

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 252.276 van 1 december 2021
in de zaak A. 228.450/X-17.534**

In zake : XXXX
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Steve Ronse en Deborah Smets
 kantoor houdend te 8500 Kortrijk
 Beneluxpark 27B
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de GEMEENTE HERENT
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Aube Wirtgen en Sietse Wils
 kantoor houdend te 1050 Brussel
 Louizalaan 99
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 24 juni 2019, strekt tot de
nietigverklaring van:

“- Het besluit van de gemeenteraad van 23 april 2019 waarbij [R. K.] wordt
aangesteld als algemeen directeur
- Het (impliciet) besluit van de gemeenteraad van 23 april 2019 waarbij
[verzoeker] niet wordt aangesteld als algemeen directeur
- Het besluit van de gemeenteraad waarbij [verzoeker] wordt opgenomen in
de wervingsreserve (gevolgakte).”

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Iris Verheven heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij en verzoeker hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 juni 2021.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Thomas Quintens, die *loco* advocaten Steve Ronse en Deborah Smets verschijnt voor verzoeker, en advocaat Sietse Wils, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Iris Verheven heeft een met dit arrest andersluidend 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. Het decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’ (hierna: decreet lokaal bestuur) vervangt de bestaande decreten die de organisatie en de werking van de Vlaamse besturen regelen. Het voorziet onder meer in het ambt van algemeen directeur, die in de plaats treedt van zowel de gemeentesecretaris als de OCMW-secretaris.

Toepassing makend van de overgangsbepalingen inzake de ambtelijke organisatie van de gemeente en van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn, meer bepaald van artikel 583 van het decreet lokaal bestuur, kiest de gemeenteraad van de verwerende partij er op 12 juni 2018 voor

om de functie van algemeen directeur vacant te verklaren via aanwerving. Er zal een wervingsreserve van één jaar worden aangelegd. Tevens wordt beslist dat de kandidaten moeten voldoen aan de algemene toelatingsvoorwaarden en de algemene aanwervingsvoorwaarden zoals bepaald in de rechtspositieregeling, en wordt de selectieprocedure vastgesteld.

Er zijn achttien kandidaatstellingen; onder meer verzoeker stelt zich kandidaat.

Op 26 november 2018 beslist het college van burgemeester en schepenen dat de kandidaturen van de drie kandidaten – K. G., R. K. en L. V.– die een beroep doen op de “waarborgregeling” geldig zijn.

Het college van burgemeester en schepenen neemt op 14 januari 2019 kennis van de eindconclusie van de jury voor het afnemen van het examen van algemeen directeur. A. O. en verzoeker zijn geslaagd.

Op 22 januari 2019 neemt ook de gemeenteraad kennis van de resultaten van de aanwervingsprocedure en beslist hij tot de organisatie van een bijzondere gemeenteraadscommissie om bij de kandidaten te peilen naar hun volgehouden interesse en om toelichting te krijgen bij hun titels en verdiensten.

De gemeenteraad stelt op 12 maart 2019 de criteria vast – en hun weging – voor de systematische vergelijking van titels en verdiensten van de kandidaten.

De zitting van de bijzondere gemeenteraadscommissie heeft plaats op 19 maart 2019.

Het college van burgemeester en schepenen doet op 15 april 2019 een voorstel aan de gemeenteraad tot voordracht van een algemeen directeur. Het college komt tot de toebedeling van de volgende punten: K. G., 78/100; R. K., 88/100; A. O., 78,5/100; L. V., 79,5/100; en verzoeker, 49/100.

Op 25 april 2019 beslist de gemeenteraad om op grond van het gemotiveerd voorstel van het college, R. K. voor te dragen als algemeen directeur, voor een contractueel mandaat van acht jaar. R. K. wordt bij gemeenteraadsbeslissing van 21 mei 2019 met ingang van 1 juli 2019 aangesteld als contractueel algemeen directeur met een mandaat van acht jaar.

Aan verzoeker wordt met een brief van 23 mei 2019 meegedeeld dat de gemeenteraad op 21 mei 2019 beslist heeft een andere kandidaat aan te stellen als algemeen directeur, en dat hijzelf gedurende één jaar, tot 13 januari 2020, werd opgenomen in de wervingsreserve.

IV. Ontvankelijkheid

Excepties

4. Volgens de verwerende partij, in de memorie van antwoord, is het beroep onontvankelijk wat de eerste twee bestreden beslissingen betreft omdat verzoeker er verkeerdelijk van uitgaat dat R. K. met de gemeenteraadsbeslissing van 23 april 2019 zou zijn aangesteld, terwijl die beslissing pas op 21 mei 2019 is genomen. Ook is het beroep niet-ontvankelijk wat de derde bestreden beslissing aangaat, die de verwerende partij zo begrijpt “dat het om de kennisgeving van 23 mei 2019 gaat”.

Beoordeling

5. Dat verzoeker de beslissing om R. K. als algemeen directeur aan te stellen foutief situeert in de gemeenteraadsbeslissing van 23 april 2019, in de plaats van die van 21 mei 2019, heeft allerminst tot gevolg dat de eerste twee bestreden beslissingen onontvankelijk aangevochten zijn. Er volgt alleen uit dat er grond is om als beslissing tot aanstelling van R. K. als algemeen directeur te preciseren: de gemeenteraadsbeslissing van 21 mei 2019.

6. Voorts “begrijpt” de verwerende partij onterecht dat verzoeker met de derde bestreden beslissing alleen “een loutere mededeling” zou willen bestrijden, en niet zijn opname zelf in de wervingsreserve.

