

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.041 van 25 november 2020
in de zaak A. 227.507/IX-9507**

In zake : ITO Noriko
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Vangeel
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Lange Lozanastraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de GEMEENTE BORNEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koenraad Maenhout
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Filip Williotstraat 30 bus 0120
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

Jo SCHELKENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Mario Van Essche
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan van Rijswijklaan 33-35 bus 001
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 25 februari 2019, strekt tot de nietigverklaring van:

- “De impliciete/stilzwijgende weigeringsbeslissing m.b.t. de aanvraag tot vaste benoeming van [Ito Noriko] dd. 30/4/2016 voor het vrije uur klarnet”;
- “De beslissing [van] het College van Burgemeester en Schepenen [van de gemeente Bornem] van 3 september 2018 [om Jo] Schelkens met ingang van 1 januari 2019 bij wijze van mutatie vanuit de gemeentelijke

IX-9507-1/13

academie voor Muzische Kunsten Meise in vast verband [te affecteren] voor 1 uur klarinet aan de gemeentelijke academie muziek, woord en dans Bornem als leraar instrument”;

- “De beslissing [...] waarbij het College van Burgemeester en Schepenen [op] 27 december [2018] heeft beslist dat Dhr. Schelkens met ingang van 1 januari 2019 bij wijze van mutatie vanuit de gemeentelijke academie voor Muzische Kunsten Meise in vast verband geaffecteerd wordt aan de gemeentelijke academie muziek, woord en dans Bornem als leraar instrument”;

- “De (impliciete) weigeringsbeslissing dd. 27 december 2018 [...] m.b.t. de aanvraag voor vaste benoeming van [Ito Noriko] dd. 23 november 2018 voor [...]:

3/22 leraar instrument: klassiek: klarinet

1/20 leraar instrument: klassiek: klarinet.”

II. Verloop van de rechtspleging

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

Jo Schelkens heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 29 april 2019. De tussenkomende partij heeft een memorie 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 16 november 2020 om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tim Peeters, die *loco* advocaat Christophe Vangeel verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Koenraad Maenhout, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Mario Van Essche, die verschijnt voor de tussenkomen de 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

3.1. Verzoekster is leraar klarinet aan de academie voor muziek, woord en dans (“de Academie”) van de gemeente Bornem.

3.2. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Bornem verklaart op 14 maart 2016 een aantal uren vacant in de Academie voor vaste benoeming met ingang van 1 juli 2016 en 1 oktober 2016, waaronder een lesopdracht van 1/20 voor leraar klarinet.

Verzoekster stelt zich op 30 april 2016 kandidaat voor tijdelijke aanstelling van doorlopende duur (“TADD”) en voor vaste benoeming in een wervingsambt bij de Academie.

Op 21 november 2016 beslist het schepencollege om verzoekster niet aan te stellen als TADD “daar zij niet meer in dienst is”.

De “impliciete/stilzwijgende weigeringsbeslissing” met betrekking tot verzoeksters kandidaatstelling voor een vaste benoeming van 30 april 2016 wordt door verzoekster aangemerkt als de eerste bestreden beslissing.

3.3. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Bornem beslist op 3 september 2018 om de tussenkomende partij bij wijze van mutatie in vast verband te affecteren als leraar ‘instrument: klassiek: klarinet’ voor een lesopdracht van één uur aan de Academie.

Dat is de tweede bestreden beslissing.

3.4. Op 12 november 2018 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Bornem om verzoekster aan te stellen als TADD aan de Academie in het ambt van leraar ‘instrument: klassiek: klarinet’ met een opdracht van 3/22 en 1/20.

3.5. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Bornem verklaart op 12 november 2018 een aantal uren vacant in de Academie voor vaste benoeming met ingang van 1 januari 2019, waaronder een lesopdracht van 3/22 en een lesopdracht van 1/20 voor leraar ‘instrument: klassiek: klarinet’.

Verzoekster en de tussenkomende partij stellen zich hiervoor kandidaat.

3.6. Op 20 december 2018 doet de tussenkomende partij een aanvraag tot mutatie voor vier uren naar de Academie.

3.7. Op 21 december 2018 wordt de tussenkomende partij door de gemeente Meise vast benoemd, onder meer in het ambt van leraar ‘instrument: klassiek: klarinet’ met een lesopdracht van 2/22 en een lesopdracht van 3/20.

