

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 251.208 van 6 juli 2021
in de zaak A. 226.185/X-17.374**

In zake : Jo PIESENS
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Cies Gysen
 kantoor houdend te 2800 Mechelen
 Antwerpsesteenweg 16-18
 bij wie woonplaats wordt gekozen

 tegen :

 de GEMEENTE BOOM
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Carlos De Wolf
 kantoor houdend te 9680 Maarkedal
 Etikhovestraat 6
 bij wie woonplaats wordt gekozen
 eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Charlotte De Wolf
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Fortlaan 95

Tussenkommende partij:

 Arie HOYAUX
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Bert Beelen
 kantoor houdend te 3000 Leuven
 Justus Lipsiusstraat 24
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 18 september 2018, strekt tot de
nietigverklaring van:
 - “Het besluit van de gemeenteraad van Boom van 19 juli 2018 houdende de
aanstelling van de gemeentesecretaris Arie Hoyaux als algemeen directeur voor de
gemeente en het OCMW van Boom”, en

- “Het besluit van de gemeenteraad van Boom van 19 juli 2018 houdende de aanstelling van enkele personeelsleden van gemeente en OCMW als waarnemend algemeen directeur, voor het geval de algemeen directeur afwezig of verhinderd is.”

II. Verloop van de rechtspleging

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

Arie Hoyaux heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 26 november 2018. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Iris verheven heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 april 2021.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wouter Rubens, die *loco* advocaat Cies Gysen verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Thomas Beelen, die *loco* advocaat Bert Beelen 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.

III. Feiten

3. Gelet op artikel 162, § 1, eerste lid, van het decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’ (hierna: het decreet lokaal bestuur; ook DLB) 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 de gemeente Boom op 26 april 2018 om de titularissen van het ambt van gemeentesecretaris en van het ambt van secretaris van het OCMW – respectievelijk de tussenkomende partij en verzoeker – op te roepen om zich kandidaat te stellen voor het ambt van algemeen directeur. Besloten wordt eveneens om bij de beoordelingscriteria die gehanteerd zullen worden ook een *assessment* op te nemen.

Het college van burgemeester en schepenen beslist op 7 mei 2018 om voor het *assessment* een bureau aan te stellen via Poolstok, het vroegere Jobpunt Vlaanderen. Op 14 mei 2018 beslist het college van burgemeester en schepenen ook dat aan de personeelsdienst de gelegenheid wordt gegeven om advies te vragen aan Poolstok.

Als gevolg hieraan onderwerpt het *human resources* adviesbureau Katena verzoeker en de tussenkomende partij, die allebei hun kandidatuur voor de functie van algemeen directeur indienden, aan een *assessment* én stelt het een verslag ‘Vergelijking titels en verdiensten’ op, waarin wordt geconcludeerd dat de tussenkomende partij “nauwer aansluit bij de functie van Algemeen Directeur” dan verzoeker.

Op de gemeenteraadszitting van 19 juli 2018 licht een afgevaardigde van Katena de *assessment*verslagen en de gemaakte vergelijking van titels en verdiensten van de twee kandidaten toe, waarna de gemeenteraad zich aansluit bij het verslag ‘Vergelijking titels en verdiensten’ en beslist om de tussenkomende partij aan te stellen als algemeen directeur. Die beslissing is het eerste voorwerp van het voorliggende beroep.

Nog op 19 juli 2018 beslist de gemeenteraad om B. V., L. V. en S. B. aan te stellen in de functie van waarnemend algemeen directeur “voor het geval de algemeen directeur afwezig of verhinderd is”. Dit is de tweede bestreden beslissing.

IV. Onderzoek met betrekking tot de eerste bestreden beslissing

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

4. Verzoeker leidt een eerste middel af “uit een schending van artikel 10 van de Grondwet, artikel 583, §1 DLB en de daarin voorziene rechtsplicht tot vergelijking van titels en verdiensten, artikel 88, §3 *jo.* artikel 27, §1, 1° van het Gemeentedecreet en het gelijkheidsbeginsel en onafhankelijkheids-/onpartijdigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Onder meer wordt toegelicht dat uit de notulen van de gemeenteraad van 26 april 2018 blijkt dat de gemeenteraad ervan uitging, of dat hem werd voorgespiegeld, dat als functieprofiel voor het ambt van algemeen directeur specifiek het voorbeeld zou worden gebruikt dat de Vereniging voor Vlaamse Steden en Gemeenten (de VVSG) ter beschikking stelt. Evenwel is gebruik gemaakt van een functie- en competentieprofiel dat is aangeleverd door zijn medekandidaat en dat een quasi-identieke inhoud heeft als diens bestaande functie- en competentieprofiel.

