

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 248.753 van 27 oktober 2020
in de zaak A. 223.064/IX-9130**

In zake: Martine VAN DER AUWERA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koenraad Maenhout
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Filip Williotstraat 30 bus 0102
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD VILVOORDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bert Beelen en Hans-Kristof Carême
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 6 september 2017, strekt tot de nietigverklaring van:

“1. de beslissing van 12 juli 2017 van het College van Burgemeester en Schepenen van stad Vilvoorde waarbij [...] Martine Van der Auwera [...], met ingang van 1 september 2017, niet verder wordt aangesteld als directeur in de stedelijke school voor buitengewoon lager onderwijs Oase;
2. de beslissing(en) van ongekende datum van het College van Burgemeester en Schepenen van stad Vilvoorde waarbij [...] Iris Verstrepen en Annick Davison [...] tijdelijk aangesteld worden als directeur aan de stedelijke school voor buitengewoon lager onderwijs Oase [...] en dit van 1 september 2017.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 240.887 van 5 maart 2018 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

Eerste auditeur-afdelingshoofd Marijke Sterck heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 oktober 2020.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Buket Karaca, die *loco* advocaat Koenraad Maenhout verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Hans-Kristof Carême, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Marijke Sterck 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. Op 29 juni 2015 beslist de gemeenteraad van de stad Vilvoorde tot het aanleggen van een werfreserve voor het ambt van directeur van de stedelijke school voor buitengewoon lager onderwijs Oase.

Na de selectieprocedures wordt verzoekster per 1 november 2015 opgenomen, als enige, in de werfreserve voor het voormelde directeursambt.

Op 9 november 2015 stelt het college van burgemeester en schepenen van de stad Vilvoorde verzoekster tijdelijk aan in het vacant verklaarde ambt van directeur in de stedelijke school voor buitengewoon lager onderwijs Oase, met ingang van 9 november 2015 om te eindigen op 31 augustus 2016. Er wordt tevens beslist dat er “[n]a een positieve evaluatie na twee schooljaren [...] de mogelijkheid [is] om vast benoemd te worden als directeur aan de stedelijke school voor buitengewoon lager onderwijs Oase”.

Op 4 juli 2016 beslist het college van burgemeester en schepenen om de tijdelijke aanstelling van verzoekster voor één jaar te verlengen, tot 31 augustus 2017.

Op 12 juli 2017 beslist het college van burgemeester en schepenen dat verzoekster “met ingang van 1 september 2017, niet verder [wordt] aangesteld als directeur in de stedelijke school voor buitengewoon lager onderwijs Oase”. Die beslissing is als volgt gemotiveerd:

“Overwegende dat het functioneren van [verzoekster] als directeur in de stedelijke school voor buitengewoon onderwijs Oase geen voldoening

heeft gegeven wegens tekorten inzake visie, duidelijk beleid, doordachte en onderbouwde oordeelsvorming; het opvolgen van de inhoudelijke kwaliteit van het geboden onderwijs; een tijdige en opgevolgde planning en organisatie van de school; duidelijke communicatie en nakomen van gemaakte afspraken; het onderhouden van een goede samenwerking met organisaties die rechtstreeks verband houden met de pedagogische werking van de school en onvoldoende oog heeft voor specifieke problemen bij kinderen.”

Op 11 september 2017 beslist het college van burgemeester en schepenen om Annick Davison en Iris Verstrepen, ieder voor een halftijdse tewerkstelling, tijdelijk aan te stellen als directeur in de stedelijke school voor buitengewoon lager onderwijs Oase voor de periode 1 september 2017 – 31 augustus 2018.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Vierde middel

Standpunt van de partijen

4. In het vierde middel voert verzoekster de schending aan van artikel 42, § 1, c), en van artikel “40” (lees: 42), § 4, van het decreet van 27 maart 1991 rechtspositie personeelsleden gesubsidieerd onderwijs (“het rechtspositie-decreet”).

Uit zowel de tekst van deze bepaling als de parlementaire bespreking ervan blijkt volgens verzoekster dat bij een tijdelijke aanstelling in een bevorderingsambt van directeur een verplichting tot benoeming bestaat na het verstrijken van het tweede schooljaar, indien het betrokken personeelslid aan alle voorwaarden voldoet. Verzoekster betwist niet dat de verwerende partij haar tijdelijke aanstelling kan beëindigen, alleen zijn de decretale voorwaarden daartoe niet vervuld.

