

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.487 van 30 april 2021
in de zaak A. 227.047/X-17.406**

In zake : XXXX
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Tom De Sutter
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Koning Albertlaan 128
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

XXXX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joris Claes en Stijn Verbist
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Graaf van Hoornestraat 51
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenskomende partij :

Caroline DE RIDDER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Tina Merckx en Jan Stijns
kantoor houdend te 3001 Leuven
Ubicenter, Philipssite 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 24 december 2018, strekt tot de
nietigverklaring van de beslissing van de gemeenteraad van XXXX van 19 juni
2018 waarbij Caroline De Ridder wordt aangesteld als algemeen directeur van
XXXX.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Caroline De Ridder heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 18 maart 2019. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Iris Verheven heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij, de tussenkomende partij en verzoekster hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 maart 2021.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tom De Sutter, die verschijnt voor verzoekster, advocaat Joris Claes, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Tina Merckx, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Iris Verheven 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 (hierna: de Raad van State-wet).

III. Feiten

3.1. Gelet op artikel 162, § 1, eerste lid, van het decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’ (hierna: het decreet lokaal bestuur) is er in elke gemeente een algemeen directeur die ten dienste staat van zowel de gemeente als het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn (OCMW) dat de gemeente bedient.

Toepassing makend van de overgangsbepaling van artikel 583, § 1, van het decreet lokaal bestuur, beslist de gemeenteraad van XXXX op 13 maart 2018 om de titularissen van het ambt van gemeentesecretaris en van het ambt van secretaris van het OCMW – respectievelijk verzoekster en de tussenkomende partij – op te roepen om zich kandidaat te stellen voor het ambt van algemeen directeur. Tevens wordt beslist dat de kandidaturen door een onafhankelijke jury beoordeeld worden alvorens de gemeenteraad een besluit neemt.

Zowel verzoekster als de tussenkomende partij stellen zich kandidaat.

3.2. Op 19 maart 2018 beslist het college van burgemeester en schepenen vijf ondernemingen uit te nodigen voor de opdracht “Beoordeling kandidatuurstellingen voor algemeen directeur en financieel directeur”. Er worden geen offertes ingediend.

Het college van burgemeester en schepenen beslist op 26 april 2018 in de plaats zes advocatenbureaus uit te nodigen voor de opdracht. Vier offertes worden ingediend. De opdracht wordt bij beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 14 mei 2018 gegund aan GD&A Advocaten.

3.3. Op 16 mei 2018 heeft een ‘opstartvergadering beoordeling kandidatuurstelling’ plaats, waaraan een vertegenwoordiger van GD&A Advocaten en leden van het schepencollege deelnemen.

Het college van burgemeester en schepenen neemt op 4 juni 2018 – aldus de notulen van de zitting – “kennis van de mondelinge toelichting van GD&A van hun opdracht tot beoordeling van de kandidatuurstelling voor de functie van algemeen directeur”. Die toelichting wordt niet verduidelijkt.

Met een e-mail van dezelfde dag wordt de kandidaten gevraagd hun laatste evaluatie mee te delen.

3.4 Op 19 juni 2018 buigt de gemeenteraad zich over het advies van GD&A Advocaten. Er wordt in voorgesteld om de tussenkomende partij als algemeen directeur aan te stellen. Over de beraadslaging wordt in de bestreden beslissing onder meer vermeld:

- “Schepen [D. B.] meldt dat GD&A op 4 juni een advies heeft toegelicht. Toen werd de gemeentesecretaris voorgesteld, nu de OCMW-secretaris. Hij vraagt zich af waarop deze verandering gebaseerd is.

[J. D. W., van GD&A Advocaten] antwoordt hierop dat op 4 juni voorlopige conclusies werden toegelicht, maar dat ze toen niet beschikten over alle informatie, in het bijzonder de evaluatieverslagen. Deze documenten werden via de waarnemende gemeentesecretaris opgevraagd en voor de OCMW-secretaris ook ontvangen. Op zondag 10 juni werd het definitief advies overgemaakt.

Op de vraag wat het verschil verklaart, antwoordt [J. D. W., van GD&A Advocaten] dat de nuancering in verdiensten het verschil verklaart.

Raadslid [D. K.] vraagt hierop welke documenten het verschil hebben gemaakt.