3.8. Op 27 december 2018 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Bornem om de tussenkomende partij met ingang van 1 januari 2019 bij wijze van mutatie vanuit de gemeentelijke academie voor muzische kunsten Meise in vast verband te affecteren aan de Academie als leraar ‘instrument: klassiek: klarinet’ voor een lesopdracht van vier uur.

Dat is de derde bestreden beslissing.

De “(impliciete) weigeringsbeslissing dd. 27 december 2018” met betrekking tot verzoeksters aanvraag van 23 november 2018 voor vaste benoeming wordt door verzoekster aangemerkt als de vierde bestreden beslissing.

3.9. Op 14 januari 2019 aanvaardt het schepencollege van de gemeente Meise het ontslag van de tussenkomen de partij wegens mutatie vanaf 1 januari 2019.

IV. Ontvankelijkheid

4. Zowel de verwerende partij als de tussenkomen de partij werpen, samen genomen niet minder dan zeven middelen van onontvankelijkheid op.

Ze worden in het auditoraatsverslag onderzocht en hetzij ongegrond bevonden hetzij samenhangend genoemd met de grond van de zaak.

Hiertegen laat de tussenkomen de partij na om nog te reageren in een laatste memorie, die zij immers niet indient. Ook de verwerende partij weerspreekt in haar laatste memorie de bevindingen van het auditoraatsverslag over de excepties niet, maar zij bepaalt zich ertoe te verwijzen naar haar memorie van antwoord.

5. In die omstandigheden acht de Raad van State het om proces-economische redenen niet zinvol in te gaan op deze excepties, aangezien hierna zal blijken dat het beroep hoe dan ook moet worden verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

A. De “impliciete/stilzwijgende weigeringsbeslissing” met betrekking tot de aanvraag van 30 april 2016 tot vaste benoeming voor één uur klarinet (de eerste bestreden beslissing)

Uiteenzetting van het enige middel

6. Het middel is genomen uit de schending van de artikelen 31, 35 en 35bis van het decreet van 27 maart 1991 rechtspositie personeelsleden gesubsidieerd onderwijs (“rechtspositiedecreet”).

Verzoekster voert aan dat deze bepalingen de voorwaarden vastleggen die vervuld moeten zijn opdat iemand vastbenoemd zou kunnen worden, maar tegelijkertijd ook bepalen dat het personeelslid dat voldoet aan die voorwaarden een recht heeft op vaste benoeming.

Verzoekster argumenteert dat op 1 maart 2016 een uur klarinet vacant is verklaard, dat zij voldeed aan de voorwaarden om vast benoemd te worden en dat zij op 30 april 2016 op correcte wijze haar kandidatuur heeft ingediend. Niettegenstaande er geen redenen waren om de benoeming te weigeren, gebeurde dit toch op impliciete wijze en bleef het uur klarinet vacant. Op die manier miskent de verwerende partij de bepalingen van het rechtspositiedecreet die verzoekster recht geven op een vaste benoeming voor één uur klarinet.

Beoordeling

7. Gelet op artikel 31, § 1, 3°, gelezen in samenhang met artikel 35bis, § 2, van het rechtspositiedecreet kan een personeelslid dat nog niet de leeftijd van 55 jaar heeft bereikt slechts in vast verband worden benoemd als hij “op 31 december voorafgaand aan de vaste benoeming voor doorlopende duur is aangesteld in het ambt waarvoor hij zich kandidaat heeft gesteld”. Met andere woor-

den: indien niet aan deze voorwaarde is voldaan, kan de betrokkene niet in vast verband worden benoemd.

8. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Bornem heeft op 21 november 2016 beslist om verzoekster niet aan te stellen als TADD “daar zij niet meer in dienst is”. Verzoekster heeft die beslissing niet aangevochten.

Aldus voldeed verzoekster niet aan de voorwaarde bedoeld in artikel 31, § 1, 3°, van het rechtspositiedecreet, om in vast verband te kunnen worden benoemd. Al evenmin voldeed ze aan de voorwaarde bedoeld in artikel 35bis, § 2, van het rechtspositiedecreet aangezien zij op het ogenblik van de bestreden beslissing geen 55 jaar was.

