RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 186.612 van 30 september 2008
in de zaak A. 176.194/XII-4844.

In zake : Paul ROLLIER,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. Guns,
kantoor houdende te Affligem,
Kasteelstraat 58

tegen :

de GEMEENTE DENDERLEEUW,
die woonplaats kiest bij
advocaat T. De Sutter,
kantoor houdende te Gent,
Koning Albertlaan 128.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Paul Rollier op 25 augustus 2006 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 20 juni 2006 van de gemeenteraad van Denderleeuw om hem niet te benoemen tot gemeentesecretaris;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur B. Weekers;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 7 juli 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 september 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Guns, die verschijnt voor verzoeker, en van advocaat T. De Sutter, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur B. Weekers;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De voornaamste feiten

1. Op 22 maart 2005 beslist de gemeenteraad van Denderleeuw om de betrekking van gemeentesecretaris open te verklaren bij wijze van aanwerving en om een wervingsreserve aan te leggen voor de duur van drie jaar. Het college van burgemeester en schepenen stelt de samenstelling van de examencommissie vast met beslissingen van 4 april 2005 en 23 mei 2005.

Blijkens het proces-verbaal van 13 september 2005 van de examencommissie zijn twee kandidaten geslaagd voor de twee examengedeeltes: G. De Brabanter met 64,25 op 100 en verzoeker met 63,50 op 100. De gemeenteraad besluit op 25 oktober 2005 dat de twee kandidaten “welke geslaagd zijn in het voorgeschreven aanwervingsexamen” worden opgenomen in de wervingsreserve en dat deze wervingsreserve geldig is voor een termijn van drie jaar die ingaat op 1 oktober 2005.

De gemeenteraad neemt op 22 november 2005 akte van de intrekking van de kandidatuur voor gemeentesecretaris van G. De Brabanter en schrapt hem bijgevolg uit de wervingsreserve. G.D.R. wordt vanaf 19 december 2005 aangesteld als waarnemend secretaris.

Met brieven van 12 en 14 december 2005 tekent verzoeker bij de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen bezwaar aan tegen het uitblijven van zijn benoeming en tegen de aanstelling van G.D.R. als waarnemend secretaris. In zijn antwoord van 6 maart 2006 schrijft de gouverneur aan verzoeker onder meer :

> "Doordat de heer De Brabanter zijn kandidatuur voor de betrekking intrekt op 27 oktober 2005 en derhalve uit de wervingsreserve geschrapt wordt, blijft u als enige geslaagde kandidaat over. Daardoor ontstaat de facto voor de raad een gebonden bevoegdheid op het moment dat de secretaris moet benoemd worden.
> Overeenkomstig artikel 25 , 1 van de nieuwe gemeentewet dient de benoeming van de gemeentesecretaris te geschieden binnen zes maanden na het openvallen van de betrekking.
> [...] De datum waarop de betrekking vacant wordt, kan evenwel niet anders zijn dan de datum waarop de titularis uit dienst treedt. In casu is dit 1 januari 2006. De raad moet derhalve uiterlijk op 30 juni 2006 een gemeentesecretaris benoemen".

Op 20 juni 2006 beslist de gemeenteraad verzoeker niet te benoemen tot gemeentesecretaris. Overwogen wordt onder meer "dat de gemeenteraad naar aanleiding van het opnemen van de geslaagde kandidaten in de werfreserve geen enkele uitspraak doet over de geschiktheid van deze kandidaten om het ambt van gemeentesecretaris te vervullen", "dat op de gemeenteraad slechts een gebonden bevoegdheid, zijnde een verplichting, rust om een kandidaat te benoemen in een vacante betrekking indien er slechts één kandidaat in aanmerking komt voor benoeming én deze kandidaat geschikt wordt bevonden voor de vacante betrekking; dat de gemeenteraad bij de beoordeling van de geschiktheid van de kandidaat beschikt over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid" en "dat de gemeenteraad na kennisname en beoordeling van alle stukken van het selectiedossier op grond van alle bovenvermelde elementen en rekening houdend met het belang van de functie van een gemeentesecretaris, het algemeen profiel en het leidinggevend profiel, in alle redelijkheid tot de vaststelling is gekomen dat er voldoende ernstige twijfels bestaan over de geschiktheid van de heer Paul Rollier om de betrekking van gemeente-secretaris op zich te nemen".

In rechte

Standpunt van de partijen

2. Verzoeker voert in een *eerste middel* de schending van artikel 25 van de nieuwe gemeentewet aan, omdat volgens § 1, tweede lid, van dat artikel de benoeming van de gemeentesecretaris binnen de zes maanden na het openvallen van de betrekking dient te geschieden en de gemeente verzoeker dan ook uiterlijk op 30 juni 2006 diende te benoemen.

