de functie van directeur van het departement Personeel vacant wordt verklaard en voor de invulling ervan een bevorderingsprocedure wordt opgestart.” Zoals verwerende partij op pag. 17 van de memorie van antwoord ten andere zelf toegeeft, moeten de beslissingen het lot van de bedoelde beslissing van 9 december 2010 volgen en in voorkomend geval mee vernietigd worden.

Het verzoek tot uitbreiding wordt ingewilligd.

VI. Ontvankelijkheid

9. De beslissing die verzoeker met het eerste beroep bestrijdt, is ingetrokken door de eerste beslissing die hij met zijn tweede beroep aanvecht.

Volgens verwerende partij heeft hij in die mate geen belang bij het tweede beroep. Ook in het auditorsverslag wordt in deze zin geconcludeerd.

Blijkens zijn laatste memories kan verzoeker daar in meegaan, voor zoveel het eerste beroep samen met het tweede zou worden behandeld.

Zulks is het geval.

10. In de gegeven omstandigheden is het tweede beroep onontvankelijk in zoverre het de intrekkingbeslissing van 9 december 2010 betreft. De intrekkingbeslissing aldus definitief zijnde, moet bijgevolg het eerste beroep als niet-ontvankelijk *ratione materiae* worden verworpen bij gebrek aan voorwerp, met dien verstande dat de kosten van het beroep ten laste van verwerende partij moeten komen.

Dienvolgens blijft hierna nog alleen het tweede beroep te onderzoeken wat de twee middelen betreft die daarin worden aangevoerd tegen het tweede en derde voorwerp ervan.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van verzoeker

11. Een eerste middel voert de schending aan van het gezag van gewijsde van de arresten nrs. 200.437 en 208.095.

Toegelicht wordt met betrekking tot het eerste arrest dat het de impliciete weigering om verzoeker te benoemen tot directeur van het departement Personeel vernietigt, dat met die vernietiging de verplichting verbonden is om de bevorderingsprocedure van 2005 en 2008 voort te zetten, dat de provincie weliswaar niet verplicht is verzoeker te benoemen, maar dat ze zich wel binnen de lopende bevorderingsprocedure moet uitspreken over zijn kandidatuur en zijn eventuele benoeming. Het onderzoek van verzoekers kandidatuur moet “gebeuren door zich juridisch op hetzelfde tijdstip te plaatsen (april 2008), met toepassing van de toenmalige wetgeving en zonder rekening te houden met feiten na de vernietigde weigering tot benoemen”.

Aangaande het arrest nr. 208.095 doet verzoeker gelden dat de provincie tracht het schorsingsarrest te ontlopen en te voorkomen dat de Raad van State “een eventueel positief antwoord zou geven op de voor verzoeker essentiële vraag om in het eindarrest duidelijk te bepalen dat verwerende partij verzoeker moet benoemen”.

12. In de memorie van wederantwoord benadrukt verzoeker dat wanneer de impliciete weigering tot benoeming is vernietigd, de verzoeker recht heeft op een rechtsherstel dat betrokken is op zijn persoon en dat in vele gevallen niet mogelijk is zonder de oude reglementering toe te passen. Vaststellend dat het volgens de provincie volstaat dat hij aan een nieuw bevorderingsexamen kan deelnemen, vraagt hij zich af of dan de spons wordt geveegd over de onwettigheid van de beoordeling van zijn examen voor diensthoofd van dienst 12 in 2000? Zijns inziens kunnen de andere potentiële kandidaten geen rechten op benoeming meer doen gelden als zij, zoals hier het geval, geen verzoekschrift tot nietigverklaring hebben ingediend.

Verzoeker voegt daar in de laatste memorie nog aan toe dat wel degelijk zowel volgens het arrest nr. 200.437 als het arrest nr. 208.095 de bevorderingsprocedure moest worden voortgezet en de draad van de bevorderingsprocedure weer worden opgenomen.