Dit is gebeurd op basis van de evaluatieverslagen. In het laatste van de gemeentesecretaris hebben ze geen inzagerecht gekregen.”

en

- “[J. D. W., van GD&A Advocaten] bevestigt nogmaals dat 4 juni een voorlopige conclusie was, met de gemeentesecretaris als voorlopige kandidaat. Nu is er het finale advies en dat stelt de OCMW-secretaris voor. Bepaalde documenten, met name de evaluatieverslagen, werden opgevraagd en niet alle werden verkregen. Nu zijn alle meest recente, definitieve evaluatieverslagen wel ontvangen.”

De gemeenteraad beslist uiteindelijk de tussenkomende partij aan te stellen als algemeen directeur, op grond van de motivering in het advies van GD&A Advocaten.

3.5. Verzoekster tekent op 2 augustus 2018, in het kader van het algemeen bestuurlijk toezicht, bezwaar aan tegen de gemeenteraadsbeslissing van 19 juni 2018 bij de gouverneur van de provincie Vlaams-Brabant.

De gouverneur deelt met een brief van 22 oktober 2018 mee geen reden te zien om tegen de gemeenteraadsbeslissing op te treden.

IV. Onderzoek van het eerste middel, eerste onderdeel

Standpunt van de partijen

4. Verzoekster voert in een eerste middel de schending aan van onder meer artikel 19, § 1, 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’, het materiële motiveringsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

In een eerste middelonderdeel wordt toegelicht dat de gemeenteraad op 13 maart 2018 besliste dat de kandidaten zouden worden beoordeeld door een onafhankelijke jury. Dit veronderstelt “een beoordeling door meerdere personen die tot een objectieve vergelijking van de titels en verdiensten komen en een voorstel formuleren over de meest geschikte kandidaat”. Evenwel is het college van burgemeester en schepenen volledig in gebreke gebleven een onafhankelijke jury samen te stellen. Een advies van een advocatenbureau is niet gelijk te stellen met een beoordeling door een onafhankelijke jury. De handelwijze van het college van burgemeester en schepenen druist in tegen de doelstelling die

de gemeenteraad beoogde met het verzoek om een onafhankelijke jury aan te stellen. De bestreden beslissing kwam tot stand met miskenning van de eigen vastgestelde regels.

5. De verwerende partij repliceert in de memorie van antwoord dat er geen wettelijk verbod bestaat op het toevertrouwen van de vergelijking van titels en verdiensten aan een advocatenkantoor en dat het “aangewezen [is] om te kijken naar de vereiste die de gemeenteraad gesteld heeft, namelijk van een ‘onafhankelijke jury’”. De bedoeling van de gemeenteraad bestond erin om de ganse procedure “op maximaal objectieve en neutrale wijze te laten verlopen, door een onafhankelijk beoordelaar aan te duiden voor een onafhankelijk en onpartijdig advies inzake vergelijking van de titels en verdiensten”. Het normdoel werd bereikt “nu de vergelijking van titels en verdiensten *in concreto* gebeurd is, met kennis van zaken, grondig en nauwkeurig, op objectieve wijze, en aan de hand van wettige beoordelingscriteria, na advies door een onafhankelijk beoordelaar”.

In de laatste memorie benadrukt de verwerende partij dat in het eerste middel enkel wordt opgeworpen “dat het college in gebreke zou gebleven zijn om een onafhankelijke jury samen te stellen zoals de gemeenteraad had beslist”. Naar blijkt, is de gemeenteraad “duidelijk akkoord gegaan” met de manier waarop de benoemingsprocedure is verlopen. Zo niet, dan zou zij het advies niet hebben goedgekeurd of over de procedure “bedenkingen/opmerkingen” geformuleerd hebben. Ten slotte merkt de verwerende partij op dat er geen juridische definitie bestaat die aangeeft uit hoeveel personen een jury exact zou moeten bestaan. Bovendien heeft het betrokken advocatenkantoor geattesteerd dat elk dossier bij hen door twee advocaten behandeld wordt. De vergelijking en beoordeling van de titels en verdiensten gebeurde dus “wel degelijk [...] door een meerkoppige onafhankelijke en deskundige jury”.

6. Van haar kant werpt de tussenkomende partij in haar memorie verzoekster tegen dat de aanstelling van een advocatenkantoor past binnen de keuzevrijheid die aan het college van burgemeester is toebedeeld met betrekking tot de samenstelling van de jury. Door het schepencollege werd zowel formeel als

materieel op een beknopte, maar zeer zorgvuldige, wijze toegelicht waarom *in casu* voor de aanstelling van een advocatenkantoor werd geopteerd. Voorts is er “*de facto* geen enkel element aanwezig waaruit de partijdigheid dan wel afhankelijkheid van het advocatenkantoor GD&A Advocaten zou kunnen afgeleid worden”: het kantoor behartigde nog nooit een dossier voor de gemeente, het was in staat om een objectief advies op te stellen, en uit de overwegingen in zijn advies blijkt “dat op een nauwkeurige en objectieve wijze een vergelijking werd gemaakt van titels en verdiensten”.

In de laatste memorie argumenteert de tussenkomende partij bijkomend dat de gemeenteraad het gebruik van een jury heeft toegevoegd “op amendement van een raadslid waarbij het duidelijke standpunt wordt ingenomen dat men geen ‘politieke’ jury wenste doch wel een onafhankelijke jury, waarna de aanstelling aan het Schepencollege werd overgelaten”. In die zin werd aangegeven welke bijzondere eigenschap de jury diende te hebben: “zijnde apolitiek, in navolging waarop [het schepencollege] is op zoek gegaan naar een externe jury, met expertise in dit soort bijzondere aanstellingsdossiers”. Tevens betoogt de tussenkomende partij nog dat één advocatenkantoor wel kan worden beschouwd als een jury en dat uit het feit dat de gemeenteraad het advies bijviel, volgt dat hij meende dat de procedure met advies van een jury was verlopen conform zijn beslissing van 13 maart 2018. Ten slotte is het advies binnen het advocatenkantoor uitgevoerd door twee advocaten “in & na collegiaal overleg”.

Beoordeling

7. De gemeenteraad van XXXX beslist op 13 maart 2018 met betrekking tot de invulling van het ambt van algemeen directeur onder meer dat de kandidaturen “door een onafhankelijke jury” zullen worden beoordeeld alvorens de gemeenteraad een besluit neemt.

Volgens het besproken middelonderdeel voldeed het advocatenkantoor, dat door het college van burgemeester en schepenen ter

uitvoering hiervan werd aangesteld, daar niet aan: het was volgens verzoekster noch een jury, noch onafhankelijk.

8. Onder de term ‘jury’ wordt volgens het woordenboek Van Dale en volgens een vaste gewoonte verstaan: een ‘college’, een ‘commissie’, ‘enige personen’, een ‘panel’.

Alleszins blijkt niet dat de gemeenteraad het bij het nemen van zijn beslissing van 13 maart 2018 anders zag.

9. Het heeft het college van burgemeester en schepenen niet belet ook individuele advocaten uit te nodigen om een offerte in te dienen voor de betrokken juryopdracht.

Finaal gunde het college van burgemeester en schepenen de opdracht bij beslissing van 14 mei 2018 aan GD&A Advocaten. Blijkens het verslag van nazicht van de offertes, dat integraal van de beslissing deel uitmaakt, zou J. D. W. “de behandelend advocaat” zijn.

10. Het advies dat GD&A Advocaten aan de gemeenteraad heeft verstrekt, is stuk 13 van het administratief dossier. Het bevat geen enkele bijzonderheid over zijn totstandkoming. Onder meer wordt niet gespecificeerd wie het heeft opgesteld.

11. Tevergeefs trachten de verwerende en de tussenkomende partij het in de laatste memorie te doen voorkomen alsof het advies niettemin het werk van een echte jury is geweest.

In dat verband verwijzen zij in de eerste plaats naar een verklaring op eer waarin de zaakvoerder meedeelt dat GD&A Advocaten “in al haar dossiers een systeem van ‘*dual processing*’ [hanteert], waarbij minstens twee advocaten het dossier behandelen”. In het voorliggende dossier waren dat J. D. W. en W. M.

Niet zonder pertinentie reageert verzoekster daarop als volgt:

“Het gegeven dat twee advocaten binnen één advocatenkantoor een dossier behandelen, kan veel zaken betekenen, maar betekent niet dat deze twee advocaten als twee onafhankelijk van elkaar zijnde personen kunnen worden beschouwd die samen een onafhankelijke jury zouden vormen.”

In de tweede plaats wordt door de verwerende en de tussenkommende partij verwezen naar, respectievelijk de factuur van GD&A Advocaten en de betrokken prestatiefiche.

De verwerende partij brengt alleen de loutere factuur bij, zonder de bijlage die “de specificatie van onze uren” bevat. Er kan niets uit worden afgeleid over een eventuele zelfstandige behandeling van het dossier door twee advocaten.