In een *tweede middel* -"Schending van het beginsel van de gebonden bevoegdheid"- doet verzoeker onder andere gelden :

> "Hoewel de bevoegdheid van de gemeenteraad in casu, de iure, geen gebonden bevoegdheid is (het was geen vergelijkend aanwervingsexamen) is het de facto een gebonden bevoegdheid geworden op het moment dat de heer Gert De Brabanter zijn kandidatuur voor de betrekking heeft ingetrokken d.d. 27 oktober 2005 en uit de wervingsreserve geschrapt wordt, waardoor verzoeker als enige kandidaat overblijft".

3. Volgens de memorie van antwoord zijn de middelen kennelijk ongegrond.

Met betrekking tot het eerste middel antwoordt verwerende partij dat uit de aangevoerde bepaling niet kan worden afgeleid dat de gemeenteraad de verplichting heeft om een kandidaat te benoemen die ofwel ongeschikt ofwel onbekwaam is om de functie van gemeentesecretaris te vervullen. Evenmin voorziet, aldus verwerende partij, de bepaling in een sanctie bij overtreding. Ook verwijst verwerende partij naar haar "meer dan voorbeeldige intenties" die evenwel doorkruist zijn geworden door "[d]e omstandigheden": "De resultaten van de psychotechnische proeven voor wat betreft de verzoekende partij hebben de verwerende partij ernstig aan het twijfelen gebracht omtrent diens geschiktheid om een organisatie van ongeveer 130 personeelsleden te leiden".

Met betrekking tot het tweede middel merkt verwerende partij op dat het uitgangspunt van verzoeker volstrekt onjuist is omdat de gemeenteraad, zoals de bestreden beslissing overweegt, wel degelijk een appreciatiebevoegdheid heeft. Toegelicht wordt dat het feit dat verschillende kandidaten voor het niet-vergelijkend bekwaamheidsexamen zijn geslaagd, voor de gemeenteraad niet de verplichting inhoudt om daadwerkelijk één van de geslaagden te benoemen, en dat de benoemende overheid ertoe gehouden is, ongeacht het aantal kandidaten voor een betrekking, de geschiktheid én bekwaamheid van de kandidaat of kandidaten te beoordelen voor de in te vullen betrekking vooraleer over te gaan tot een beslissing over de benoeming.

4. Verzoeker repliceert in de memorie van wederantwoord dat de psychotechnische proeven hebben uitgewezen dat hij geschikt is, dat uit de resultaten van het georganiseerde examen volgt dat hij geslaagd is voor de functie

en dat verwerende partij de deugdelijkheid van het examen en van het examenverloop nooit in twijfel heeft getrokken.

5. In de laatste memorie reageert de verwerende partij nog onder meer :

> "25. Het feit dat de psychotechnische proeven een adviserend en geen uitsluitend karakter hebben en dat voor de beoordeling van de examenverrichtingen een beroep wordt gedaan op een jury, staat er niet aan in de weg dat de benoemde overheid, kennis mag en moet nemen van alle stukken in het benoemingsdossier.
>
> De benoemende overheid mag en moet dan ook onder meer kennis nemen van de psychotechnische proeven.
>
> Het valt niet in te zien hoe de benoemende overheid mag en moet kennis nemen van alle stukken in het benoemingsdossier, behalve van de psychotechnische proeven.
>
> Het feit dat de psychotechnische proeven statutair als adviserend karakter hebben 'met het oog op het mondeling gedeelte' en dus voor de examenjury, houdt geenszins het verbod in voor de benoemende overheid om eveneens van deze documenten kennis te nemen en er desgevallend gevolgen aan te verbinden.
>
> Er is geen enkele rechtsregel of rechtsbeginsel die de benoemende overheid zou verbieden om van dergelijke informatie kennis te nemen.
>
> [...]
>
> 28. De verwerende partij heeft (noodgedwongen) gebruik gemaakt van de mogelijkheid om (zelfs) de enige (resterende) geslaagde kandidaat niet te benoemen om de reden hij niet geschikt is bevonden, aldus omdat de gemeenteraad van oordeel was dat de verzoekende partij de functie van gemeentesecretaris niet naar behoren zou kunnen uitoefenen.
>
> De verwerende partij kan daarbij geenszins worden verweten op willekeurig wijze te hebben gehandeld. De bestreden beslissing is ingegeven door deugdelijke motieven. De integrale motivering van de bestreden beslissing steunt volledig op het benoemingsdossier en is afdoende, draagkrachtig en pertinent. Er kan niet worden beweerd dat een andere benoemende overheid niet redelijkerwijs tot hetzelfde besluit zou zijn gekomen,
>
> De bestreden beslissing over de niet-benoeming is het resultaat van de beoordeling van de aanspraken en verdiensten van de kandidaat aan de hand van een selectietest of van andere vooraf bepaalde procedures of criteria. (R.v.St. Van Gijsegem, nr. 151.829, 29 november 2005)
>
> 29. De bestreden beslissing is ook in overeenstemming met recente rechtspraak van de Raad van State inzake het stopzetten van een benoemingsprocedure.
>
> In het arrest gemeente Kalmthout, nr. 169.535 van 29 maart 2007 heeft de Raad van State samengevat het volgende overwogen :
> Een ambt dat vacant wordt verklaard - ook in het geval wanneer een overheid niet verplicht is om in het ambt te benoemen -moet effectief worden begeven tenzij er om dat niet te doen pertinente redenen zijn waarvan het bestaan moet worden aangetoond. De stopzettingsbeslissing van de gemeenteraad moet, zoals iedere administratieve rechtshandeling, zijn ingegeven door op een correcte feitelijke grondslag berustende en in rechte aanvaardbare motieven. Indien de stopzetting van de procedure niet is ingegeven door externe oorzaken, maar geheel verband houdt met de kwaliteiten inherent aan de beide kandidaten of het gebrek daaraan, terwijl nochtans die kandidaten door de examenjury

geschikt zijn bevonden en de gemeenteraad de bekwaamheid van de jury nooit in twijfel heeft getrokken, moet de gemeenteraad concreet aangeven welke tekortkomingen van de kandidaten er niettemin toe aanleiding moeten geven om de aanstellingsprocedure stop te zetten. De gemeenteraad mag het daarbij niet houden op stijlformules en algemeenheden die noch in het besluit zelf, noch in het administratief dossier concrete toelichting of ondersteuning krijgen. De bestreden niet-benoeming van de enige resterende geslaagde kandidaat kan worden vergeleken met het stopzetten van een benoemingsprocedure.

Uit de bestreden beslissing blijken pertinente redenen (die overigens niet worden tegengesproken) om de verzoekende partij niet te benoemen. De niet evidente, maar weloverwogen en uitgebreid gemotiveerde beslissing is ingegeven door op een correcte feitelijke grondslag berustende en in rechte aanvaardbare motieven. De bestreden beslissing geeft zeer duidelijk aan welke tekortkomingen worden weerhouden om de betrokkene in weerwil van het geslaagd zijn voor de (schriftelijke en) mondelinge proef niet geschikt te bevinden voor de functie van gemeentesecretaris. Deze beweegredenen worden uitdrukkelijk in verband gebracht met het vastgestelde functieprofiel en beperken zich geenszins tot stijlformules en algemeenheden die bovendien wel degelijk in het besluit zelf op grond van het administratief dossier concrete toelichting of ondersteuning krijgen".

Beoordeling

6. In de visie van verzoeker had de verwerende partij, toen zij zich in de bestreden beslissing van 20 juni 2006 over de benoeming van een gemeentesecretaris uitsprak, geen andere keuze dan hem in die betrekking te benoemen. Enerzijds moest zij gelet op artikel 25, § 1, van de nieuwe gemeentewet, binnen zes maanden na het openvallen van de betrekking op 1 januari 2006 in een nieuwe benoeming voorzien; anderzijds mocht zij verzoeker niet als ongeschikt weren, nu hij in het, overeenkomstig de aanwervingsvoorwaarden georganiseerde, examen geslaagd was.

7. Blijkens artikel 34 van het administratief statuut, beoogde het betrokken examen de basisvaardigheden, de communicatiemogelijkheden en het profiel van de kandidaten te toetsen "op basis van het peil van de betrekking en de functiebeschrijving".

Het examen bestond uit, eensdeels, een schriftelijk gedeelte en, anderdeels, een mondeling gedeelte, "evaluatie van de overeenstemming van de maturiteit en het profiel van de kandidaat, met de specifieke vereisten van de functie, evenals van zijn motivatie en van zijn interesse voor het werkterrein". Tussen deze twee gedeelten werden overeenkomstig artikel 34, derde lid, psychotechnische proeven georganiseerd, met de bedoeling, aldus artikel 36, tweede lid, "de motivatie, de persoonlijkheid en de geschiktheid van de kandidaten voor het

vacante ambt nader te omschrijven". Luidens dezelfde bepaling hebben de bevindingen van de deskundigen een adviserend karakter met het oog op het mondeling gedeelte of grondig sollicitatiegesprek.

In haar proces-verbaal van 13 september 2005 bevestigt de examencommissie vóór het mondeling examen kennis te hebben genomen van "de psychotechnische proeven (de beschrijving per kandidaat en het dossier van de psychotechnische proeven)". Finaal verklaart de examencommissie verzoeker voor het mondeling gedeelte met 24 op 40 punten geslaagd, op grond van de volgende motivering :

> "De kandidaat heeft een duidelijke motivatie, een degelijke maturiteit en is sterk gedreven.
> De kandidaat communiceert vlot, maar is soms te assertief in zijn taalgebruik. Bepaalde uitdrukkingen over werknemers bij een vroegere werkgever getuigen van te weinig respect. (bv. Pipo's, een bende).
> De kandidaat geeft blijk van stressbestendigheid.
> De kandidaat geeft aan de hand van de opgegeven cases blijk van enerzijds sommige goede inzichten in organisatie en leidinggeven. Anderzijds heeft hij moeite om ondersteunend naar het personeel toe te werken bv. bij het onthaal van nieuwe medewerkers en het motiveren.
> De kandidaat heeft tevens moeite met het aanvaarden van beleidsbeslissingen en legt soms te veel klemtonen op het doordrukken van bepaalde visies".

Overwegende dat verzoeker in het aanwervingsexamen geslaagd is en dat hij aan de gestelde aanwervingsvoorwaarden voldoet, neemt de gemeenteraad hem op 25 oktober 2005 in de wervingsreserve op.

8. Om bijna acht maanden later niettemin te weigeren verzoeker te benoemen, grijpt de verwerende partij terug naar het verslag van de deskundige over de psychotechnische proeven van verzoeker. Uit dat verslag al datgene purend waarop verzoeker zogezegd "iets minder dan gemiddeld" scoort, of "eerder zwak" of "zwak", concludeert de gemeenteraad op 20 juni 2006 "voldoende ernstige tekortkomingen te moeten vaststellen welke de geschiktheid van de heer Paul Rollier om de functie van gemeentesecretaris op een behoorlijke wijze in te vullen ernstig in het gedrang brengen; dat deze tekortkomingen zoals is gebleken betrekking hebben op onder meer het leiding geven, coachen en motiveren van de personeelsleden, de dienstverlenende kwaliteitszorg, de communicatieve vaardigheden, de flexibiliteit, de tact, de contactvaardigheden en inlevingsvermogen, de samenwerking in groepsverband, de besluitvorming, ...", en dat "na kennisname en beoordeling van alle stukken van het selectiedossier op grond

van alle bovenvermelde elementen en rekening houdend met belang van de functie van een gemeentesecretaris, het algemeen profiel en het leidinggevend profiel, in alle redelijkheid tot de vaststelling is gekomen dat er voldoende ernstige twijfels bestaan over de geschiktheid van de heer Paul Rollier om de betrekking van gemeentesecretaris op zich te nemen".

Aldus handelend, doet de gemeenteraad de beoordeling van de examencommissie over en stelt hij zijn zienswijze over de geschiktheid van verzoeker in de plaats van die van de examencommissie. Meer nog, komt de gemeenteraad op die manier ook terug op zijn eerdere beslissing, van 25 oktober 2005, om verzoeker in de wervingsreserve op te nemen. Immers werd verzoeker in de wervingsreserve opgenomen omdat hij aan de gestelde aanwervingsvoorwaarden voldeed, inbegrepen de voorwaarde van het geslaagd zijn in een examen dat tot doel had na te gaan of hij aan het profiel van de gemeentesecretaris beantwoordt en namelijk over de nodige kwaliteiten voor een goede uitoefening van de functie beschikt. Met de opname in de wervingsreserve heeft de gemeenteraad dus verzoekers geschiktheid bekrachtigd.

Dat -zoals in de bestreden beslissing wordt overwogen- "de gemeenteraad naar aanleiding van het opnemen van de geslaagde kandidaten in de werfreserve geen enkele uitspraak doet over de geschiktheid van deze kandidaten om het ambt van gemeentesecretaris te vervullen", wordt dan ook niet gevolgd.

9. Aangezien de gemeenteraad met zijn besluit van 25 oktober 2005 verzoeker in de wervingsreserve had opgenomen en daarmee de beslissing van de examencommissie om hem geschikt te verklaren, was bijgevallen, rijst de vraag of hij op 20 juni 2006 dan nog wel vermocht de benoeming van verzoeker wegens ongeschiktheid af te wijzen.

10. Het past in dat verband te constateren dat de gemeenteraads-beslissing van 25 oktober 2005 tot vaststelling van de wervingsreserve met een duur van drie jaar vanaf 1 oktober 2005, niet speciaal één benoeming -de benoeming in de betrekking van gemeentesecretaris die de gemeenteraad op 22 maart 2005 heeft openverklaard- voorbereidt.

Dat de gemeenteraad op 22 maart 2005 tegelijkertijd tot die vacature en het aanleggen van de wervingsreserve heeft besloten, houdt niet in dat

de wervingsreserve, evenals het examen dat met het oog op de opname in die wervingsreserve wordt georganiseerd, alleen de benoeming in deze ene vacature tot inzet heeft. Het is eigen aan een (niet-verlopen) wervingsreserve dat de overheid ertoe verplicht is bij élke vacature te kiezen uit de kandidaten die erin opgenomen zijn. Aldus geldt het gemeenteraadsbesluit van 25 oktober 2005 tot vaststelling van de wervingsreserve van gemeentesecretaris niet uitsluitend de vacature die op 22 maart 2005 werd geproclameerd, maar tevens elke benoeming in de vacature van gemeentesecretaris die later mocht ontstaan, zolang de wervingsreserve duurt.

Als zodanig kan dan ook het gemeenteraadsbesluit van 25 oktober 2005 niet geacht worden deel uit te maken, tezamen met de bestreden beslissing van 20 juni 2006, van één en dezelfde complexe administratieve verrichting, specifiek gericht op het invullen van de vacature die ontstond ten gevolge van de indiensttreding op 1 januari 2006 van de toenmalige secretaris. Het besluit rondt integendeel een afzonderlijke complexe administratieve verrichting af die op 22 maart 2005 in gang werd gezet door de beslissing om een wervingsreserve aan te leggen voor de duur van drie jaar.

11. Het gemeenteraadsbesluit van 25 oktober 2005 bijgevolg een eindbeslissing zijnde, kan het voordeel dat het besluit de verzoeker verleent door hem als geschikt in de wervingsreserve op te nemen, -behoudens uitzonderingen die hier niet terzake doen- alleen worden ingetrokken in geval van onregelmatigheid en binnen een termijn van zestig dagen. Noch verwijt de verwerende partij de beslissing van de examencommissie om verzoeker geschikt te bevinden en de bekrachtiging daarvan door verzoeker in de wervingsreserve op te nemen, onregelmatig te zijn; noch zat verwerende partij op 20 juni 2006 nog binnen de zestig-dagentermijn. De gemeenteraadsbeslissing van 25 oktober 2005 was alsdan dus definitief.

Anders dan blijkbaar het geval was in de zaak die werd beslecht door het arrest nr. 169.535 van 29 maart 2007 -waarnaar verwerende partij in de laatste memorie verwijst-, heeft te dezen de tot benoeming bevoegde overheid geweigerd te benoemen om reden van ongeschiktheid van de kandidaat, nadat zij nochtans eerder in een definitieve eindbeslissing had aangenomen dat de betrokkene geschikt was. In elk geval vanwege die laatste, bijzondere omstandigheid, laten de beide casussen zich niet met mekaar vergelijken.

De vraag *sub* 9 dient dus ontkennend beantwoord te worden.

12. Zich, gelet op de verplichting van artikel 25, § 1, tweede lid, van de nieuwe gemeentewet, op 20 juni 2006 uitsprekend over de benoeming van de gemeentesecretaris, heeft de verwerende partij beslist om verzoeker, de enige kandidaat in de wervingsreserve, niet te benoemen uitsluitend om reden van twijfels over zijn geschiktheid. Op geen enkel moment, ook niet in de loop van de procedure bij de Raad van State, is gebleken dat zij voor de niet-benoeming ook nog andere motieven had of kon aanvoeren.

Nu hiervoor werd vastgesteld dat verwerende partij niet gerechtigd was dit enige motief te hanteren, mocht zij op 20 juni 2006 niet geweigerd hebben verzoeker tot gemeentesecretaris te benoemen. In de concrete omstandigheden van de zaak moest zij integendeel tot zijn benoeming overgegaan zijn.

De besproken middelen zijn in die mate gegrond.

Uit de hierna uit te spreken vernietiging volgt dat de verwerende partij ertoe gehouden is om verzoeker tot gemeentesecretaris te benoemen met terugwerkende kracht tot 20 juni 2006.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 20 juni 2006 van de gemeenteraad van Denderleeuw om Paul Rollier niet te benoemen tot gemeentesecretaris.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op dertig september 2008, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**