5.1. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord tegen dat de verwijzing naar het functieprofiel van de VVSG tijdens het mondeling debat ter sprake is gekomen, maar niet is opgenomen in het beslissende gedeelte van het gemeenteraadsbesluit. Er bestaat geen uniform functieprofiel van de VVSG. De VVSG reikt enkel een voorbeeldmodel aan, waarop de gemeente zich kan baseren bij de opmaak van een eigen functieprofiel. Voorts is de bewering dat het aangeleverde functieprofiel een herneming is van het profiel van de vroegere gemeentesecretaris een eenzijdige voorstelling van zaken: sinds geruime tijd zijn het functieprofiel van de vroegere gemeentesecretaris en de vroegere OCMW-secretaris gelijk aan mekaar.

In ieder geval, aldus nog de verwerende partij, toont verzoeker niet aan op welke wijze zijn rechten concreet zijn geschonden. Hij heeft de mogelijkheid gehad om op ontvankelijke wijze zijn kandidatuur in te dienen en heeft dat ook gedaan. Het kan niet worden gevolgd dat het ambt van algemeen directeur “qua functie een verschillende en toegenomen inhoud kent ten aanzien van de functie van de (vroegere) gemeente- of OCMW-secretaris”.

Bovendien vormde het functieprofiel niet de basis voor de vergelijking van de kandidaten. De gemeenteraad dient een algemeen directeur aan te stellen op basis van een systematische vergelijking van de titels en verdiensten, waarbij de voorrang moet worden gegeven aan de kandidaat die vanuit het oogpunt van algemeen belang het meest geschikt is. Deze vergelijking is gemaakt aan de hand van de beoordelingscriteria die de gemeenteraad op 26 april 2018 op transparante en limitatieve wijze heeft vastgelegd.

5.2. Het is correct, aldus de verwerende partij in de laatste memorie, dat het functieprofiel dat aan de kandidaten werd bezorgd niet volledig identiek is aan het modelprofiel van de VVSG, zoals dit werd besproken op de gemeenteraadsvergadering van 26 april 2018, maar om meer dan een uitwerking van dit modelfunctieprofiel gaat het niet. Er is geen sprake van fundamentele wijzigingen of aanpassingen die onverenigbaar zijn met het modelprofiel van de VVSG. Alleen werd, in overleg met het extern adviesbureau Katena, “een ‘één op één’ overname gedaan van de vigerende bepalingen inzake het functieprofiel van

de gemeentesecretaris c.q. OCMW-secretaris, zoals deze op dat tijdstip waren opgenomen in de geldende Rechtspositieregeling van zowel Verwerende Partij als het OCMW Boom”.

6.1. Volgens de tussenkommende partij, in haar memorie, kan verzoeker bezwaarlijk beweren benadeeld te zijn doordat het functieprofiel dat voor hem al gold als OCMW-secretaris, werd overgenomen voor de algemeen directeur. Ook het feit dat de competentie ‘samenwerken’ in het functieprofiel van de algemeen directeur werd opgenomen, kan hem niet benadeeld hebben. Verzoeker heeft er geen belang bij dat het functieprofiel van de algemeen directeur identiek is aan het vroegere functieprofiel van de gemeentesecretaris.

6.2. In de laatste memorie voegt de tussenkommende partij daar nog aan toe dat, gelet op artikel 588, § 3, DLB, de rechtspositieregeling van de gemeentesecretaris op de algemeen directeur van toepassing blijft zolang er voor hem geen nieuwe rechtspositieregeling is vastgesteld. Bijgevolg is ingeval er geen functieprofiel voor de functie van algemeen directeur bestaat, het functieprofiel van de gemeentesecretaris van overeenkomstige toepassing op de functie van algemeen directeur. Door een functieprofiel aan de personeelsdienst te bezorgen dat identiek is aan dat van de gemeentesecretaris, heeft de tussenkommende partij bij gebreke aan goedkeuring van een nieuw functieprofiel van de algemeen directeur door de gemeenteraad “*de facto* enkel toepassing gemaakt van de overgangsregeling van artikel 588, § 3 DLB”.