5. De verwerende partij werpt op dat verzoekster het middel niet duidelijk formuleert en het aan de Raad overlaat om het nader te formuleren, zodat het onontvankelijk is.

Voorts stelt de verwerende partij dat de tijdelijke aanstelling krachtens artikel 42, § 1, c), van het rechtspositiedecreet begrensd is in de tijd, namelijk tot twee schooljaren, waarna de overheid een keuze moet maken tussen een vaste benoeming in het bevorderingsambt, dan wel de terugkeer naar het vorige ambt. In de eerste bestreden beslissing is er kennelijk beslist tot de terugkeer van het personeelslid naar het vorige ambt. Anders dan verzoekster beweert, bestaat er geen verplichting tot benoeming na het verstrijken van het tweede schooljaar. Verzoekster kan hiertoe niet verwijzen naar de artikelen 41, § 5, en 40, § 4, van het rechtspositiedecreet aangezien deze artikelen niet (meer) bestaan. De eerste bestreden beslissing steunt op artikel 42, § 1, c), van het rechtspositiedecreet, “waarbij de verwerende partij de discretionaire bevoegdheid en keuzevrijheid heeft om te beslissen over de terugkeer van het personeelslid naar zijn vorig ambt”.

6. In haar laatste memorie merkt de verwerende partij op “dat het college van burgemeester en schepenen op 12.7.2017 wel degelijk heeft beslist tot de terugkeer naar het vorige ambt, indien niet uitdrukkelijk zo vermeld, dan alleszins impliciet en zeker”.

Zij citeert artikel 42, § 1, c), van het rechtspositiedecreet en onderstreept daarin de woorden “tenzij het voordien schriftelijk te kennen heeft deze benoeming niet te wensen”. Welnu, net dat heeft het college van burgemeester en schepenen te kennen gegeven, namelijk “deze benoeming niet te wensen”.

Het is voor de verwerende partij duidelijk dat een beslissing op grond van artikel 42, § 1, c), niet dient te worden genomen na een formele evaluatie conform de artikelen 47*bis* en volgende van het rechtspositiedecreet met alle daar beschreven waarborgen van dien:

“Daarom heeft de verwerende partij een 360°-evaluatie laten doorvoeren en zich hierop gesteund, maar zonder die evaluatie daarom dient te worden gekwalificeerd als de formele evaluatie ex art. 46septies DRP.”

De verwerende partij handhaaft dat zij over de discretionaire bevoegdheid beschikt “om te beslissen over de terugkeer van het personeelslid naar zijn vorig ambt c.q. om de vaste benoeming niet te wensen, zonder dat hier toe een evaluatie wordt vereist”.

Daarenboven, zo merkt de verwerende partij op, kon verzoekster op het einde van het schooljaar 2016-2017 sowieso nog geen aanspraak maken op een vaste benoeming, gesteld dat zij aan de voorwaarden van artikel 40 zou voldoen én voor zover het college burgemeester en schepenen niet te kennen zou hebben gegeven de benoeming niet te wensen, aangezien verzoekster pas sinds november 2015 werkzaam is als directrice in Oase. Het schooljaar 2015-2016 betreft derhalve geen volledig schooljaar, terwijl het schooljaar 2016-2017 het eerste volledige schooljaar is. Verzoekster zou onder de genoemde voorwaarden dus pas op het einde van het tweede volledige schooljaar – zoals uitdrukkelijk bepaald in artikel 42, § 1, c), van het rechtspositiedecreet – van ambtswege vast benoemd kunnen zijn, derhalve pas na 31 augustus 2018.

Beoordeling

7. Artikel 42, §§ 1 en 4, van het rechtspositiedecreet luidt:

“§ 1. Een selectie- of bevorderingsambt kan tijdelijk worden toegewezen:

- a) indien de titularis van het ambt tijdelijk afwezig is;
- b) in een betrekking waarin op grond van artikel 39 geen benoeming mogelijk is;
- c) in afwachting van een vaste benoeming in het selectie- of bevorderingsambt in een instelling.