Beoordeling

13. Wat de vernietiging, door het arrest 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 tot gevolg moet hebben, wordt in het arrest zelf, *sub* 11 en 12, toegelicht.

In de eerste plaats zal de overheid ertoe gehouden zijn om zich opnieuw uit te spreken over de eventuele benoeming van verzoeker. Zij zou er niet mee mogen volstaan gewoon niets te doen, onder het mom dat de rechtsorde

door de vernietiging hersteld is. In de tweede plaats zou zij niet opnieuw tot een weigering mogen beslissen én daarbij de onwettigheid herhalen die door het vernietigingsarrest in aanmerking werd genomen.

Waar dan in het arrest wordt overwogen dat de verplichting “om de bevorderingsprocedure verder te zetten en de rechtsaanspraken van verzoeker daarin te erkennen” reeds volgt uit de vernietiging van de impliciete weigering om verzoeker tot directeur van de eerste directie, Personeel, te benoemen, wordt juist aan die twee elementen gerefereerd: de overheid mag niet ermee volstaan inert te blijven, zij moeten de procedure hervatten; daarbij mag zij niet ingaan tegen de rechtsaanspraken die in het vernietigingsmotief zijn vastgesteld.

Dit houdt concreet in dat wanneer -zoals het geval was- de impliciete weigering vernietigd wordt omdat bij het geven van de voorkeur aan A. H. wederrechtelijk rekening is gehouden met de ervaring en competenties die hij als diensthoofd van dienst 12 heeft verworven, dan een nieuwe beslissing moet worden genomen waarbij hoe dan ook niet opnieuw aan verzoeker mag worden voorbijgegaan op grond van die ervaring en competenties van A. H.

Zo zegt het ook het arrest nr. 208.095, sub 9.

14. Verwerende partij is niet hieraan tekort gekomen door de beslissing van 9 december 2010 te nemen om de bevorderingsprocedure voor het directeurschap van de directie Personeel stop te zetten en geen van de eerder batig gerangschikte kandidaten te benoemen: verwerende partij heeft zich effectief weer gebogen over verzoekers kandidaatstelling om tot directeur bevorderd te worden; weliswaar is die kandidatuur opnieuw afgewezen, maar in de redengeving komen op generlei wijze nog de ervaring en competenties van A. H. te pas.

Eerder werd in het arrest nr. 208.095 ook al hetzelfde aangenomen met betrekking tot het aan die beslissing van 9 december 2010

voorafgaande -en ingetrokken- besluit van 11 maart 2010 om verzoeker niet te benoemen, de functie van directeur van het departement Personeel vacant te verklaren en er een examen voor uit te schrijven.

15. Verzoeker had duidelijk een ruimer rechtsherstel gewild. Evenwel gaat hij er daartoe in de eerste plaats verkeerdelijk van uit dat de verplichting, ten gevolge van de vernietiging van de impliciete weigering, om de draad van de bevorderingsprocedure weer op te nemen, om de procedure te hervatten of voort te zetten, impliceert dat de overheid in beginsel noodzakelijk tot een nieuwe benoeming “binnen de lopende bevorderings-procedure” overgaat.

Met zijn oordeel dat verwerende partij de procedure na de vernietiging van de impliciete weigering moet hervatten of voortzetten, loopt de Raad van State niet vooruit op wat van die hervatting of voortzetting de uitkomst moet zijn. Menen, zoals verzoeker doet, dat verwerende partij “binnen de lopende bevorderingsprocedure” moest blijven en die benoemingsprocedure in principe moest doortrekken tot en met een nieuwe benoeming, is een misvatting.

Eén zaak is dat de overheid de zaak niet blauwblauw zou mogen laten en niets doen. Een andere is wat zij, op grond van de vernietiging, dan wel moet doen: niet opnieuw dezelfde onwettigheid herhalen die in de vernietigingsgrond werd vastgesteld.