Hieruit volgt dan weer dat aan haar aanvraag tot vaste benoeming hoe dan ook geen gunstig gevolg kon worden gegeven, zonder dat moet worden onderzocht of de verwerende partij hierover “impliciet” of “stilzwijgend” een aanvechtbare beslissing heeft genomen.

9. Het middel kan niet tot de gevraagde nietigverklaring leiden.

B. De beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Bornem van 3 september 2018 waarbij Jo Schelkens bij wijze van mutatie in vast verband wordt geaffecteerd aan de Academie als leraar ‘instrument: klassiek: klarinet’ voor een lesopdracht van één uur (de tweede bestreden beslissing)

Uiteenzetting van het enige middel

10. Het middel is genomen uit de schending van de artikelen 45 en 46 van het rechtspositiedecreet en van de materiële motiveringsplicht.

Verzoekster voert aan dat het college van burgemeester en schepenen op 3 september 2018 heeft beslist om de tussenkomende partij naar de Academie te muteren voor een lesopdracht van één uur klarinet terwijl er op dat moment geen uren klarinet vacant waren. Zij had immers in 2016 voor dit uur gekandideerd en zij voldeed aan de voorwaarden om vastbenoemd te worden voor dit lesuur.

Verzoekster doet ook gelden dat het gegeven dat de tussenkomende partij als sterkste kandidaat uit de vergelijkende examens voor de vacature leerkracht klarinet zou zijn gekomen geen argument is, aangezien er nooit een selectieprocedure gestart had mogen worden.

Beoordeling

11. Het middel steunt op de hiervóór verkeerd gebleken veronderstelling dat verzoekster recht had op vaste benoeming voor het op 14 maart 2016 vacant verklaarde lesuur klarinet.

12. Het middel is ongegrond.

C. De beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Bornem van 27 december 2018 waarbij Jo Schelkens bij wijze van mutatie vanuit de gemeentelijke academie voor muzische kunsten Meise in vast verband wordt geaffecteerd aan de Academie als leraar ‘instrument: klassiek: klarinet’ voor een lesopdracht van vier uur (de derde bestreden beslissing)

Uiteenzetting van het enige middel

13.1. Het middel is genomen uit de schending van de artikelen 45 en 46 van het rechtspositiedecreet en van de materiële motiveringsplicht.

13.2. In het *eerste onderdeel* van het middel voert verzoekster aan dat uit de artikelen 45 en 46 van het rechtspositiedecreet blijkt dat wie de mutatie aanvraagt of verkrijgt vastbenoemd dient te zijn. Zij argumenteert dat de tussenkomende partij op 27 december 2018 niet vastbenoemd was in Meise, zodat het schepencollege geen goedkeuring kon geven aan deze mutatie. Bovendien, zo stelt verzoekster, dient de mutatie gepaard te gaan met een ontslag voor (het deel van) de opdracht die het vastbenoemde personeelslid verlaat en is er *in casu* geen bewijs van een dergelijk ontslag. Derhalve kon er op 1 januari 2019 – in de veronderstelling dat de tussenkomende partij op dat ogenblik in Meise vastbenoemd zou zijn – geen mutatie gebeuren doordat zij nog geen ontslag had genomen. Uit een bericht van de directeur van de academie van Meise blijkt dat het ontslag van de tussenkomende partij “vanaf 1 januari 2019” pas op het schepencollege van 14 januari 2019 is voorgekomen. Derhalve kon de verwerende partij onmogelijk de mutatie laten ingaan op 1 januari 2019.

Een mutatie van de tussenkomende partij op 14 januari 2019 was volgens verzoekster ook niet langer mogelijk. Verzoekster diende immers vastbenoemd te worden op 1 januari 2019, gelet op haar aanvraag van 23 november 2018.

Verzoekster betoogt nog dat de overgang van de tussenkomende partij van het ene schoolbestuur naar het andere in strijd met het rechtspositiedecreet niet “zonder onderbreking” is gebeurd. De mutatie is ingegaan op 1 januari 2019 terwijl het ontslag van de tussenkomende partij pas op 14 januari 2019 is aanvaard. Er is volgens verzoekster dus een onderbreking, die men achteraf probeert recht te trekken.

13.3. In het *tweede onderdeel* van het middel voert verzoekster aan dat de bestreden beslissing gebrekkig is gemotiveerd.

Verzoekster argumenteert dat ten onrechte wordt overwogen dat er vier vacante uren zouden zijn. Zij stelt dat de uren niet vacant waren aangezien

zij voor de uren had gekandideerd en op 1 januari 2019 vastbenoemd diende te worden.

Voorts doet zij gelden dat voor zover in de bestreden beslissing wordt overwogen dat omwille van pedagogische redenen voorrang dient te worden verleend aan de mutatie van de tussenkomende partij boven de benoeming van verzoekster, het volstrekt onduidelijk is wat deze pedagogische redenen zijn. Volgens verzoekster kan een lesverslag geen argument zijn. Zij wijst erop dat zij het bewuste lesverslag nooit heeft aanvaard of getekend en dat zij de directie een repliek op het verslag heeft bezorgd. Bovendien is het lesverslag herroepen door de nieuwe schepen van cultuur in 2019. Dat de tussenkomende partij als beste kandidaat uit de vergelijkende examens voor de vacature leerkracht klarinet zou zijn gekomen, is volgens verzoekster evenmin een argument aangezien er nooit een selectieprocedure gestart mocht zijn. Verzoekster had immers TADD rechten en dus was er geen nood om nieuwe kandidaten te werven.

Beoordeling

14. Op 21 december 2018 heeft de gemeente Meise de tussenkomende partij met ingang van 1 januari 2019 vastbenoemd in het ambt van leraar ‘instrument: klassiek: klarinet’ met een lesopdracht van 2/22 en een lesopdracht van 3/20.

Voorts heeft de gemeente Meise op 14 januari 2019 het ontslag van de tussenkomende partij wegens mutatie voor vier uur met ingang van 1 januari 2019 aanvaard. Verzoekster voert geen regel aan die de gemeente Meise zou verhinderen om aan de bedoelde beslissing terugwerkende kracht te verlenen.

Anders dan verzoekster beweert, is van een onderbroken overgang bijgevolg rechtens geen sprake en voldoet de tussenkomende partij op het vlak van vaste benoeming en ontslag aan de mutatievoorwaarden.

Aangezien de mutatie rechtsgeldig is gebeurd, kon verzoekster – die op dat moment TADD was – niet met ingang van 1 januari 2019 vastbenoemd worden voor de betrokken lesopdracht. Een mutatie van een leraar met vaste benoeming – zoals de tussenkomende partij – heeft immers voorrang op verzoeksters rechten als TADD voor de invulling van de vacante uren.

Het eerste middelonderdeel is niet gegrond.

15. Hiervóór is reeds uiteengezet dat de verwerende partij terecht heeft overwogen dat er vier lesuren vacant waren en dat verzoekster geen recht had op een benoeming voor die uren.

Het motief dat “omwille van pedagogische redenen voorrang [wordt] gegeven aan de mutatie van Jo Schelkens” is een overtoollig motief. De tussenkomende partij had immers hoe dan ook voorrang op verzoekster om in de vacante uren te worden aangesteld. Kritiek op een overtoollig motief kan niet leiden tot de vernietiging van de bestreden beslissing.

Het tweede middelonderdeel is niet gegrond.

16. Het middel is in geen van zijn onderdelen gegrond.

D. De impliciete weigeringsbeslissing van 27 december 2018 met betrekking tot verzoeksters kandidaatstelling voor een vaste benoeming van 23 november 2018 (de vierde bestreden beslissing)

Uiteenzetting van het enige middel

17. Het middel is genomen uit de schending van de artikelen 31, 35 en 35bis van het rechtspositiedecreet.

Verzoekster voert aan dat zij aan de voorwaarden voldeed om vastbenoemd te worden, zoals onder meer kan blijken uit de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Bornem van 27 december 2018 waarin wordt gesteld dat de mutatie van de tussenkomende partij te verkiezen is boven een benoeming van verzoekster. Gelet op het feit dat de mutatie van de tussenkomende partij niet kon plaatsvinden, was er volgens verzoekster geen enkele reden om haar benoeming te weigeren.

Beoordeling

18. Hiervóór is vastgesteld dat de mutatie van de tussenkomende partij op rechtsgeldige wijze tot stand is gekomen.

Zoals reeds uiteengezet had de tussenkomende partij voorrang op verzoekster om in de vacante uren te worden aangesteld. Verzoekster betwist niet dat een mutatie van een vast benoemde voorrang heeft op de vaste benoeming van een TADD.

19. Het middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijftientwintig november 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