Beoordeling

7. Blijkens de notulen van de gemeenteraadszitting van 26 april 2018 concludeerde de burgemeester aan het einde van het debat over punt 27bis ‘Decreet lokaal bestuur – algemeen directeur – opstart procedure’ om het competentieprofiel goed te keuren “dat opgemaakt werd bij de VVSG”.

Aansluitend hierop besliste de gemeenteraad dat het functieprofiel van algemeen directeur wordt goedgekeurd.

8. Dat mogelijk de gemeenteraad van het goedgekeurde functieprofiel geen goede notie had, kan niet doen voorbijzien dat er wel degelijk een functieprofiel voor de functie van algemeen directeur is vastgesteld.

9. Finaal blijkt niet dit functieprofiel te zijn gehanteerd, maar het functieprofiel van de gemeente- en de OCMW-secretaris. Evenwel is de functie van algemeen directeur een nieuwe functie. Bovendien heeft de gemeenteraad anders beslist.

10. Dat het functie- en competentieprofiel niet bijster belangrijk zou zijn bij de vergelijking van de titels en de verdiensten van de kandidaten, valt de Raad van State niet bij. Het gewenste profiel is het ijkpunt van de uit te voeren vergelijking.

Dat mag ook blijken uit het verslag over de vergelijking van titels en verdiensten van 21 juni 2018. Daarin wordt geconcludeerd dat op basis van de selectiecriteria en door de kandidaten verschaft informatie, de tussenkomen partij “nauwer aansluit bij de functie van Algemeen Directeur” en dat zij aantoont dat zij “de functie vanuit meerdere functionele perspectieven kan benaderen” en sterker ontwikkeld is om “de functie succesvol in te vullen”.

11. Verzoeker heeft er belang bij dat zijn titels en verdiensten worden getoetst in het juiste licht, te weten dat van het profiel van de nieuwe functie van algemeen directeur, zoals door de gemeenteraad beslist. Het middel is ontvankelijk.

Het is, zoals besproken, ook gegrond.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

12. In een tweede middel voert verzoeker de schending aan “van artikel 33 van de Grondwet, artikel 583, § 1 DLB, het ‘*patere legem quam ipse*

fecisti’-beginsel als beginsel van behoorlijk bestuur en [...] machtsoverschrijding en onbevoegdheid van de steller van de bestreden beslissing”.

Verzoeker argumenteert dat de gemeenteraad op 26 april 2018 overeenkomstig artikel 583, § 1, van het decreet lokaal bestuur de procedure en beoordelingscriteria heeft bepaald om tot de aanstelling van een algemeen directeur te kunnen komen, maar dat “vervolgens het college van burgemeester en schepenen van verwerende partij de door de gemeenteraad voorziene aanstellingsprocedure hervormde door enerzijds zelf een selectiebureau aan te duiden voor het *assessment* en anderzijds de opdracht van dit bureau uit te breiden met het verlenen van een advies voor het geheel van de vergelijking van titels en verdiensten [waardoor] het zwaartepunt van de procedure werd weggenomen bij de gemeenteraad en bij het college respectievelijk het externe bureau kwam te liggen”.

13.1. In de memorie van antwoord reageert de verwerende partij dat de gemeenteraad heeft beslist om de beoordelingscriteria vast te leggen maar niet de procedure tot aanstelling, en dat ook artikel 583, § 1, van het decreet lokaal bestuur niet bepaalt dat het de gemeenteraad toekomt om de procedure te bepalen. Artikel 583, § 1, van het decreet lokaal bestuur sluit in geen enkel opzicht uit dat een extern deskundig selectiebureau een vergelijking van titels en verdiensten opmaakt en voorlegt aan de gemeenteraad. De vergelijking is voorbereid door Katena, en de gemeenteraad heeft, na het verslag “uitvoerig” te hebben besproken, geoordeeld dat hij zich inhoudelijk bij de conclusies kon aansluiten.

13.2. In de laatste memorie betoogt de verwerende partij nog dat artikel 583, § 1, derde lid, van het decreet lokaal bestuur niet “te beperkend” mag worden uitgelegd, alleszins niet “in de voorliggende feiten en juridische context”. Zij beroept zich op artikel 30 van de rechtspositieregeling voor haar personeel, volgens hetwelk de selectie voor de aanwerving in de functies van gemeentesecretaris en financieel beheerder geheel wordt uitbesteed aan Jobpunt Vlaanderen of een ander selectiebureau. In samenhang gelezen met artikel 583, § 1, derde lid, van het decreet lokaal bestuur volgt hieruit “dat de gemeenteraad van Verwerende Partij principieel heeft beslist om de selectie omtrent de aanstelling

van de algemeen directeur door een extern bureau te laten verlopen, waarbij, conform de bepalingen van het DLB, het college van burgemeester en schepenen van Verwerende Partij bevoegd was om aan deze beslissing uitvoering te geven en m.n. het extern selectiebureau aan te stellen.” Verwezen wordt daarbij “naar artikel 56, § 1, tweede lid *juncto* artikel 56, § 3, 4° van het DLB”.

14.1. Volgens de tussenkommende partij is het middel onontvankelijk. Indien de vergelijking van titels en verdiensten niet was voorbereid door het externe bureau Katena, moest ze door de personeelsdienst zijn voorbereid waarvan de tussenkommende partij op dat ogenblik als gemeentesecretaris het hoofd was. Verzoeker toont niet aan dat de voorbereiding door Katena een invloed heeft kunnen uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing.

14.2. In de laatste memorie argumenteert de tussenkommende partij onder meer nog dat het verlenen van advies omtrent de vergelijking van titels en verdiensten “een logisch gevolg [is] van het laten uitvoeren van een *assessment* door een extern bureau aangezien het dat bureau is dat het best geplaatst is om dat advies te verlenen”. De aanstelling van Katena via een *inhouse*-opdracht aan Poolstok om het *assessment* uit te voeren en advies te verlenen over de beoordeling van de titels en verdiensten van de kandidaten is louter de uitvoering van het bestaande beleid dat is bepaald door de gemeenteraad.

Beoordeling

15. De gemeenteraad van de verwerende partij heeft voor de benoeming van de algemeen directeur de keuze om de titularissen van het ambt van gemeentesecretaris en van secretaris van het OCMW op te roepen om zich kandidaat te stellen of om het ambt in te vullen door aanwerving of bevordering.

De gemeenteraad kiest op 26 april 2018 voor het eerste en moet aldus, overeenkomstig artikel 583, § 1, van het decreet lokaal bestuur, één van hen aanstellen op basis van een systematische vergelijking van de titels en verdiensten. Aanvankelijk denkt hij voor de beoordelingscriteria die bij deze vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten gehanteerd zullen worden alleen aan:

‘Opleiding, behaalde diploma’s’, ‘Aanvullende vormingen’, ‘Opgebouwde ervaring, zowel in lokale bestuurscontext als in de secretarisfunctie’, ‘Expertise en bekwaamheid’, ‘Eerdere examenresultaten’ en ‘Professioneel netwerk’. Finaal voegt hij er ook nog een ‘*Assessment*’ aan toe, uit te voeren door een gespecialiseerd bureau met externe deskundigen. Niét beslist wordt om dat bureau tevens de titels en verdiensten van de kandidaten te laten beoordelen en vergelijken, en de gemeenteraad daarover een verslag te bezorgen.

Evenmin wordt dat besloten tijdens de gemeenteraadszitting van 21 juni 2018, waarop de gemeenteraad zich, na kennisname van de ingediende kandidaturen, over het verdere verloop van de aanstellingsprocedure uitspreekt, en namelijk onder meer beslist het *assessment*bureau te verzoeken de resultaten van de *assessments* voor te stellen aan de gemeenteraadsleden.