Precies echter omdat het gezag van een vernietigingsmotief beperkt is tot de in het dictum vernietigde beslissingen, was het voor verzoeker zinvol dat ook de impliciete weigering om hem te benoemen mee vernietigd werd. Dat is een beslissing die hemzelf betreft. Door de vernietiging van dergelijke beslissing kan het gezag van het vernietigingsmotief op zijn eigen situatie worden betrokken. Meer bepaald put hij dan uit de vernietiging van de weigering, naast de garantie dat de overheid in ieder geval iets moet doen, ook de waarborg dat -welbepaald- hij daarbij niet opnieuw gepasseerd zal worden op grond van de door A. H. als diensthoofd van dienst 12 verkregen ervaring en competenties.

16. Anders ook dan verzoeker meent, biedt een vernietiging van de benoeming van A. H. en van de impliciete weigering om verzoeker te bevorderen, op grond van het vernietigingsmotief dat bij het geven van de voorkeur aan A. H. en de weigering van de bevordering aan verzoeker wederrechtelijk rekening is gehouden met de ervaring en competenties die A. H. als diensthoofd van dienst 12 heeft verworven, geen bescherming ertegen dat andere gegadigden mee in aanmerking worden genomen in het kader van de hervatte procedure.

De vernietiging heeft tot gevolg dat de bevordering en de daaruit blijkende weigering om verzoeker te benoemen *erga omnes* uit het rechtsverkeer is weggehaald. Wordt ná de vernietiging de procedure voort afgewikkeld, dan kunnen anderen niet per definitie worden voorbijgezien omdat zij niet zelf een verzoek tot nietigverklaring indienden. Geenszins wordt daarmee de spons gehaald over de onwettigheid van de beoordeling van zijn examen voor diensthoofd van dienst 12. Die onwettigheid leidde ertoe dat de bevordering van 11 mei 2005 van A. H. tot directeur bij arrest nr. 175.183 van 28 september 2007 vernietigd werd en verzoeker een kans -en, gelet op het vernietigingsmotief, niets méér- herwon om de bevordering alsnog zelf te verkrijgen. Het arrest zegt het zelfs uitdrukkelijk waar het *sub* 8 overweegt dat de vernietiging “in voorkomend geval mee[brengt] dat de betrekking van directeur opnieuw vacant wordt en dat verzoeker opnieuw zijn kans kan wagen om benoemd te worden”.

17. Evenmin valt de Raad van State verzoekers opvatting bij dat de overheid zich bij het heropnemen van de draad van de bevorderingsprocedure “juridisch” op het tijdstip van de vernietigde beslissing moest plaatsen, om vervolgens voort te handelen “met toepassing van de toenmalige wetgeving en zonder rekening te houden met feiten na de vernietigde weigering tot benoeming”.

Zoals de Raad van State onder meer in zijn arrest nr. 216.740 van 8 december 2011 overwoog, is integendeel de overheid, bij het nemen van een nieuwe beslissing na een annulatiearrest, in principe verplicht om rekening te

houden met de stand op dat moment van de regelgeving en de feitelijke omstandigheden. De retroactieve vernietiging houdt in dat in het rechtsverkeer gehandeld moet worden alsof de vernietigde beslissingen er nooit geweest zijn. Maar ze vermag niet de tijd terug te draaien.

18. Ook de grief, ten slotte, dat verwerende partij met de beslissingen van 9 december 2010 tot stopzetting van de oude bevorderingsprocedure en vacantverklaring van de functie van directeur van het departement Personeel tracht te ontkomen aan het schorsingsarrest nr. 208.095 wordt niet gevolgd.

Het arrest, dat als arrest over een schorsingsvordering overigens slechts een voorlopig oordeel inhoudt, is ertoe beperkt vast te stellen dat, rekening houdende met de voorgeschiedenis van de bestreden beslissing van 11 maart 2010, verwerende partij op het eerste gezicht in gebreke is gebleven in de formele motivering van de beslissing afdoende aan te geven op grond van welke beweegredenen zij ertoe kwam om, zonder nog aan de verdiensten van de kandidaten enige aandacht te geven, de lopende procedure te beëindigen en een nieuwe te beginnen.

Waar het arrest een mogelijke vernietiging op dezelfde grond in het vooruitzicht stelde, heeft verwerende partij, haar “eventuele bedenkingen bij de weerhouden schending van de motiveringsplicht” ten spijt, de beslissing van 11 maart 2010 ingetrokken en op 9 december 2010 weer beslist tot een stopzetting van de lopende procedure, dit keer met een besluit gesteund op een formele motivering die vier keer zo uitgebreid is als deze van de beslissing van 11 maart 2010.

Ook in zoverre verzoeker het gezag van gewijsde van het arrest nr. 208.095 geschonden acht, wordt het middel afgewezen.

19. Het middel wordt in zijn geheel verworpen.

B. Tweede middel

Standpunt van verzoeker

20. Een tweede middel is afgeleid uit de schending van de formele- en de materiële-motiveringsplicht, en het redelijkheidsbeginsel.

In de eerste plaats zet verzoeker uiteen dat, niettegenstaande uitgebreidere motieven worden aangevoerd dan in het besluit van 11 maart 2010, verwerende partij nog altijd niet ervan doet blijken dat zij zich in de onmogelijkheid bevond om de bevorderingsprocedure van 2005 en 2008 voort te zetten. De toepassing van nieuwe regelgeving is in strijd met het verplichte rechtsherstel verbonden aan de vernietiging van de impliciete weigering tot benoemen.

Voorts gaat verzoeker nader in op de motieven van de beslissing om de bevorderingsprocedure van 2005 en 2008 stop te zetten. Het argument van de nieuwe regelgeving wordt volgens hem niet consequent gehanteerd. Het nieuwe departement Personeel is minder verschillend van de vroegere directie Personeel dan verwerende partij wil laten uitschijnen. De wezenlijke uitbreiding van taken en bevoegdheden van het departement Personeel moet worden gerelativeerd. De competenties en attitudes die een directeur personeelszaken moet bezitten, zijn dezelfde gebleven, de nieuwe functiebeschrijvingen ten spijt. Ook al geeft de provincie de indruk dat er door de nieuwe functiebeschrijvingen grote verschillen zijn tussen de verschillende functies van directeur, bij nader toekijken vertonen ze een zeer sterke gelijkenis. Reeds met de oude selectieprocedure kon een goede selectie van kandidaten worden gemaakt. Wat het argument in dit verband van de “ruimere keuze uit kandidaten” betreft, “is de verwerende partij inconsequent”.

21. Nadat verwerende partij die kritiek uitvoerig tegensprak in de memorie van antwoord, geeft verzoeker in de memorie van wederantwoord een even uitvoerige repliek.

In de laatste memorie vat hij samen dat verwerende partij “de veranderingen in de werking van het departement Personeel en aan de functiebeschrijvingen veel grondiger [wil] laten voorkomen dan ze zijn”. Zelfs al geeft men aan elk woord uit de motivering het hoogste gewicht, dan nog blijft volgens verzoeker de vraag waarom verwerende partij er niet mee kon volstaan hem aan het nieuw voorgeschreven examen te onderwerpen, in plaats van een geheel nieuwe procedure uit te schrijven.

Beoordeling

22. Zoals de hiervoor, *sub* 6, weergegeven motieven van de beslissing van 9 december 2010 tot stopzetting van de initiële bevorderingsprocedure aangeven, kan aan dat besluit een uitvoerige formele motivering niet worden ontzegd.

Blijkens die formele motieven is de regelgeving sinds maart 2008 aanzienlijk gewijzigd. Zo was er aanvankelijk voor de benoeming tot directeur, die enkel via bevordering kon worden gegeven, geen specifieke selectieprocedure bepaald. Nu is er voorzien in een echte selectieprocedure die ook via een aanwervingsprocedure toegankelijk is en die, bij een aanwervings- of bevorderingsprocedure, bestaat uit drie delen: een praktijkgerichte schriftelijke test, een assessment center en een gesprek om vast te stellen of de kandidaat voldoet aan de taakomschrijving en functieanalyse. Komt daarbij dat zowel de functiebeschrijving van het directeurschap als de directie Personeel, waarin oorspronkelijk de benoeming tot directeur diende te gebeuren, veranderd zijn. Wat de functiebeschrijving betreft is, volgens de formele motivering, vast te stellen dat ze thans meer specifiek is afgestemd op de directie of het departement dat de directeur zal leiden en dat ze ook veel ruimer is, en aangevuld met meerdere items. Tevens is de directie Personeel zowel qua taken als qua structuur hervormd: in de plaats van de directie Personeel, zijnde een administratieve dienst, is er thans het departement Personeel, een zogenaamd ondersteunend departement, met wezenlijk meer taken en bevoegdheden; het aantal

personeelsleden van het nieuw opgerichte departement Personeel bedraagt nu 41, in plaats van 23 voor de vroegere directie personeel.

Uit “de samenlezing” van de motieven in verband met de nieuwe regelgeving, het nieuw organogram en de nieuwe personeelsformatie, de nieuwe functiebeschrijving van het directeurschap, en de nieuwe selectie-procedure leidt verwerende partij finaal af dat de functie van directeur van de vroegere directie Personeel allerminst gelijk te stellen is met de functie van directeur van het huidige departement Personeel, dat de oorspronkelijke bevorderingsprocedure als dusdanig niet kan worden voortgezet volgens de oude regelgeving, en dat het “aangewezen” is om de oorspronkelijke bevorderings-procedure stop te zetten en, bij afzonderlijk besluit, de functie van directeur van het departement Personeel opnieuw vacant te verklaren en daarvoor een nieuwe bevorderingsprocedure te starten.

Anders dan het geval was in de beslissing van 11 maart 2010, geeft hiermee de verwerende partij dit keer wél op voldoende nauwgezette wijze in de formele motivering van de beslissing van 9 december 2010 aan waarom de aangevoerde veranderingen volgens haar rechtvaardigen dat de oude bevorderingsprocedure niet zonder meer, noch tenminste volgens de nieuwe selectieregels, wordt voortgezet.

23. Een andere zaak is of die formele motieven ook de toets aan de materiële-motiveringsplicht doorstaan en de beslissing vermogen te dragen, inbegrepen naar redelijkheid.

Wat dat betreft moet de Raad van State allereerst vaststellen dat verzoeker van een verkeerd uitgangspunt vertrekt. Volgens verzoeker is de materiële-motiveringsplicht geschonden omdat uit de vernietiging door het arrest nr. 200.437 van de impliciete weigering tot benoemen volgt dat de oude regelgeving moest zijn toegepast en omdat de motieven niet aantonen dat zulks onmogelijk was.

De bespreking van het eerste middel wijst uit dat die opvatting niet kan worden bijgevalen. Terecht verwijst verwerende partij te dezen naar “de vaste rechtspraak van de Raad van State ter zake - die stelt dat toepassing moet worden gemaakt van de wetgeving zoals deze geldt op het ogenblik van de nieuwe beslissing”. Zou het anders geweest zijn als tot de vernietiging van de impliciete weigering was beslist geworden op grond van de miskenning van de rechtsplicht om welbepaald verzoeker te benoemen, dit is niet het vernietigingsmotief in het arrest nr. 200.437.

Bijgevolg doet niet ter zake, verzoekers betoog in het verzoekschrift en de memorie van wederantwoord dat “ook [...] in de oude procedure een goede selectie van kandidaten [kon] worden gemaakt”, respectievelijk dat “het terugvallen op de oude procedure zonder examen in het geval van verzoeker zeker niet onredelijk [is]”. Toepasselijk is de regelgeving die geldt op het ogenblik dat de nieuwe beslissing wordt gesteld, en van die regelgeving schrijft verzoeker zelf dat ze er “inderdaad” in voorziet dat de bevordering van diensthoofd naar directeur via een examen verloopt.

24. Niet alleen echter meende verwerende partij dat toepassing moest worden gemaakt van de nieuwe selectiereglementering, bovendien was zij van oordeel dat het mede gelet op de wijzigingen aan de functie van het betrokken directeurschap “aangewezen” was om de oorspronkelijke bevorderingsprocedure stop te zetten en de functie van directeur van het departement Personeel opnieuw vacant te verklaren en voor de invulling hiervan een nieuwe bevorderingsprocedure te starten.

Verzoeker is het daar niet mee eens. Naar zijn inschatting zijn de wijzigingen aan de vroegere directie Personeel en de nieuwe functiebeschrijving van het betrokken directeurschap niet essentieel en minder grondig dan verwerende partij wil doen geloven.

Verzoeker mag dat zo zien, maar het is niet determinerend voor de rechtmatigheid van de zienswijze van verwerende partij. Die kan slechts onrechtmatig worden bevonden als ze op onjuiste motieven berust of op motieven die, hoewel op zich juist, niet vermogen de beslissing naar redelijkheid te dragen.

25. Verzoeker maakt niet aannemelijk dat zulks het geval zou zijn.

Verzoeker heeft kennelijk zijn bedenkingen bij de “wezenlijke uitbreiding van taken en bevoegdheden van het departement Personeel”, maar spreekt dan toch niet tegen dat het aantal personeelsleden van de -tot het nieuwe departement Personeel omgevormde- oude directie Personeel zo goed als verdubbeld is en namelijk van 23 op 41 is gekomen. Wat volgens de uitdrukkelijke motivering van de beslissing van 9 december 2010 tot stopzetting van de initiële bevorderingsprocedure juist “samenhangt met de aanzienlijke uitbreiding van het takenpakket”.

Voorts valt niet ernstig te betwisten dat de beschrijving van de functie van directeur van het departement Personeel danig verschilt van de vroegere functiebeschrijving. Verzoeker betwist dat strikt genomen ook niet. In essentie minimaliseert hij alleen maar de praktische impact ervan en betwijfelt hij de meerwaarde die de provincie de nieuwe functiebeschrijvingen toemeet.

Die meerwaarde en, meer algemeen, de relevantie van de onbetwistbaar gewijzigde omstandigheden ten aanzien van het eventuele stopzetten van de lopende bevorderingsprocedure en het beginnen van een nieuwe, zijn zaken waarover verschillend kan worden gedacht. Evenwel komt het oordeel hierover in beginsel aan het bestuur toe. Moet het bestuur binnen de grenzen van de redelijkheid blijven, die grenzen zijn niet overschreden door het enkele feit dat het bestuur, wettig, mogelijk ook in andere zin kon hebben beslist.

Verzoeker overtuigt er niet van dat verwerende partij het redelijkheidsbeginsel heeft geschonden of anderszins onwettig heeft geoordeeld

door in het licht van de specifieke, concrete toedracht van de zaak te hebben gemeend de initiële bevorderingsprocedure te moeten stopzetten en een nieuwe bevorderingsprocedure te beginnen.

26. Ook het tweede -en laatste- middel tegen het tweede en derde voorwerp van het tweede beroep is ongegrond.

BESLISSING

1. De zaken nrs. A. 196.165 en A. 198.960 worden gevoegd.

2. De Raad van State verwerpt de beroepen.

3. Verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring inzake A. 196.165, begroot op 350 euro.

Verzoeker wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring inzake A. 198.960, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 juli 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest