RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 221.523 van 27 november 2012
in de zaak A. 199.803/XII-6553

In zake: XXXX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Ghysels
kantoor houdend te 1070 Brussel
Terhulpsesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

XXXX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Vansteenkiste
kantoor houdend te 1200 Brussel
Terkamerenstraat 22 C/9
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 april 2011, strekt tot de nietigverklaring van 1° de beslissing van 31 januari 2011 van het college van burgemeester en schepenen van XXXX waarbij de leden van de beroepsinstantie inzake de ongunstige evaluatie van XXXX worden aangeduid, en 2° van de beslissing van 24 februari 2011 van de stadssecretaris van XXXX waarbij de ongunstige evaluatie van 22 december 2010 van XXXX wordt gehandhaafd.

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.

Auditeur Sofie De Doncker 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 19 juni 2012.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Aube Wirtgen, die loco advocaat Jan Ghysels verschijnt voor verzoeker, en advocaat Véronique Kympers, die loco advocaat Philippe Vansteenkiste verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Sofie De Doncker 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. Verzoeker is sedert 1 juni 2000 preventieadviseur bij XXXX. Hij wordt op 22 december 2010 door de stadssecretaris geëvalueerd voor de periode van 1 oktober 2008 tot 30 september 2010. Hij scoort 38 punten op 100 en wordt ongunstig geëvalueerd.

Op 5 januari 2011 dient verzoeker tegen deze ongunstige evaluatie administratief beroep in.

Het college van burgemeester en schepenen stelt op 31 januari 2011 de beroepsinstantie samen. Vijf leden en drie vervangers worden aangewezen; het zijn allen personeelsleden van verwerende partij. Dit is de eerste bestreden beslissing.

De beroepsinstantie hoort op 7 februari 2011 de stadssecretaris en verzoeker. Zij adviseert nog dezelfde dag “dat het evaluatiedossier voldoende gemotiveerd is en in redelijkheid tot stand kwam zodat ze geen reden ziet om de evaluatie te wijzigen”.

Bij beslissing van 24 februari 2001 verklaart de stadssecretaris de motivering van de beroepsinstantie tot de hare te maken en de evaluatie van 22 december 2010 integraal te handhaven. Dit is het tweede voorwerp van het beroep.

IV. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

4. Een eerste middel is afgeleid uit de schending van “het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel”, doordat de beroepsinstantie krachtens de beslissing van 31 januari 2011 van het college van burgemeester en schepenen volledig is samengesteld uit personeelsleden van de gemeente die krachtens het gemeentedecreet ondergeschikt zijn aan de enige evaluator, de stadssecretaris, die bovendien beslist over het gevolg dat aan het beroep moet worden gegeven, terwijl andere personeelsleden van XXXX wel over een beroepsmogelijkheid beschikken bij een onafhankelijke beroepsinstantie, namelijk die personeelsleden die niet de stadssecretaris als enige evaluator hebben.

Toegelicht wordt onder meer dat de ongelijkheid waarvan verzoeker het slachtoffer is zich “op twee niveaus” situeert:

> “1. Daar de leden van de beroepsinstantie ter behandeling van een beroep van personeelsleden die niet als enige evaluator de stadssecretaris hebben, van een hoger of gelijk hiërarchische niveau dan de evaluator zullen zijn en in geen enkel geval de hiërarchisch ondergeschikte van de eerste evaluator, zullen zij i.t.t. in verzoekers geval wel in volle onafhankelijkheid kunnen oordelen, zonder bevreesd te moeten zijn voor mogelijke represailles.
> 2. De personeelsleden die niet de stadssecretaris als enige evaluator hebben zullen hun beroep ultiem ook beoordeeld zien door een andere instantie dan de eerste evaluator, met name de stadssecretaris. Ten aanzien

van hen zal het intern beroep i.t.t. ten aanzien van verzoeker geen schijnvertoning zijn."

Naar de mening van verzoeker is er geen wettige reden waarom de beroepsmogelijkheid voor hem minder waarborgen op onafhankelijkheid zou mogen bieden dan de beroepsmogelijkheid voor andere personeelsleden. De ongelijke behandeling kon verholpen worden door de beroepsinstantie in zijn geval samen te stellen uit externe deskundigen. Het Vlaams rechtspositiebesluit van 7 december 2007 laat dat toe en ook het plaatselijk evaluatiereglement laat toe dat er een meerderheid van externe leden wordt aangeduid. Een andere optie was "dat men de evaluatie zou laten gebeuren na een 360° feedbackbevraging en een extern deskundig advies".

5. Verwerende partij antwoordt in de memorie van antwoord in de eerste plaats dat het middel "niet doeltreffend" is. Het college van burgemeester en schepenen is immers gebonden door het evaluatiereglement zoals dat door de gemeenteraad is vastgesteld en mag enkel, conform de in artikel 70 van de rechtsregeling bepaalde criteria, de leden van de beroepsinstantie "aanduiden", niets meer en niets minder. Na een eventuele vernietiging zal het college van burgemeester en schepenen bijgevolg "opnieuw enkel personeelsleden […] kunnen aanduiden die ondergeschikt zijn aan de stadssecretaris".

Hoe dan ook is er volgens verwerende partij geen sprake van schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. De plaats van verzoeker in de hiërarchie van het gemeentepersoneel rechtvaardigt dat hij enkel door het hoofd van het stadspersoneel wordt beoordeeld. In ieder geval zijn er in het evaluatiereglement voldoende garanties ingebouwd om te verzekeren dat de leden van de beroepsinstantie in alle onafhankelijkheid en zonder vrees voor represailles vanwege de stadssecretaris kunnen oordelen over de evaluatie-beslissing die door deze werd genomen. Het evaluatiereglement schrijft namelijk voor dat de beroepsinstantie eenparig een gemotiveerd advies moet formuleren of dat de verschillende standpunten moeten worden weergegeven en de leden daarover geheim moeten stemmen.

6. Verzoeker repliceert in de memorie van wederantwoord dat hij de samenstelling van de beroepsinstantie betwist en niet dat er slechts één evaluator werd aangeduid om hem te evalueren. Dat het evaluatiereglement in voldoende garanties voor onafhankelijkheid van de leden van de beroepsinstantie voorziet, noemt hij onterecht:

> "Het blijft immers zo dat van de vijf ondergeschikten van de secretaris er minstens één de moed moet verzamelen om de secretaris tegen te spreken en minstens twee anderen om daarmee in [te] stemmen. Het is een illusie te denken dat dit binnen een dergelijke kleine groep zal gebeuren, te meer deze groep bestaat uit de leden van het managementteam dat tweewekelijks vergadert samen met de stadssecretaris, m.a.w. een kleine kring van intimi die samen het dagelijks bestuur van de stad bepalen."

7. In haar laatste memorie merkt verwerende partij bijkomend op dat de voorzitter van de beroepsinstantie de financieel beheerder is, die geheel onafhankelijk van de stadssecretaris functioneert. Twee andere leden van de beroepsinstantie worden weliswaar door de stadssecretaris beoordeeld, maar op basis van een extern advies; nog een ander lid wordt niet alleen door de stadssecretaris beoordeeld maar ook door een andere evaluator.

Voorts wijst verwerende partij er op dat verzoeker de mogelijkheid had om de leden van de beroepsinstantie te wraken, maar dat hij er slechts ten aanzien van één lid gebruik van heeft gemaakt.

Wat de mogelijkheid betreft om bij de samenstelling van de beroepsinstantie een beroep te doen op externe deskundigen, meent verwerende partij dat die voorbehouden is aan kleinere besturen, wijl zij zelf een grotere Vlaamse stad is en in staat om de beroepsinstantie volledig samen te stellen uit eigen personeelsleden "zonder beroep te moeten doen op externe deskundigen".

Ten slotte benadrukt verwerende partij dat artikel 70, §§ 1 en 2, van de rechtspositieregeling helemaal niet bepaalt "dat er naast de minimaal vijf personeelsleden, voorzien in § 1, ook nog eens bijkomend vijf andere personeelsleden van de gemeente of van het OCMW aan de beroepsinstantie kunnen toegevoegd worden". Aangezien de beroepsinstantie conform artikel 70

kon worden samengesteld, was er geen reden om een beroep te doen op externe deskundigen.

Beoordeling

8. Naar eis van artikel 50 van het besluit van de Vlaamse regering van 7 december 2007 'houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeentepersoneel en het provinciepersoneel en houdende enkele bepalingen betreffende de rechtspositie van de secretaris en de ontvanger van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn', moet de gemeenteraad inzake de evaluatie van het personeelslid tijdens de loopbaan een beroepsinstantie vaststellen waarbij het personeelslid beroep kan aantekenen; de gemeenteraad bepaalt de samenstelling van de beroepsinstantie (§ 1). De beroepsinstantie onderzoekt het beroep en hoort de evaluator en het personeelslid; het onderzoek resulteert in een gemotiveerd advies aan het hoofd van het personeel tot bevestiging of tot aanpassing van de evaluatie en het evaluatieresultaat, waarna het hoofd van het personeel op basis van het advies beslist of hij de bestaande evaluatie en het evaluatieresultaat bevestigt of aanpast (§ 2).

Op grond van genoemd artikel 50 schrijft de rechtspositieregeling van verwerende partij voor dat tegen de evaluatie met het evaluatieresultaat ongunstig, hoger beroep kan worden aangetekend bij een beroepsinstantie. Deze beroepsinstantie onderzoekt het beroep en hoort de evaluator en het personeelslid, en bezorgt vervolgens een gemotiveerd advies aan de gemeentesecretaris die uiteindelijk beslist over de bevestiging of de aanpassing van de evaluatie en van het evaluatieresultaat.

9. Wat de samenstelling van de beroepsinstantie betreft, schrijft de rechtspositieregeling van verwerende partij voor:

> "Art. 70. §1. Leden van de raad en van het college van burgemeester en schepen, de gemeentesecretaris en de evaluator van het personeelslid dat beroep aantekent, mogen geen deel uitmaken van de beroepsinstantie.
> De beroepsinstantie bestaat bij voorkeur uit leden van verschillend geslacht. Bloed- of aanverwanten tot in de tweede graad en officieel

samenwonenden van de persoon die beroep aantekent worden geweerd.
Voor elke behandeling van een beroep bestaat de beroepsinstantie minimaal uit vijf leden.
§2. Onverminderd het minimumaantal leden vastgesteld in §1, derde lid, bestaat de beroepsinstantie verder uit personeelsleden van de gemeente of na overleg, van het OCMW XXXX:
- Drie personeelsleden van niveau A, met bevoegdheid om te evalueren, waarvan minimum twee van het managementteam en één bij voorkeur uit de personeelsdienst.
- En minimaal twee personeelsleden, met bevoegdheid om te evalueren die van een hogere rang zijn of – indien niet mogelijk gezien de hiërarchische structuur – van gelijke rang.
De leden van de beroepsinstantie worden bij name aangesteld door het college van burgemeester en schepenen.
Voor elke beroepscommissie wordt er telkens één of meerdere vervanger(s) aangeduid.
De beroepsinstantie wijst in haar midden een voorzitter en secretaris aan."

Van die bepaling toepassing makend, bepaalt het college van burgemeester en schepenen op 31 januari 2011 de samenstelling van de beroepsinstantie ter beoordeling van verzoekers ongunstige evaluatie. Naast vijf leden worden ook nog drie vervangers aangewezen; het zijn allen personeelsleden van verwerende partij.

Bij het uitbrengen op 7 februari 2011 van haar advies over verzoekers ongunstige evaluatie bestaat de beroepsinstantie concreet uit:
- E. D., financieel beheerder;
- M. V., juriste;
- K. W, beleidscoördinator;
- P. V., diensthoofd-coördinator;
- C. G., ambtenaar personeelszaken.

10. De mogelijkheid om tegen de ongunstige evaluatie een beroep in te stellen behoort tot de minimale garanties voor de kwaliteit die de Vlaamse regering noodzakelijk acht inzake evaluaties (verslag aan de Vlaamse regering voorafgaand aan het besluit van de Vlaamse regering van 7 december 2007, *BS* 24 december 2007, 65.171). Het is in het kader van die kwaliteitsdoelstelling dat de beroepsinstantie het beroep onderzoekt (voormeld verslag, 65.195):

> "Ze gaat na of de conclusie van de betwiste evaluatie redelijkerwijze in verhouding staat tot de vaststellingen over de diverse evaluatiecriteria en evenwichtig is, of er eventueel andere factoren of feiten naast de evaluatiecriteria meegespeeld hebben, of er ernstige overtredingen van de procedurevoorschriften of van bepalingen in de eigen rechtspositie-regeling of van bepalingen in de eigen rechtspositieregeling zijn, of de evaluatie in overeenstemming is met de daarvoor afgesproken normen binnen de organisatie…"

Het onderzoek moet uitmonden in een duidelijk advies aan het hoofd van het personeel "in zijn hoedanigheid van kwaliteitsbewaker". Dit hoofd van het personeel bepaalt dan welk gevolg aan het advies wordt gegeven.

11. Aan de kwaliteitswaarborg die het besluit van de Vlaamse regering van 7 december 2007 en de rechtspositieregeling van verwerende partij hebben willen verstrekken, door erin te voorzien dat over het beroep tegen de ongunstige evaluatie een onderzoek wordt gevoerd en een advies gegeven door een beroepsinstantie, mag niet op discriminerende wijze afbreuk worden gedaan.

12. Dat is nochtans wat volgens verzoeker in zijn geval is gebeurd, door "de beroepsinstantie uitsluitend samen te stellen uit personeelsleden van het eigen bestuur" zodat zij "minder waarborgen op onafhankelijkheid" biedt. Meer bepaald kunnen zijns inziens de leden van de beroepsinstantie niet als objectief onpartijdig worden beschouwd doordat zij "de hiërarchische ondergeschikten van de enige evaluator" zijn.

13. De situatie van verzoeker is eerder uitzonderlijk in de gemeente.

Hij is een van de zeer weinige personeelsleden van verwerende partij die alleen en zonder meer door de stadssecretaris geëvalueerd worden.

'Alleen', omdat er vanwege verzoekers hiërarchische positie geen tweede evaluator is, met wie – getuige stuk 9, blz. 14, van het administratief dossier – in voorkomend geval de eerste evaluator het evaluatieformulier

inhoudelijk moet bespreken en “een consensus rond het eindresultaat” moet zien te bereiken.

‘Zonder meer’, omdat de enige evaluator voor zijn evaluatie zelfs geen extern advies behoeft. Nochtans is blijkens het voorgelegde administratief dossier het inwinnen van dergelijk advies in het geval van een enige evaluator, bij verwerende partij niet ongebruikelijk.

Diezelfde stadssecretaris, verzoekers enige evaluator, is tegelijk ook degene die finaal over het beroep tegen de ongunstige evaluatie uitspraak heeft te doen. In dat verband mag verwerende partij dan wel doen gelden dat “de eindbeslissing over het beroep tegen een ongunstige evaluatie voor alle personeelsleden van verwerende partij [wordt] genomen door de gemeente-secretaris”, behoudens verzoeker wordt haast niemand ook in eerste instantie louter en alleen door de stadssecretaris geëvalueerd.

14. In een dergelijk geval, waarin de beslissing over het administratief beroep tegen de ongunstige evaluatie wordt genomen door het orgaan dat ook de eerste beslissing nam, is een onafhankelijk en onpartijdig onderzoek en advies van de beroepsinstantie des te meer belangrijk met het oog op de gewenste kwaliteitsvolle evaluatie.

Wat het bestaan van die onafhankelijkheid en onpartijdigheid in het concrete geval van verzoeker betreft, is twijfel objectief gerechtvaardigd.

15. De stadssecretaris staat aan het hoofd van het gemeente-personeel. Alvast van vier van de vijf leden van de beroepsinstantie betwist verwerende partij niet dat zij “de hiërarchische ondergeschikten” van de stadssecretaris zijn. Bovendien functioneert, in strijd met wat verwerende partij beweert, zelfs het enige andere lid – E. D., de financieel beheerder – niet “geheel onafhankelijk” van de stadssecretaris, maar handelt hij wat sommige taken betreft “onder de functionele leiding en verantwoordelijkheid van de gemeente-secretaris” (commissieverslag over het ontwerp van gemeentedecreet; *Parl.St.* Vl.Parl. 2004-2005, nr. 347-6, 7)

Méér nog, is de stadssecretaris, zoals verzoeker opmerkt en verwerende partij in de laatste memorie bevestigt, van drie van de vijf leden van de beroepsinstantie zelfs “de enige of eerste evaluator”: K. W. en P.V. hebben als enige beoordelaar de stadssecretaris, op basis van een extern advies; voor M. V. is de stadssecretaris de eerste van de twee beoordelaars.

Eveneens maken, getuige de collegebeslissing van 31 januari 2010, alle leden van de beroepsinstantie deel uit van het managementteam dat geregeld vergadert onder het voorzitterschap van dezelfde stadssecretaris en dat een groepsdynamiek beoogt ten gunste van de goede werking van de organisatie en de kwaliteit van de dienstverlening.

Een en ander kan er redelijkerwijze voor doen vrezen dat de beroepsinstantie niet werkelijk en geheel onbevangen kan zijn wanneer zij het beroep van verzoeker tegen zijn evaluatie door (alleen) de stadssecretaris onderzoekt, in dat kader de stadssecretaris en verzoeker hoort, en vervolgens een gemotiveerd advies tot de stadssecretaris richt over het behoud of de aanpassing van de evaluatie die hij uitbracht.

De reële mogelijkheid dat de leden van de beroepsinstantie geremd worden in de vrije uitdrukking van hun opvatting, wordt niet afdoende bezworen doordat, indien geen eenparig gemotiveerd advies tot stand komt, geheim gestemd wordt. Het is niet denkbeeldig dat het niet eens tot een geheime stemming komt uit vrees voor de spanningen die het gevolg kunnen zijn van een advies dat negatief is over de evaluatie die de stadssecretaris formuleerde. Het is niet uitgesloten dat de beroepsinstantie des te minder geneigd zal zijn dat risico van spanningen te lopen doordat een negatief advies hoe dan ook maar weinig productief kan lijken gezien het toch aan de stadssecretaris toekomt om finaal te beslissen over het beroep tegen zijn evaluatie.

16. Nochtans verzet het rechtspositiebesluit van verwerende partij zich er niet tegen dat de beroepsinstantie (ook) uit andere leden dan personeelsleden van de gemeente bestaat. Het artikel 70 laat uitdrukkelijk toe dat personeelsleden van het OCMW XXXX van de beroepsinstantie deel uitmaken.

Het argument van verwerende partij dat zij groot genoeg is om voor de samenstelling van de beroepsinstantie geen beroep te moeten doen op anderen dan eigen personeelsleden, doet in dit verband niet ter zake. Het gaat er te dezen niet om of er vanwege de omvang van het bestuur al dan niet reden is voor de samenstelling van de beroepsinstantie (ook) een beroep te doen op externe leden, maar wel of daar vanwege de onafhankelijkheid en de structurele onpartijdigheid aanleiding toe is.

Wat voorafgaat wijst tevens meteen uit dat verwerende partij het middel ten onrechte verwijt niet doeltreffend te zijn omdat het college van burgemeester na de vernietiging van zijn besluit over de samenstelling van de beroepsinstantie niets anders zou kunnen doen dan "opnieuw enkel personeelsleden" aanduiden die aan de stadssecretaris ondergeschikt zijn.

17. Samenvattend beantwoordde de beroepsinstantie, zoals zij door het college van burgemeester en schepenen werd samengesteld, niet aan wat in de concrete omstandigheden van de zaak vereist is opdat zij geacht kan worden in staat te zijn tot een voldoende onafhankelijk en onpartijdig onderzoek en advies met betrekking tot verzoekers beroep. Het blijkt voorts niet dat de oplossing daarvoor – door in de beroepsinstantie niet uitsluitend personeelsleden van het eigen bestuur, maar ook voldoende anderen op te nemen – onverenigbaar is met de eigen aard, inzonderheid de eigen structuur, van verwerende partij.

Er is bijgevolg ten nadele van verzoeker afbreuk gedaan, zonder dat daarvoor een deugdelijke verantwoording bestaat, aan de kwaliteitswaarborgen inzake de evaluatie die de regelgeving in beginsel wil garanderen. Die discriminatie schendt de in het middel aangevoerde gelijkheidsregel.

Dat de samenstelling van de beroepsinstantie mogelijk niet verschilt van haar samenstelling ingeval andere personeelsleden beroep instellen tegen hun ongunstige evaluatie, spreekt dit niet tegen. Verzoekers situatie is als gezien niet zomaar met die van de andere personeelsleden gelijk te stellen, wijl de gelijkheidsregel evengoed geschonden wordt door personen die zich in wezenlijk verschillende situaties bevinden, zonder redelijke verantwoording op identieke wijze te behandelen.

18. In zoverre verwerende partij in de laatste memorie suggereert dat het betrokken middel niet ontvankelijk is omdat verzoeker naliet zijn betrokken bezwaren voor de beroepsinstantie zelf te doen gelden, meer bepaald tijdens de hoorzitting van 7 februari 2011, stelt de Raad van State vast dat het verweer feitelijke grond mist.

Stuk 12, blz. 5, en stuk 13, blz. 5, van het administratief dossier, doen daar genoegzaam van blijken.

19. Het middel is gegrond. Het verantwoordt de vernietiging van de beide bestreden beslissingen.

V. Anonimisering

20. Met toepassing van artikel 2 van het koninklijk besluit van 7 juli 1997 betreffende de publicatie van de arresten en de beschikkingen van niet-toelaatbaarheid van de Raad van State vraagt de verzoeker dat bij de publicatie van het arrest zijn identiteit, noch de naam van de verwerende partij worden opgenomen.

Dit verzoek wordt ingewilligd.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt 1° de beslissing van 31 januari 2011 van het college van burgemeester en schepenen van XXXX waarbij de leden van de beroepsinstantie inzake de ongunstige evaluatie van XXXX worden aangeduid, en 2° van de beslissing van 24 februari 2011 van de stadssecretaris van XXXX waarbij de ongunstige evaluatie van 22 december 2010 van XXXX wordt gehandhaafd.

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

3. Bij de publicatie van dit arrest door de Raad van State worden de identiteit van verzoeker, noch de naam van verwerende partij bekendgemaakt.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 november 2012, door de Raad van State, XIIe 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**