16. Niettemin beperkt het aangezochte bureau zich niet tot het uitvoeren van een *assessment* van de kandidaten en tot het opstellen van *assessment*verslagen, maar stelt het, op verzoek van het college van burgemeester en schepenen, ook een rapport op waarin de titels en verdiensten van de kandidaten worden vergeleken. Daarin concludeert het, op basis van de selectiecriteria die de gemeenteraad vaststelde en de informatie die de kandidaten bijbrachten, dat de tussenkomende partij nauwer aansluit bij de functie van algemeen directeur dan verzoeker.

Op de gemeenteraad van 19 juli 2018 komt dan een afgevaardigde van Katena de *assessment*verslagen van beide kandidaten toelichten, évenals “de gemaakte vergelijking van titels en verdiensten van beide kandidaten”.

Zich vervolgens voetstoots aansluitend “bij de inhoudelijke beoordeling en conclusies zoals vervat in het verslag”, overweegt de gemeenteraad ten slotte ultiem, alvorens de voorkeur voor de aanstelling tot algemeen directeur aan de tussenkomende partij te geven: “dat de conclusies van het *assessment* bovendien een bevestiging vormen van het besluit geformuleerd in het ‘Verslag

vergelijking titels en verdiensten' betreffende de meest geschikte kandidaat voor de functie van algemeen directeur".

17. Dat het verslag in de lijn ligt van het *assessment* en erdoor bevestigd wordt, mag niet verwonderen, nu ze allebei van hetzelfde bureau uitgaan. Juist het tegendeel zou verbazing wekken.

18. Terecht wijst verzoeker erop dat "daar waar de gemeenteraad voorzien had zelf de vergelijking van titels en verdiensten te beoordelen daarin ondersteund door een *assessment*, [...] deze uiteindelijk volledig door het externe bureau [werd] aangeleverd met sturing in een bepaalde richting". Zijn vrees dat hij wel degelijk door de aangevoerde onwettigheid is benadeeld, komt in de concrete omstandigheden van de zaak niet louter denkbeeldig voor.

19. Door het externe bureau ook te vragen een vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten op te stellen heeft het college van burgemeester en schepenen meer gedaan dan alleen maar uitvoering geven aan de gemeenteraadsbeslissing van 26 april 2018, en miskent het de bevoegdheid van de gemeenteraad. Het staat voor de Raad van State vast dat de vergelijking van titels en verdiensten door het externe bureau van determinerende aard was voor de bestreden aanstelling als algemeen directeur van de tussenkomenende partij.

Anders dan de verwerende partij doet gelden, vindt het college voor zijn demarche geen voldoende grond of rechtvaardiging in artikel 30 van de rechtspositieregeling voor het gemeentepersoneel – dat geen betrekking heeft op de nieuwe functie van algemeen directeur – noch in "artikel 56, § 1, tweede lid *juncto* artikel 56, § 3, 4° van het DLB" – dat "het voeren van de plaatsingsprocedure, de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten" betreft.

20. Het tweede middel, zoals besproken, is ontvankelijk en gegrond.

V. Onderzoek met betrekking tot de tweede bestreden beslissing

21. Verzoeker voert tegen de tweede bestreden beslissing één middel aan.

Volgens het auditoraatsverslag heeft hij geen belang erbij. Immers is verzoeker intussen, bij beslissing van de gemeenteraad van 13 september 2018, aangesteld als adjunct-algemeendirecteur en volgt uit het decreet lokaal bestuur dat de algemeen directeur bij afwezigheid of verhindering vervangen wordt door de adjunct-algemeendirecteur en dat een waarnemende algemeen directeur slechts wordt ingeschakeld als de adjunct-algemeendirecteur zijn decretale bevoegdheid niet kan uitoefenen omdat hij zelf afwezig is.

Ter terechtzitting verklaart verzoeker ter zake uitdrukkelijk met het auditoraatsverslag in te stemmen.

22. Ook de Raad van State valt de zienswijze in het auditoraatsverslag bij.

Het enige middel tegen de tweede bestreden beslissing, en dus het beroep tegen die beslissing, is niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de gemeenteraad van de gemeente Boom van 19 juli 2018 om Arie Hoyaux aan te stellen als algemeen directeur.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het geding, begroot op het rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro ten behoeve van verzoeker.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zes juli 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