Wanneer het personeelslid tijdelijk in een selectie- of bevorderingsambt wordt aangesteld in een instelling in afwachting van een vaste benoeming, neemt de inrichtende macht uiterlijk op het einde van het tweede volledige schooljaar, een beslissing houdende hetzij vaste benoeming van het personeelslid in het selectie- of bevorderingsambt, indien het op dat ogenblik aan alle voorwaarden van artikel 40 voldoet, hetzij de terugkeer van het personeelslid naar zijn vorig ambt. Indien de inrichtende macht geen

beslissing neemt vóór het einde van die periode wordt het personeelslid dat aan alle voorwaarden van artikel 40 voldoet, geacht van ambtswege vast benoemd te zijn in het selectie- of bevorderingsambt, tenzij het voordien schriftelijk te kennen geeft deze benoeming niet te wensen.

De termijn van twee volledige schooljaren kan worden verlengd wanneer het gaat om:

1° de bevorderingsambten in éénklassige kleuter-, lagere en basisscholen, voor zover personeelsleden van de inrichtende macht die aan de benoemingsvoorwaarden voldoen, hiervoor niet hebben gekandideerd;

2° de bevorderingsambten van beheerder-internaat, voor zover de titularis van dit ambt niet aan de voorwaarden voor benoeming voldoet.

In afwachting van de vaste benoeming blijft het personeelslid in voorkomend geval titularis van het ambt waarin het vast benoemd is;

d) in een vacante betrekking in de pedagogische begeleidingsdienst.

[...]

§ 4. Een tijdelijke aanstelling in een selectie- of bevorderingsambt eindigt voor het geheel of een deel van de opdracht volgens het bepaalde van artikel 21, § 1, a, b, c, d en g. Als de aanstelling gebeurt op grond van § 1bis geldt artikel 21, § 1, g), niet.

Het personeelslid of de inrichtende macht kan om een andere reden dan deze bedoeld in het eerste lid de tijdelijke aanstelling beëindigen gedurende de eerste zes maanden met een opzeggingstermijn van 15 kalenderdagen. Beide partijen kunnen instemmen met een kortere opzeggingstermijn. Die instemming wordt schriftelijk meegedeeld. Na het verstrijken van deze periode kan de tijdelijke aanstelling enkel op het einde van het schooljaar worden beëindigd, behoudens een andersluidend schriftelijk akkoord tussen beide partijen.”

8.1. In de laatste memorie van de verwerende partij wordt de ontvankelijkheidsexceptie niet meer uitdrukkelijk gehandhaafd, noch wordt het voor de verwerende partij ongunstige auditoraatsverslag op dat punt nog weersproken. Hoe dan ook zet verzoekster op voldoende duidelijke wijze uiteen dat er volgens haar een recht op benoeming bestaat en zij verwijst hiervoor naar artikel 42, § 1, c), van het rechtspositiedecreet. Het middel is bijgevolg ontvankelijk.

8.2. In het inleidend verzoekschrift heeft verzoekster voorts inderdaad ook gerefereerd aan decreetsbepalingen die niet of niet meer bestaan. Zij heeft echter de inhoud van de bepalingen ook geparafraseerd in de toelichting bij het middel en daaruit blijkt zonder meer dat het om een verschrijving gaat, die zij overigens in de memorie van wederantwoord heeft rechtgezet. De verwerende partij kan hierdoor niet op het verkeerde spoor zijn gezet.

9. Zoals de verwerende partij het zelf bij herhaling aangeeft, is verzoekster tijdelijk aangesteld in een vacante betrekking van het bevorderingsambt van directeur op grond van artikel 42, § 1, c), van het rechtspositiedecreet, namelijk “in afwachting van een vaste benoeming” in het betrokken bevorderingsambt.

10. Dit impliceert dat de verwerende partij, gelet op artikel 42, § 1, c), van het rechtspositiedecreet, “uiterlijk op het einde van het tweede volledige schooljaar” moet beslissen over die al dan niet vaste benoeming van verzoekster.

