

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 201.831 van 11 maart 2010
in de zaak A. 185.551/XII-5252**

In zake: Wim SWINNEN
woonplaats kiezend te Aarschot
Fabiolalaan 6

tegen:

de STAD AARSCHOT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stef Vinckx
kantoor houdend te Leuven
Philipslaan 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

Marc VERBINNEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
het VSOA - Groep Onderwijs
kantoor houdend te 1070 Brussel
Poincarélaan 72-74
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 19 oktober 2007, strekt tot de nietigverklaring van :

- “- de beslissing van de gemeenteraad van de gemeente Aarschot van 22 augustus 2007 om met ingang van 1 september 2007 de heer Marc Verbinnen vast te benoemen als voltijds technisch adviseur aan het Stedelijk Instituut voor Technische Beroepen SIBA.[...]
- de beslissing om een einde te stellen aan de waarnemende aanstelling van [Wim Swinnen] als voltijds technisch adviseur aan het Stedelijk Instituut voor Technische Beroepen SIBA”.

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.

Marc Verbinnen heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 5 februari 2008. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Rudi Van Der Gucht heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 februari 2010.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Nathalie Swartebroeckx, die verschijnt voor verzoeker, advocaat Sarah Van Deun, die loco advocaat Stef Vinckx verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Sarah Van Deun, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Rudi Van Der Gucht 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. Verzoeker is sedert 1 september 2005 tijdelijk aangesteld als technisch adviseur aan het Stedelijk Instituut voor Technische Beroepen SIBA te Aarschot.

3.2. Op 28 maart 2007 beslist de gemeenteraad van Aarschot om het selectieambt van voltijds technisch adviseur aan het SIBA vacant te verklaren.

Op 28 juni 2007 keurt de gemeenteraad de selectieprocedure goed.

Vier kandidaten, waaronder verzoeker en Marc Verbinnen, dienen een kandidatuur in.

Aan de hand van een op 24 juli 2007 gehouden selectiegesprek, komt een daartoe aangestelde jury op dezelfde dag tot rangschikking van de kandidaten. Verzoeker en Marc Verbinnen worden *ex aequo* als eerste en “zeer geschikt” gerangschikt; de twee andere kandidaten zijn *ex aequo* derde en “voldoende” gerangschikt.

Op 26 juli 2007 beslist het college van burgemeester en schepenen dat de vier kandidaten geslaagd zijn voor het selectiegesprek, dat zij schriftelijk op de hoogte worden gebracht van de uitslag en dat de kandidaturen van de geslaagden aan de gemeenteraad worden voorgelegd met het oog op de vaste benoeming.

Op 9 augustus 2007 beslist het college dat verzoeker wordt voorgedragen voor vaste benoeming in het in geding staand ambt.

3.3. Op 22 augustus 2007 neemt de gemeenteraad tenslotte de thans bestreden beslissing waarbij Marc Verbinnen met ingang van 1 september 2007 vast benoemd wordt als voltijds technisch adviseur.

3.4. Op 18 oktober 2007 beslist de gouverneur van de provincie Vlaams-Brabant de uitvoering van de beslissing van 22 augustus 2007 te schorsen, omdat ze “niet voldoet aan de wetgeving met betrekking tot de uitdrukkelijke motiveringsplicht”. Overwogen wordt daarbij dat het geheime karakter van de stemming de lokale overheid er niet van ontslaat in zijn beslissing de feitelijke overwegingen te vermelden en dat de beslissing van 22 augustus 2007 geen melding maakt van de motieven waarop de gemeenteraadsleden hun oordeel steunen om Marc Verbinnen te benoemen in plaats van Wim Swinnen.

Op 20 december 2007 beslist de gemeenteraad om de beslissing van 22 augustus 2007 te handhaven.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij voert geen bezwaren aan tegen de ontvankelijkheid van het beroep.

5. Tussenkommende partij werpt in het verzoek tot tussenkomst twee excepties op.

6.1. Als *eerste exceptie* werpt zij op dat, in zoverre de Raad van State van oordeel mocht zijn dat de beslissing van 20 december 2007 van de gemeenteraad van Aarschot als een (niet louter) bevestigende, met nieuwe motieven onderbouwde, beslissing dient te worden aangemerkt en niet als een rechtvaardigingsbesluit in de zin van artikel 256, derde lid, van het gemeentedecreet, het beroep van verzoeker, gericht tegen de beslissing van 22 augustus 2007 van de gemeenteraad en niet tegen die hem finaal grievende beslissing van 20 december 2007, als niet-ontvankelijk verworpen dient te worden. In de laatste memorie verklaart tussenkommende partij wat deze exceptie betreft te berusten in de wijsheid van de Raad van State.

6.2. De Raad van State ziet geen reden om in het besluit van 22 december 2007 iets meer of iets anders te zien dan een besluit tot handhaving van de gemeenteraadsbeslissing van 22 augustus 2007, genomen na schorsing van laatstgenoemd besluit door de gouverneur op 18 oktober 2007. Het beroep van verzoeker moet derhalve geacht worden gericht te zijn tegen de gemeenteraadsbeslissing van 22 augustus 2007. De exceptie wordt verworpen.

7.1. Als *tweede exceptie* werpt tussenkommende partij op dat het beroep van verzoeker in het tweede voorwerp ervan niet gericht is tegen een administratieve rechtshandeling maar tegen een louter gevolg van rechtswege van de eerst bestreden beslissing zodat het beroep op dit punt onontvankelijk is.

Zij betoogt :

“Eén en ander is immers *expressis verbis* voorgeschreven door het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding (B.S. 25 mei 1991). Art. 42, § 4, eerste lid, van voormeld decreet bepaalt immers dat een tijdelijke aanstelling in een selectie- of bevorderingsambt eindigt conform de principieel voor tijdelijke aanstellingen in waarnemingsambten voorgeschreven bepalingen van art. 21, § 1, a, b, e, d en g. Art. 21, § 1, b), derde streepje, bepaalt nu dat een tijdelijke aanstelling ‘van rechtswege’ eindigt ‘op het ogenblik dat de betrekking van het tijdelijk personeelslid [...] wordt toegewezen aan een ander personeelslid [...] door vaste benoeming’”.

7.2. Verzoeker antwoordt hierop dat het voor de goede rechtsorde noodzakelijk is dat de tweede bestreden beslissing mee vernietigd wordt; bij vernietiging van de vaste benoeming van Marc Verbinnen zal blijken dat de waarnemende aanstelling van verzoeker immers eveneens op onrechtmatige wijze beëindigd was.

7.3. Luidens de door tussenkomen partij opgesomde bepalingen van het rechtspositiedecreet van 27 maart 1991, in hun samenhang gelezen, eindigt de tijdelijke aanstelling in een selectie- of bevorderingsambt van rechtswege op het ogenblik dat de betrekking van het tijdelijk personeelslid wordt toegewezen aan een ander personeelslid door vaste benoeming.

Daargelaten of “van rechtswege” wel zo begrepen moet worden dat geen uitdrukkelijke beslissing meer nodig is vanwege het schoolbestuur, heeft verzoeker te dezen in het inleidend verzoekschrift reeds geschreven dat het tweede voorwerp van zijn beroep “impliciet [volgt] uit de eerste beslissing”, waarbij hij er daarenboven aan toevoegt dat “geen afzonderlijke beslissing werd genomen om de waarnemende aanstelling te beëindigen en deze waarnemende aanstelling bijgevolg enkel kan beëindigd zijn door de vaste benoeming van iemand anders in het ambt van voltijds technisch adviseur”.

Voor zoveel er al een “beslissing om een einde te stellen aan de waarnemende aanstelling van verzoeker” in onderkend kan worden, volstaat het vernietigen van de begunstigende beslissing dan ook om het belang van verzoeker te dienen. De nietigverklaring van de eerste bestreden beslissing heeft immers tot gevolg dat de waarnemende aanstelling herleeft. Desnoods ambtshalve dient te worden vastgesteld dat verzoeker zonder belang is bij de gevorderde nietigverklaring van het tweede voorwerp van het beroep. Het beroep is in zoverre onontvankelijk.

VIII. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

8. Als enig middel voert verzoeker de schending aan van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. Hij stelt vast dat in het gemeenteraadsbesluit nergens wordt gemotiveerd waarom

de voorkeur wordt gegeven aan tussenkomende partij boven hem en dat hij er compleet het gissen naar heeft. In de aanhef van het besluit wordt enkel een opsomming van de capaciteiten van beide kandidaten gegeven met een verwijzing naar het verslag van de jury waarin beide kandidaten “zeer geschikt” werden bevonden. Daaruit blijkt dat beide kandidaten elkaar waard zijn. Verzoeker wijst er dan op dat door het college van burgemeester en schepenen wel een voorkeur werd uitgedrukt. De gemeenteraad heeft deze voorkeur voor verzoeker zomaar naast zich neergelegd zonder te motiveren waarom hij er van afwijkt. Gelet op de voorkeur van het college lag het voor de hand dat verzoeker benoemd zou worden. Indien de overheid niet de kandidaat benoemt die voor de hand ligt, zal de motivering uitvoeriger moeten zijn. Bovendien zal de motivering eveneens uitvoeriger moeten zijn wanneer men afwijkt van een uitgebracht advies zoals *in casu* het geval is. Door in het besluit niet te motiveren waarom men afwijkt van het advies van het college en evenmin te motiveren waarom men de voorkeur geeft aan de tussenkomende partij in plaats van verzoeker werd de formele- motiveringsplicht geschonden.

9. Verwerende partij repliceert hierop dat de formele-motiveringsplicht en het geheim karakter van de stemming waartoe de gemeenteraad inzake individuele personeelszaken krachtens artikel 35, § 1, 3/, van het gemeentedecreet gehouden is, naast elkaar dienen te worden geplaatst en afgewogen dienen te worden om uiteindelijk een balans te vinden.

Zij argumenteert dat zeer precies te werk is gegaan in het vergelijken van de kandidaten, hetgeen ook zeer specifiek in de gemeenteraadsbeslissing werd opgenomen, dat uit het administratief dossier en uit de gemeenteraadsbeslissing zelf blijkt dat de twee kandidaten die na het selectiegesprek door de gemeenteraad behouden werden en vergeleken werden, als evenwaardige kandidaten aangezien konden worden, zonder dat ook maar één van de twee meer aanspraken zou kunnen doen gelden en tenslotte dat uit het administratief dossier en uit de gemeenteraadsbeslissing zelf blijkt dat het uiteindelijk de afweging van de titels en ervaringen van de twee meest geschikte en in vaardigheden gelijkwaardige kandidaten waren, die bij de geheime stemming uiteindelijk de doorslag bij de benoeming van één kandidaat door de gemeenteraad heeft gegeven.

10. De tussenkomende partij argumenteert dat de “nieuwe” motieven die de gemeenteraad, na het schorsingsbesluit van 18 oktober 2007 van de gouverneur, in zijn handhavingsbeslissing van 20 december 2007 heeft aangegeven,

eveneens in de zaak betrokken moeten worden. Voor die rechtsopvatting beroept zij zich op de omzendbrief B.A. 2000/08 van 17 november 2000 betreffende de toepassing van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen op besluiten van provinciale en gemeentelijke overheden en OCMW's (B.S. 12 januari 2001), waarin wordt gesteld dat voor de toezichthoudende overheid de "motivering die in de akte zelf voorkomt" ook gelezen moet worden als "de motivering die in de akte zelf en eventueel in het gemotiveerde rechtvaardigings-besluit voorkomt" ten einde het vernietigen in het algemeen administratief toezicht van formeel gebrekkige maar inhoudelijk wettige beslissingen te vermijden en waarin voorts wordt gesteld dat de motieven van het rechtvaardigingsbesluit eventuele klagers kunnen toelaten om met kennis van zaken te oordelen of het aangewezen is het besluit alsnog bij de Raad van State aan te vechten. Ook steunt zij voor haar zienswijze op naar haar zeggen in gelijkaardige bewoordingen gestelde rechtsleer die aanvaardt dat de schending van de formele motiveringsplicht in een rechtvaardigingsbesluit kan worden rechtgezet.

In een tweede deel van haar memorie schaart de tussenkomende partij zich vervolgens achter de motieven, zoals die haar benoeming in het rechtvaardigingsbesluit van 20 december 2007 ondersteunen.

In de laatste memorie beklemtoont tussenkomende partij dat ook de initiële beslissing van 22 augustus 2007 een formele motivering bevat. Door de opsomming, in het besluit, van de ervaring van beide kandidaten is het volgens haar "evident" dat de gemeenteraad heeft willen aangeven dat de duur van de ervaring en de verscheidenheid ervan doorslaggevend is geweest bij de benoeming van tussenkomende partij. Tussenkomende partij citeert andermaal de passus uit voornoemde rechtsleer. Zij stelt op de hoogte te zijn van de rechtspraak en rechtsleer die stellen dat een beslissing niet meer kan worden onderbouwd met motieven hangende de procedure voor de Raad van State. Die interpretatie kan volgens haar echter niet voorbij aan de gewestelijke decreetgeving die *expressis verbis* voorziet in de mogelijkheid om na schorsing van een gemeentelijke beslissing door de toezichthoudende overheid een "gemotiveerde" rechtvaardiging te geven. De formele-motiveringswet vereist volgens haar een grondwetsconforme interpretatie die de gewestelijke bevoegdheden inzake administratief toezicht respecteert. Mocht de Raad van State haar niet hierin volgen, dan verzoekt tussenkomende partij om de volgende prejudiciële vraag voor te leggen aan het Grondwettelijk Hof:

“Schendt artikel 2 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, aldus gelezen dat het bestuur hangende een procedure voor de Raad van State in de onmogelijkheid verkeert om in voorkomend geval alsnog motieven voor een individuele bestuurshandeling aan te dragen door middel van een zogenaamd rechtvaardigingsbesluit in de zin van artikel 256, derde lid, van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, de bevoegdheidsverdelende regelen, inzonderheid artikel 7 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen?”

11. Verzoeker doet onder meer opmerken dat tussenkomende partij de ter ondersteuning genoemde rechtsleer opvallend niet volledig citeert en dat de volgende door tussenkomende partij weggelaten passage precies haar stelling onderuit haalt :

“De formele motiveringsplicht wordt hierdoor niet uitgehold: de bestuurde is in principe immers niet verplicht zich tot de toezichthoudende overheid te wenden, maar kan meteen een geding voor de Raad van State inleiden, die eventueel zal vaststellen dat de bestuurde op het ogenblik van het instellen van het beroep nog geen kennis had van de motieven van de bestreden beslissing”.

De stelling van tussenkomende partij dat een formeel motiveringsgebrek kan worden rechtgezet in het rechtvaardigingsbesluit, geldt volgens verzoeker bijgevolg enkel als men zich eerst wendt tot de toezichthoudende overheid en pas later tot de Raad van State. *In casu* zal deze theorie van de tussenkomende partij dus niet opgaan vermits verzoeker zich rechtstreeks gewend heeft tot de Raad van State en het rechtvaardigingsbesluit dateert van na het indienen van het verzoek tot nietigverklaring voor de Raad van State. Het verzoek tot nietigverklaring werd immers ingediend op 22 oktober 2007 en het rechtvaardigingsbesluit, dat nooit aan verzoeker werd ter kennis gebracht, dateert van 20 december 2007.

Beoordeling

12. De in geding zijnde benoeming is een zaak van discretionaire bevoegdheid, hetgeen betekent dat de benoemende overheid de geschiktheid van de kandidaten anders kan beoordelen dan -en bijgevolg mag afwijken van- de rangschikking door en het advies over de kandidaten door een jury of selectiecommissie of het voorstel of de voordracht tot benoemen uitgaande van het college van burgemeester en schepenen.

Wat de benoemende overheid echter niet mag doen is handelen alsof zo een rangschikking, voorstel of voordracht niet bestaan.

Voorts, wanneer meerdere kandidaten in aanmerking komen om te worden bevorderd, moet de formele motivering van de bevordering aantonen dat een effectieve vergelijking van de aanspraken en verdiensten van de betrokken kandidaten heeft plaatsgevonden, en dient de overheid in haar beslissing ook uitdrukkelijk de redenen aan te duiden waarom uiteindelijk voor de bevorderde kandidaat werd gekozen; die redenen moeten duidelijk en feitelijk juist zijn, pertinent en niet tegenstrijdig. Een loutere opsomming van de beroepsloopbaan van de kandidaten voldoet vanzelfsprekend niet aan dit voorschrift, en zulks des te minder wanneer twee kandidaten tijdens de selectieprocedure beiden een unaniem gunstig advies hebben verkregen.

13. In de voorliggende zaak nu, blijkt uit niets dat de gemeenteraad, die door het benoemen van Marc Verbinen op 22 augustus 2007 een keuze maakt tussen de twee best geplaatsten in de rangschikking door de jury en daarmee de voordracht door het college van burgemeester en schepenen heeft opzij gezet, zelf tot een objectieve vergelijking van de aanspraken en verdiensten van de kandidaten is overgegaan.

Noch uit de formele motivering van het raadsbesluit van 22 augustus 2007, noch uit enig ander stuk overigens blijkt voorts op grond van welk precies, juist en pertinent motief de gemeenteraad zijn voorkeur heeft gegeven aan tussenkomende partij. Anders dan tussenkomende partij verdedigt in de laatste memorie, kan de enkele opsomming van het *curriculum vitae* van de beide kandidaten in de aanhef van het besluit niet worden begrepen als een daadwerkelijke vergelijking van titels en verdiensten, laat staan van een veruitwendiging van redenen waarom dan aan de ervaring van de ene kandidaat meer gewicht wordt gegeven dan aan de ervaring van de andere kandidaat.

14. Ten overvloede weze hierbij nog opgemerkt dat het geheim van de stemming het bestuur niet ervan ontslaat om zijn beslissing formeel te motiveren en dat de weergave van de uitslag van de geheime stemming daartoe niet volstaat.

15. Wat er ook zij van de in de handhavingsbeslissing van 20 december 2007 gegeven motivering, ze dateert van na het instellen van het

annulatieberoep en is aan verzoeker nooit meegedeeld, laat staan betekend. Ze vermag dus hoe dan ook niet hem het belang bij het aangevoerde middel te ontnemen.

16. De prejudiciële vraag die tussenkomende partij gesteld wil zien worden aan het Grondwettelijk Hof is niet ter zake om voorliggend geschil op te lossen. Eén zaak is immers de bescherming die het recht aan de bestuurde verleent om op te komen tegen een voor hem nadelige beslissing, van een andere orde is de mogelijkheid voor de gemeente om de toeziende overheid er alsnog toe te bewegen geen gebruik te maken van haar facultatieve vernietigingsbevoegdheid om in het kader van het algemeen administratief toezicht te beslissen om al dan niet op te treden. De waarborg die de formele-motiveringsplicht voor de bestuurde betekent, staat er op geen enkele wijze aan in de weg, wat dan weer de uitoefening van het facultatief administratief toezicht betreft, “dat het bestuur hangende een procedure voor de Raad van State [...] alsnog motieven voor een individuele bestuurshandeling [aandraagt] door middel van een zogenaamd rechtvaardigingsbesluit in de zin van artikel 256, derde lid, van het gemeentedecreet”. Verwerende partij heeft dat gedaan, en voor zover de Raad van State kan beoordelen aan de hand van de voorgelegde stukken deed zij dat met succes, nu niet blijkt dat de Vlaamse regering binnen de toegemeten termijn nog is opgetreden zodat het schorsingsbesluit van de gouverneur krachtens artikel 256, derde lid, van het gemeentedecreet is opgeheven.

17. Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de gemeenteraad van de stad Aarschot van 22 augustus 2007 om met ingang van 1 september 2007 Marc Verbinnen vast te benoemen als voltijds technisch adviseur aan het Stedelijk Instituut voor Technische Beroepen SIBA.

2. Het beroep wordt verworpen voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 11 maart 2010,
door de Raad van State, XIle 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