De prestatiefiche dan weer, die de tussenkommende partij overlegt, laat zien dat de eigenlijke vergelijking van titels en verdiensten, en het opstellen en aanpassen van het advies, door één advocaat zijn gebeurd, W. M.

12. Samengevat, blijkt niet dat het advies is opgesteld door een jury.

13. De beslissing van de gemeenteraad dat de kandidaturen in de eerste plaats door een onafhankelijke jury moeten worden beoordeeld, is voortgekomen uit een amendement van M.-J. T. Het amendement werd bijgevalen na een gedachtewisseling waarin onder andere werd geargumenteed “dat er in het verleden een beetje teveel politiek is gedacht bij dergelijke functies”, dat het voorstel een “drempel [is] zodat men ten minste iets van a-politiek als basis heeft om een keuze te kunnen maken” en dat het “een klein stapje naar het depolitiseren van die beslissing zou kunnen zijn”.

Uit die overwegingen blijkt, aldus de gouverneur in zijn antwoord van 22 oktober 2018 op verzoeksters bezwaarschrift, “dat het bestuur een objectief onafhankelijk advies wil vragen aan een extern bureau teneinde te vermijden dat het een politieke beslissing wordt”.

Er kan bijgevolg geen twijfel over bestaan dat de gemeenteraad een onafhankelijk advies wenste dat zonder politieke beïnvloeding tot stand kwam.

14. Het is evenwel de vraag of de gemeenteraad ook effectief een dergelijk advies heeft gekregen.

In dat verband geeft het zeer te denken dat blijkens de bestreden beslissing het advocatenbureau, voorafgaand aan de gemeenteraadsbeslissing van 19 juni 2018 waarbij de tussenkomende partij werd aangesteld als algemeen directeur, op 4 juni 2018 louter mondelinge “voorlopige conclusies” aan het college van burgemeester en schepenen voorlegde “met [verzoekster] als voorlopige kandidaat”, om dan, na het bijkomend opvragen van evaluatieverslagen, finaal een definitief advies ten gunste van de tussenkomende partij uit te brengen.

15. Niet alleen is er over het meedelen door de jury van voorlopige conclusies op 4 juni 2018 die nog konden worden aangepast niets afgesproken, het tegendeel is zelfs het geval. Tijdens de “opstartvergadering beoordeling kandidatuurstelling” van 16 mei 2018, waarop het college van burgemeester en schepenen en GD&A Advocaten vertegenwoordigd waren, werd in verband met de timing juist overeengekomen dat “het” advies diende klaar te zijn tegen 4 juni 2018. Het zou op het college van burgemeester en schepenen worden toegelicht, waarna het college de tijd krijgt om een eigen advies te formuleren en aan de gemeenteraad voor te stellen. “Vervolgens”, aldus het verslag van de opstartvergadering, “zal GD&A Advocaten op de gemeenteraad van 19 juni 2018 opnieuw een toelichting geven van hun advies.”

16. Niettegenstaande tijdens de opstartvergadering expliciet “wordt benadrukt dat nieuwe elementen niet meer kunnen aangeleverd worden”, wordt dat op de collegezitting van 4 juni 2018 verlaten – naar de verwerende en de tussenkomende partij betogen, ter “controle” of “toetsing” van de gegevens in de kandidaturen.

Volgens de notulen van het college van burgemeester en schepenen gebeurt dit op “het verzoek van GD&A om te mogen beschikken over de laatste individuele evaluaties van de kandidaten”. Volgens de verklaring tijdens de gemeenteraadszitting van 19 juni 2018 van een schepen die ook op de zitting van het schepencollege van 4 juni 2018 aanwezig was, evenwel, werd “op 4 juni aan GD&A [...] gevraagd om de evaluatieverslagen op te vragen en mee te beoordelen” en ging het verzoek dus van het schepencollege zelf uit.

17. In elk geval verschijnt de vraag aan de kandidaten om hun laatste evaluatie te bezorgen des te meer als een voorwendsel dat moet toelaten het “voorlopige” advies na de collegezitting van 4 juni 2018 bij te sturen, nu de gevraagde informatie niet onbekend was en nu er nadien beweerdelijk inderdaad om reden van die bijkomende informatie is afgestapt van het voorlopige advies, ofschoon de informatie niets inhield wat in staat stelt de kandidaten te onderscheiden.

De kandidaten wisten uit de gemeenteraadsbeslissing van 19 maart 2018 dat de “Eerdere beoordelingen” als beoordelingscriterium voor de functie van algemeen directeur gehanteerd zouden worden. Zij hebben daarmee ook rekening gehouden in hun kandidaatstelling: verzoekster voegde de beschikbare evaluatieverslagen toe en legde uit dat zij geen recent evaluatieverslag kon voorleggen omdat de evaluatieprocedure van 2016 niet in een eindverslag en -beoordeling resulteerde; de tussenkomende partij schreef dat al haar evaluatieverslagen, ook dat van 2016, gunstig zijn, en vermeldde “enkele citaten uit de eindbeoordelingen”.

Zoals uit het vermelde *sub* 3.4 wordt afgeleid, is het effectief de bijkomend ingewonnen informatie over de evaluaties die het advocatenkantoor ertoe brengt in zijn uiteindelijke advies voor te stellen om de tussenkomende partij als algemeen directeur aan te stellen. Nochtans worden, wat specifiek die evaluaties betreft, de kandidaten in het advies gelijk beoordeeld: “Na ontvangst [van het gevraagde] werd vastgesteld dat de beide kandidaten in hun meest recente beoordeling positief werden geëvalueerd.” Dat moest ook de gouverneur

vaststellen in zijn antwoord van 22 oktober 2018 op het bezwaarschrift van verzoekster: “er wordt op basis van de evaluatie uiteindelijk ook geen onderscheid gemaakt tussen de kandidaten, hierop scoorden ze allebei gelijk”.

18. Uit het voorgaande concludeert de Raad van State dat het optreden van het aangestelde advocatenkantoor en diens (definitieve) advies aan de gemeenteraad, niet de garanties qua onafhankelijke en apolitieke beoordeling bood die de gemeenteraadsbeslissing van 19 maart 2018 vereist.

19. Het besproken middelonderdeel is gegrond.

20. Uit de hierna op deze grond uit te spreken vernietiging volgt in beginsel dat de verwerende partij de procedure tot aanstelling van een algemeen directeur alleszins dient over te doen vanaf de aanstelling van een onafhankelijke jury die de kandidaturen beoordeelt alvorens de gemeenteraad een besluit over de aanstelling neemt.

Deze kandidaturen zijn de kandidaatstellingen zoals ze door de kandidaten in april 2019 zijn ingediend. Meer in het bijzonder mag bij de beoordeling geen rekening worden gehouden met de ervaring als algemeen directeur die de tussenkomen partij heeft kunnen opdoen op grond van de gemeenteraadsbeslissing van 19 juni 2018 die bij dit arrest retroactief wordt vernietigd.

V. Rechtsherstel

Verzoek tot verduidelijking

21. *In fine* van de laatste memorie vraagt verzoekster, onder verwijzing naar artikel 35/1, Raad van State-wet, om uitspraak te doen over de verduidelijkingen waar zij onder de rubriek ‘Rechtsherstel’ om verzocht heeft.

Beoordeling

22. Artikel 35/1 van de Raad van State-wet luidt:

“Op verzoek van één der partijen, ten laatste in de laatste memorie, verduidelijkt de afdeling bestuursrechtspraak in de motieven van haar arrest houdende nietigverklaring, de maatregelen die moeten worden genomen om de onwettigheid die heeft geleid tot deze nietigverklaring te verhelpen.”

23. Onder de rubriek ‘Rechtsherstel’ worden door verzoekster evenwel geen verduidelijkingen gevraagd. Verzoekster geeft alleen een relaas van wat volgens haar de gevolgen van een vernietiging moeten zijn (“heeft voor gevolg”, “moet worden geacht”, “het spreekt voor zich”, ...).

In die omstandigheden volstaat de Raad van State met een verwijzing naar de overweging *sub* 20.

VI. Kosten

24. Tevergeefs vraagt de tussenkomende partij dat de kosten, daarin begrepen een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, ten laste van verzoekster worden gelegd. Een vrijwillig tussenkomende partij voor de Raad van State dient zelf het door haar verschuldigde recht te dragen. Voorts komt zij overeenkomstig artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State niet in aanmerking voor de toekenning van een rechtsplegingsvergoeding.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de gemeenteraad van de XXXX van 19 juni 2018 tot aanstelling van Caroline De Ridder als algemeen directeur van XXXX.

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

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

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertig april tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Johan Lust,	kamervoorzitter,
Jan Clement,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Johan Lust