11. Voor de goede orde wordt het tweede lid van deze litera c) andermaal geciteerd:

“Wanneer het personeelslid tijdelijk in een selectie- of bevorderingsambt wordt aangesteld in een instelling in afwachting van een vaste benoeming, neemt de inrichtende macht uiterlijk op het einde van het tweede volledige schooljaar, een beslissing houdende hetzij vaste benoeming van het personeelslid in het selectie- of bevorderingsambt, indien het op dat ogenblik aan alle voorwaarden van artikel 40 voldoet, hetzij de terugkeer van het personeelslid naar zijn vorig ambt. Indien de inrichtende macht geen beslissing neemt vóór het einde van die periode wordt het personeelslid dat aan alle voorwaarden van artikel 40 voldoet, geacht van ambtswege vast benoemd te zijn in het selectie- of bevorderingsambt, tenzij het voordien schriftelijk te kennen geeft deze benoeming niet te wensen.”

12. Zoals de Raad van State reeds heeft uiteengezet in zijn arresten nr. 60.107 van 12 juni 1996 en nr. 156.680 van 21 maart 2006 en hij ook voor deze zaak aanneemt, is zowel uit de tekst van artikel 42, § 1, c), als met de erbij in de parlementaire voorbereiding gegeven toelichting bezwaarlijk een andere interpretatie verenigbaar dan de volgende: aan wie twee volledige schooljaren als tijdelijk directeur tot een goed einde heeft gebracht kan zijn recht op benoeming niet ontzegd worden.

Verzoekster heeft als tijdelijk aangestelde in het ambt van directeur op grond van artikel 42, § 1, c), van het rechtspositiedecreet “in afwachting van een vaste benoeming”, na twee schooljaren dus het recht op die vaste

benoeming indien zij op dat ogenblik “aan alle voorwaarden van artikel 40 voldoet”.

13. Voormeld artikel 40 van het rechtspositiedecreet luidt:

“Het personeelslid moet om vastbenoemd te worden in een selectie- of bevorderingsambt, op het ogenblik van de vaste benoeming voldoen aan de volgende voorwaarden:

1° houder zijn van het vereist of voldoende geacht bekwaamheidsbewijs vastgesteld voor dit specifieke selectie- of bevorderingsambt, organiek of bij overgangsmaatregel;

2° als laatste evaluatie geen evaluatie met de eindconclusie ‘onvoldoende’ hebben verkregen in het desbetreffende selectie- of bevorderingsambt bij de inrichtende macht waar de vacante betrekking zich situeert. Als het personeelslid de evaluatie met eindconclusie ‘onvoldoende’ kreeg in een instelling van de inrichtende macht die behoort tot een scholengemeenschap, dan geldt deze bepaling voor alle instellingen van deze inrichtende macht die behoren tot deze scholengemeenschap. Als het personeelslid de evaluatie met eindconclusie ‘onvoldoende’ kreeg in een instelling van de inrichtende macht die niet behoort tot een scholengemeenschap, dan geldt deze bepaling voor alle instellingen van deze inrichtende macht die niet behoren tot een scholengemeenschap. Als het personeelslid niet werd geëvalueerd, wordt aan deze voorwaarde geacht voldaan te zijn;

3° voldoen aan de algemene wervingsvoorwaarden van artikel 19”.

14. De verwerende partij betwist niet, dat verzoekster aan de eerste en de derde voorwaarde van artikel 40 voldoet.

Voorts argumenteert de verwerende partij terecht niet dat verzoekster geëvalueerd is geworden overeenkomstig de bepalingen van het rechtspositiedecreet, laat staan dat zij een decretale eindevaluatie ‘onvoldoende’ heeft gekregen. Ten overvloede merkt de Raad op dat het verslag van de zogenaamde 360°-bevraging die de verwerende partij heeft laten uitvoeren en waarop zij wél beweert te steunen, geen evaluatie is in de zin van het rechtspositiedecreet.

Aangezien verzoekster niet – of niet behoorlijk – is geëvalueerd, wordt aan de tweede voorwaarde “geacht voldaan te zijn”.

Verzoekster voldoet dus – of wordt geacht te voldoen – aan alle voorwaarden van artikel 40 van het rechtspositiedecreet.

De eerste bestreden beslissing, die naar zeggen van de verwerende partij verzoekster niet vast benoemt maar laat terugkeren naar haar vroegere ambt, schendt dan ook artikel 42, § 1, c), van het rechtspositiedecreet. In zoverre is het middel gegrond en dient de eerste bestreden beslissing te worden vernietigd.

15. Voor zover de verwerende partij om dit tegen te spreken de woorden “tenzij het voordien schriftelijk te kennen geeft deze benoeming niet te wensen” citeert en uiteenzet dat “het” refereert aan “de inrichtende macht” die de benoeming niet wenst, wordt zij uitgenodigd de algemene Nederlandse spraakkunst door te nemen. Niet enkel de strekking van die bepaling, maar zelfs reeds het lidwoord “het” laat er immers geen twijfel over bestaan dat niet “de inrichtende macht”, maar wel “het personeelslid” wordt bedoeld, dat mag afzien van de vaste benoeming waarop het recht heeft.

Het staat de verwerende partij met andere woorden vrij om de vaste benoeming van verzoekster niet te wensen en in zoverre heeft zij inderdaad een keuzevrijheid om het personeelslid van zijn opdracht te ontslaan. Elke discretionaire bevoegdheid is evenwel onderworpen aan het recht, wat gelet op artikel 40 en 42 van het rechtspositiedecreet in de gegeven omstandigheden betekent dat zij ofwel een einde had moeten stellen aan de tijdelijke aanstelling overeenkomstig artikel 42, § 4, tweede lid, van het rechtspositiedecreet, ofwel dit ontslag steun laten vinden in een behoorlijk uitgevoerde evaluatie van het betrokken personeelslid, met conclusie ‘onvoldoende’.

16. Ook het verweer dat verzoekster pas met ingang van 9 november 2015 is aangesteld en op de datum van de eerste bestreden beslissing dus geen twee volledige schooljaren heeft gepresteerd, faalt. Het rechtspositiedecreet eist niet een beslissing “op” het einde van het tweede schooljaar, maar wel “uiterlijk”

op het einde van het tweede schooljaar. Daargelaten of de verwerende partij verzoekster nog opnieuw tijdelijk had mogen aanstellen, heeft zij nu eenmaal verkozen dit niet te doen en heeft zij op 12 juli 2017 – en dus in overeenstemming met het temporele voorschrift van het rechtspositiedecreet – met de eerste bestreden beslissing stelling genomen over de al dan niet vaste benoeming van verzoekster, zonder te beschikken over een evaluatie ‘onvoldoende’.

Niet wordt immers beweerd, noch blijkt, dat met die beslissing aan de tijdelijke aanstelling een einde is gesteld op grond van artikel 42, § 4, van het rechtspositiedecreet. De verwerende partij laat integendeel niet na in haar stukken te onderstrepen dat de eerste bestreden beslissing steunt en énkél steunt op artikel 42, § 1, c), van het rechtspositiedecreet.

17. Ingevolge de hierna uit te spreken nietigverklaring van de eerste bestreden beslissing, wordt deze met terugwerkende kracht uit het rechtsverkeer verwijderd. De verwerende partij moet aldus worden geacht geen beslissing genomen te hebben over de rechtspositie van verzoekster. Dit brengt mee dat verzoekster geacht moet worden van ambtswege vast benoemd te zijn in het bevorderingsambt van directeur met ingang van de datum waarop zij de twee volledige schooljaren heeft bereikt, aangezien vóór het einde van de periode van twee volledige schooljaren geen anders luidende beslissing is getroffen.

Hieruit volgt bij weeromstuit dat voor de tweede bestreden beslissing grond noch motief voorhanden is, dat er derhalve in het rechtsverkeer geen plaats voor is en dat zij in het lot van de eerste bestreden beslissing deelt.

B. Overige middelen

18. Aangezien de overige middelen tot geen ruimer rechtsherstel kunnen leiden, hoeven ze niet te worden onderzocht.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt (1) de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van stad Vilvoorde van 12 juli 2017 waarbij Martine Van der Auwera met ingang van 1 september 2017 “niet verder [wordt] aangesteld als directeur in de stedelijke school voor buitengewoon lager onderwijs Oase” en (2) de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van stad Vilvoorde van 11 september 2017 waarbij Iris Verstrepen en Annick Davison tijdelijk aangesteld worden als directeur aan de stedelijke school voor buitengewoon lager onderwijs Oase met ingang van 1 september 2017.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 840 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zevenentwintig oktober tweeduizend twintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren