

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 89.800 van 26 september 2000
in de zaak A. 90.544/IX-2290.**

In zake : Stefaan MATTHYS,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat P. ROTSART,
 kantoor houdende te MARKE,
 Pieter Breughelstraat 25

tegen :

het Selectiebureau van de Federale Overheid
(SELOR).

tussenkomen de partij :

de Vlaamse Gemeenschap, vertegenwoordigd
door de Vlaamse regering,
die woonplaats kiest bij
advocaat B. STAELENS,
kantoor houdende te BRUGGE,
Canadesen Hof,
Bevrijdingslaan 4, bus 1.

DE VOORZITTER VAN DE IXe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat Stefaan MATTHYS op 12 april 2000 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van het selectiebureau van de federale overheid dd. 16.02.2000 waarbij verzoeker gemeld werd dat hij niet in aanmerking komt om deel te nemen aan het examen voor de aanwerving van mannelijke deskundigen (functie : opvoeder-begeleider) (rang B1) voor de Gemeenschapsinstelling voor Bijzondere Jeugdbijstand "De Zande" te Ruiselede (Afdeling Gemeenschapsinstellingen voor Bijzondere Jeugdbijstand van de Administratie Gezin en Maatschappelijk Welzijn - Departement Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur - Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap) en dat ook zijn inschrijving voor het examen niet in aanmerking kan worden genomen";

Gezien het verzoekschrift dat Stefaan MATTHYS eveneens op 12 april 2000 heeft ingediend om bij wijze van voorlopige maatregel "het Vast Wervingssecretariaat te horen bevelen een bijkomende examensessie te organiseren ten behoeve van verzoeker";

Gezien het op dezelfde dag ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoeker de vernietiging vordert van voornoemde beslissing van 16 februari 2000;

Gelet op het arrest nr. 86.537 van 4 april 2000 waarbij de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en tot het bevelen van voorlopige maatregelen worden verworpen;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien de nota van de tussenkomende partij inzake het verzoek tot voorlopige maatregelen;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur-afdelingshoofd W. VAN NOTEN;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 4 juli 2000 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 11 september 2000;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. ROTSAERT, die verschijnt voor verzoeker, van adjunct-vaste wervingssecretaris G. VITS, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat N. DE CLERCQ, die

loco advocaat B. STAELENS verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur-afdelingshoofd W. VAN NOTEN;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Overwegende dat de Vlaamse Gemeenschap met een verzoekschrift van 8 juni 2000 vraagt om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen;

2. Overwegende dat verzoeker sedert 3 juni 1996 op contractuele basis werkzaam is als medewerker-opvoeder in rang C1 bij de Gemeenschapsinstelling Bijzondere Jeugdbijstand "De Zande" te Ruiselede; dat hij oorspronkelijk beschikte over een diploma van gegradueerde in de orthopedagogie (A1) en later het diploma van licentiaat in de orthopedagogie heeft behaald aan de Universiteit Gent; dat verzoeker een statutaire aanstelling ambieert van gespecialiseerd opvoeder-begeleider - rang B1 - bij de voornoemde instelling, waarvoor een diploma A1 vereist is; dat, naar verzoeker verklaart, zijn deelneming aan het examen met het oog op een benoeming in die graad reeds een eerste maal geweigerd werd in 1997 om reden dat krachtens een algemeen verbindend verklaarde CAO personen titularis van een diploma dat toegang geeft tot een graad van niveau A, geen deel mogen nemen aan examens uitgeschreven met het oog op een benoeming in graden van niveau B; dat die "CAO" blijkt te zijn verwoord in artikel VI 2, § 1, tweede lid, van het Vlaams personeelsstatuut van 24 november 1993, zoals gewijzigd door het besluit van de Vlaamse regering van 26 mei 1998, naar luid waarvan houders van een diploma of getuigschrift dat toegang verleent tot een bepaald niveau uitgesloten worden van inschrijving voor een

wervingsexamen voor een lager niveau; dat een nieuw aanwervingsexamen werd uitgeschreven met als uiterste inschrijvingsdatum 5 januari 2000; dat verzoeker zich voor dat examen heeft ingeschreven doch hem met een brief van 16 februari 2000 - de beslissing waartegen verzoeker thans opkomt - werd gemeld dat hij niet voor deelneming in aanmerking kwam "vermits de kandidaten met een diploma dat toegang verleent tot niveau A (nl. diploma's van universitair onderwijs van de tweede cyclus of van hoger onderwijs van het academisch niveau van de tweede cyclus) niet worden toegelaten"; dat verzoeker eerst vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en tot het bevelen van voorlopige maatregelen heeft ingesteld, doch deze vorderingen wegens het niet voorhanden zijn van de dringende noodzakelijkheid werden verworpen bij arrest nr.86.537, van 4 april 2000;

3. Overwegende dat de verwerende partij vraagt dat de vorderingen zouden worden verworpen op grond van het gezag van gewijsde van het arrest nr. 86.537 van 4 april 2000 dat in deze zaak reeds werd uitgesproken;

3.1. Overwegende dat niets belet dat de verzoeker, na de verwerping van zijn vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, precies wegens het ontbreken van de uiterst dringende noodzakelijkheid, binnen de beroepstermijn een gewone vordering tot schorsing indient; dat het gezag van gewijsde van het arrest nr. 86.537 van 4 april 2000 dat vaststelt dat aan de voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid niet is voldaan, immers enkel slaat op die voorwaarde, en niet op de andere schorsingsvoorwaarden; dat de exceptie bijgevolg niet kan worden aangenomen;

4. Overwegende dat luidens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden

besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen die de vernietiging van de aangevochten rechts-handeling kunnen verantwoorden worden aangevoerd en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van die handeling een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

4.1.1. Overwegende dat verzoeker als enig middel de schending aanvoert van de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie en van de beginselen van behoorlijk bestuur, "doordat de bestreden beslissing verzoeker uitsluit van deelname aan het examen van opvoeder-deskundige, wegens overkwalificatie, terwijl daarmee de gelijkheid tussen de kandidaten die een diploma A1 hebben, op onverantwoorde en derhalve onwet-tige wijze geschonden wordt"; dat hij uiteenzet dat het Arbitragehof met betrekking tot positieve discriminatie oordeelt dat weliswaar kan worden aanvaard dat in bepaalde omstandigheden ongelijkheden niet onbestaanbaar zijn met het gelijkheidsbeginsel en het discriminatie-verbod, indien zij er juist toe strekken een bestaande ongelijkheid te verhelpen doch dat, om bestaanbaar te zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, dergelijke corrigerende maatregelen slechts mogen worden genomen wanneer er een kennelijke ongelijkheid blijkt en de wetgever het verdwijnen daarvan als een te bevorderen doelstelling heeft aangewezen, dat voorts de maatregelen van tijdelijke aard moeten zijn en moeten verdwijnen zodra het door de wetgever beoogde doel is bereikt en dat zij andermans rechten niet onnodig mogen beperken (arrest nr. 42/97 van 14 juli 1997); dat volgens verzoeker de regeling waarbij eenieder die beschikt over een diploma dat toegang verleent tot niveau A wordt uitgesloten en het feit genegeerd wordt dat verzoeker eerst een A1-diploma van opvoeder heeft behaald, niet beantwoordt aan de door het Arbitragehof met betrekking tot de positieve discriminatie gestelde vereisten; dat verzoeker dienaangaande nog verklaart de stelling niet te kunnen bijvallen als zou het verhelpen van de werk-

loosheid bij opvoeders A1 een na te streven doelstelling zijn, ten koste van diegenen die, eens in het bezit van een dergelijk diploma, zich daarna nog bijschoolden, omdat dit intellectueel onaanvaardbaar en overigens de facto niet langer aan de orde is, vermits er thans geen werkloosheid meer is onder de A1-gediplomeerden; dat hij ook meent zich eventueel te kunnen verzoenen met de eis van een A1-diploma en de uitsluiting van gelijkschakeling van universitaireren voor een bepaalde betrekking, op grond van de overweging dat de opleiding in A1 een praktische vaardigheid vergt die men niet aanleert bij universitaire studies, maar dat hij in die hypothese evengoed toegelaten zou moeten worden tot het thans georganiseerde examen, terwijl kandidaten met enkel een kandidatuursdiploma dan weer wel werden toegelaten; dat hij bovendien meent dat het rechtszekerheidsbeginsel er zich tegen verzet dat hij in zijn situatie, aangeworven als contractueel van niveau C, met op het ogenblik van zijn aanwerving op contractuele basis uitzicht op deelname aan een wervingsexamen van niveau B en met ervaring in de sector, plots niet meer kan deelnemen aan examens van niveau B, terwijl lager gekwalificeerde collega's van hem dat wel kunnen;

4.1.2. Overwegende dat de tussenkomende partij in haar verzoekschrift tot tussenkomst in hoofddorde betwist dat artikel VI 2, § 1, van het Vlaams personeelsstatuut strijdig is met het gelijkheidsbeginsel; dat zij in bijkomende orde wijst op de uitzondering waarin voorzien wordt door artikel VI 2, § 1, van het Vlaams personeelsstatuut, dat de vaste wervingssecretaris de mogelijkheid geeft uitzonderingen te bepalen, dat verzoeker voor de inwerkingtreding van de nieuwe regeling als contractueel personeelslid in dienst getreden is en het niet eenvoudig zal zijn om geschikte kandidaten te vinden, zodat zij er dan ook geen bezwaar tegen heeft dat de vaste wervingssecretaris, overeenkomstig artikel VI 2, § 1, van het Vlaams personeelsstatuut, een

uitzondering zou maken; dat de verwerende partij ter terechtzitting betoogt dat zij enkel een beperkte bevoegdheid heeft om van voormeld artikel VI 2, § 1, af te wijken en het haar op grond daarvan niet toekwam een individuele uitzondering te maken voor verzoeker; dat ter terechtzitting evenwel de tussenkomen de partij betoogt dat het Vast Wervingssecretariaat ertoe gehouden was verzoeker bij wijze van uitzondering toe te laten tot het examen;

4.1.3.1. Overwegende dat de bestreden beslissing genomen werd op grond van artikel VI 2, § 1, van het Vlaams personeelsstatuut van 24 november 1993, zoals gewijzigd door het besluit van de Vlaamse regering van 26 mei 1998, waarin bepaald is dat als ambtenaar enkel kan worden aangeworven wie voldoet aan onder meer de voorwaarde in het bezit te zijn van een diploma of studiegetuigschrift dat overeenstemt met het niveau van de te verlenen graad volgens bijlage 4 bij dit besluit en behalve de uitzonderingen bepaald door de vaste wervingssecretaris, en waarbij tevens is bepaald dat houders van een diploma dat toegang verleent tot een bepaald niveau uitgesloten worden van inschrijving voor een wervingsexamen voor een lager niveau;

4.1.3.2. Overwegende dat de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie niet uitsluiten dat een verschil in behandeling volgens bepaalde categorieën van personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat; dat het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld met betrekking tot het doel en de gevolgen van de overwogen maatregel; dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel;

4.1.3.3. Overwegende dat in zoverre artikel VI 2, § 1, tweede lid, van het Vlaams personeelsstatuut tot doel heeft te vermijden dat "door overkwalificering lager geschoolden door hoger geschoolden uit de arbeidsmarkt worden gedrongen", hetgeen "een geringere motivatie en een groter personeelsverloop bij deze hoger gekwalificeerden zou teweegbrengen", die bepaling dan ook op het eerste gezicht een wettig doel lijkt na te streven;

4.1.3.4. Overwegende dat die maatregel echter ook in een redelijke verhouding moet staan tot het nagestreefde doel; dat de evenredigheidstoetsing stringenter moet zijn wanneer een grondrecht wordt aangetast en dat ter zake die maatregel een beperking inhoudt van het recht op arbeid en de vrije keuze van beroepsarbeid, zoals bepaald in artikel 23 van de Grondwet; dat de tussenkommende partij zelf van mening is dat de afdeling Gemeenschapsinstellingen heden de grootste moeilijkheden ondervindt om nog A1-gediplomeerden te werven, zodat van verdringingseffect helemaal geen sprake is;

4.1.3.5. Overwegende dat, anders dan wat de tussenkommende partij aanvoert, artikel VI 2, § 1, tweede lid, van het Vlaams personeelsstatuut geen individuele afwijkingen toelaat in gevallen waar, rekening houdend met de toestand op de arbeidsmarkt, het verdringingseffect van lager geschoolden door hoger geschoolden niet speelt; dat de uitzonderingen welke luidens artikel VI 2, § 1, eerste lid, 2°, de vaste wervingssecretaris kan bepalen duidelijk geen afbreuk vermogen te doen aan het stringent verbod van het tweede lid en op te vatten zijn als op voorhand vast te stellen algemene afwijkende regels inzake het bezit van een diploma of studiegetuigschrift; dat echter, in zoverre geen rekening wordt gehouden met het feit dat niet iedere titularis van een diploma dat toegang verleent tot niveau A noodzakelijk een betrekking in dat niveau

ambieert of geschikt is om een functie van die aard uit te oefenen, er moet worden vastgesteld dat, in de mate dat artikel VI 2, § 1, tweede lid, van het Vlaams personeelsstatuut een algemeen verbod van toegang tot het lager niveau inhoudt en geen ruimte laat voor afwijkingen in specifieke gevallen, er op het eerste gezicht geen redelijke verhouding bestaat tussen de betrokken maatregel en het beoogde doel; dat ter zake bij de beoordeling van de wettigheid van de bestreden beslissing overigens niet zozeer aandacht moet worden besteed aan de vraag hoe de betrokken regel zou moeten of kunnen worden geïnterpreteerd, als aan de vaststelling dat hij door de bevoegde overheid werd geïnterpreteerd in de zin dat hij in individuele gevallen geen afwijkingen toelaat, welke interpretatie correct lijkt;

4.1.3.6. Overwegende dat zodoende artikel VI 2, § 1, tweede lid, van het Vlaams personeelsstatuut een schending inhoudt van het gelijkheidsbeginsel, aangezien het recht van verzoeker om deel te nemen aan de wervingsexamens er onnodig door beperkt werd; dat het middel ernstig is;

4.2.1. Overwegende dat verzoeker als moeilijk te herstellen ernstig nadeel onder meer aanvoert dat hij door de bestreden beslissing in een heel nadelige situatie komt te staan ten opzichte van zijn collega's die eveneens een A1-diploma hebben en dat de schorsing zou verhinderen dat het personeelskader van de instelling waar verzoeker werkzaam is volledig opgevuld wordt, zodat hij niet langer aangeworven kan worden in de functies die thans opengesteld worden in de instelling waar hij al enkele jaren werkt;

4.2.2. Overwegende dat die laatste bewering wordt bevestigd door verzoekers hiërarchische meerdere, die in een brief van 5 januari 2000 aan het afdelingshoofd van de afdeling Gemeenschapsinstellingen opmerkt dat ver-

zoeker door zijn uitsluiting "zowat alle toekomstperspectieven in onze instelling ziet geblokkeerd worden"; dat voorts blijkt dat ook de directeur-generaal van de administratie Gezin en Maatschappelijk Welzijn, ingevolge een brief van verzoeker van 5 januari 2000, waarin deze zijn "thans eerder uitzichtloze werksituatie" uiteenzet, in een nota van 3 februari 2000 aan de afdeling Personeel heeft aangedrongen om verzoeker, ondanks zijn bezit van een licentiaatsdiploma, tot het examen toe te laten; dat het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, dat overigens door de andere partijen in het geding niet betwist wordt, voldoende aangetoond is;

5.1. Overwegende dat verzoeker vraagt bij wijze van voorlopige maatregel het Vast Wervingssecretariaat te bevelen een bijkomende examensessie voor hem te organiseren;

5.2. Overwegende dat het schriftelijk gedeelte van het examen op 7 april 2000 plaats heeft gehad; dat verzoeker ter terechtzitting verklaart, zonder door de verwerende partij te worden tegengesproken, dat binnenkort het praktisch examen plaats zal hebben zodat, als hij nog voordien het schriftelijk examen kan afleggen, hij aan dat praktisch gedeelte zal kunnen meedoen; dat het aangewezen voorkomt dat bij wijze van voorlopige maatregel een bijkomende examensessie ten behoeve van verzoeker wordt georganiseerd,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de Vlaamse Gemeenschap in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 16 februari 2000 van de vaste wervingssecretaris, waarbij de inschrijving van Stefaan MATTHYS voor het examen voor de aanwerving van mannelijke deskundigen (functie : opvoeder-begeleider) (rang B1) voor de Gemeenschapsinstelling Bijzondere Jeugdbijstand "De Zande" te Ruiselede (examennummer ANV 99047) niet in aanmerking wordt genomen.

Artikel 3.

Bevolen wordt dat ten behoeve van Stefaan MATTHYS een bijkomende examensessie wordt georganiseerd.

Artikel 4.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzitting, op zesentwintig september 2000, door :

de H. J. DE BRABANDERE, kamervoorzitter,
Mevr. S. VAN AELST, griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. VAN AELST.

J. DE BRABANDERE.