7. De excepties worden verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van verzoeker

8. Verzoeker leidt een eerste middel af uit de “schending van artikel 583 §1 lid 4 van het Decreet lokaal bestuur; schending van artikel 20 §1 en artikel 5 e.v. van de rechtspositieregeling; schending van artikel 589 §3, lid 1 van het Decreet lokaal bestuur; schending van het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’”.

Toegelicht wordt dat er zich twee wettigheidsproblemen voordoen. De begunstigden van de waarborgregeling van artikel 589, § 3, eerste lid, van het decreet lokaal bestuur zijn de voormalige gemeentesecretaris en OCMW-secretaris van een gemeente, “indien beroep wordt gedaan op de interne selectieprocedure conform artikel 583 § 1 eerste lid”. Te dezen is evenwel een beroep gedaan op de procedure waarin artikel 583, § 1, vierde lid van het decreet voorziet. Voorts heeft, volgens verzoeker, de verwerende partij het selectiereglement, artikelen 20 en 5 en volgende van de rechtspositieregeling en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* miskend. Nergens in het gemeenteraadsbesluit van 12 juni 2018 waarin de selectieprocedure wordt uitgewerkt en de selectievoorwaarden worden bepaald, is opgenomen dat toepassing zou kunnen worden gemaakt van artikel 589, § 4, eerste lid van het decreet lokaal bestuur. Wanneer niet wordt voorzien in de toepasbaarheid van de zogenaamde waarborgregeling, kan die toepasbaarheid niet toch worden toegestaan lopende de procedure.

9. In de memorie van wederantwoord benadrukt verzoeker dat wanneer geopteerd wordt voor de aanwerving die openstaat voor internen en externen, de waarborgregeling van artikel 589, § 3, eerste lid, van het decreet lokaal bestuur geen toepassing kan vinden. Die waarborgregeling geldt enkel voor personen binnen ‘de’ gemeente en niet binnen een andere gemeente. Wordt de externe aanwervingsprocedure gebruikt, dan wordt geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende kandidaten en speelt geen waarborgregeling.

Eveneens beklemtoont verzoeker dat de voorzienbaarheid van de procedure essentieel is en dat het selectiereglement uitwijst “dat eenieder elke procedurestap” dient te doorlopen. Er kan volgens hem niet worden gesteld “dat het Decreet [lokaal bestuur] zonder meer automatisch speelt”.

10. Verzoeker herhaalt in de laatste memorie dat artikel 583, § 1, eerste lid, en artikel 589, § 3, eerste lid, van het decreet lokaal bestuur bewust kiezen voor het gebruik van het woord ‘de’ “teneinde te verduidelijken dat de toepasbaarheid van deze bepalingen enkel mogelijk is binnen één en dezelfde gemeente”. De waarborgregeling is niet toepasbaar bij aanwervingen die open staan voor zowel internen als externen.

Beoordeling

11. Blijkens de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 26 november 2018 hebben drie kandidaten met succes een beroep gedaan op de waarborgregeling van artikel 589, § 3, eerste lid, van het decreet lokaal bestuur. R. K., die uiteindelijk als algemeen directeur is aangesteld geworden, is één van hen.

Volgens verzoekers eerste grief mag die waarborgregeling evenwel niet worden toegepast wanneer de gemeenteraad, zoals te dezen, het ambt van algemeen directeur invult door aanwerving overeenkomstig artikel 583, § 1, vierde lid, van het decreet lokaal bestuur, waarvan de eerste zin luidt:

“Als geen van de personen, vermeld in het eerste lid, zich tijdig kandidaat stelt [voor het ambt van algemeen directeur] of als de gemeenteraad geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid vermeld in het eerste lid, vult de gemeenteraad het ambt in door aanwerving of bevordering.”

12. Artikel 589, § 3, eerste lid, van het decreet lokaal bestuur, houdende de besproken waarborgregeling, bepaalt:

“Tot en met 31 december 2023 wordt de persoon, vermeld in paragraaf 1 en 2, geacht te voldoen aan de aanwervings- en bevorderingsvoorwaarden die door de gemeenteraad worden vastgesteld voor respectievelijk de functie van algemeen directeur of financieel directeur.”

Artikel 589, § 1, eerste zin, schrijft voor:

“De persoon, vermeld in artikel 583, § 1, eerste lid, die niet wordt aangesteld als algemeen directeur, wordt op persoonlijke titel en met behoud van de aard van zijn dienstverband en geldelijke anciënniteit aangesteld hetzij als adjunct-algemeen directeur bij de gemeente, hetzij in een passende functie van niveau A bij de gemeente, het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn dat de gemeente bedient of bij een verzelfstandigde entiteit van de gemeente of vereniging van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn dat de gemeente bedient.”

Artikel 583, § 1, eerste lid, eerste zin, luidt:

“Als de titularis van het ambt van gemeentesecretaris en de titularis van het ambt van secretaris van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn dat de gemeente bedient verschillende personen zijn, of als maar een van beide ambten ingevuld is, kan de gemeenteraad de titularissen of, in voorkomend geval, de titularis, oproepen om zich binnen dertig dagen kandidaat te stellen voor het ambt van algemeen directeur.

13. Uit de voorgaande bepalingen leidt verzoeker af dat door artikel 589, § 3, eerste lid, van het decreet lokaal bestuur alleen geacht wordt te voldoen aan de aanwervings- en bevorderingsvoorwaarden die door de gemeenteraad worden vastgesteld voor de functie van algemeen directeur, de titularis die verkeert in het geval van artikel 583, § 1, en die wordt opgeroepen om zich kandidaat te stellen voor het ambt van algemeen directeur in het kader van een zogenaamde “interne procedure”, beperkt tot de zittende titularissen.

Volgens de verwerende partij, daarentegen, verwijst artikel 589, § 3, eerste lid, *juncto* artikel 589, § 1, van de decreet lokaal bestuur naar “de persoon bedoeld in artikel 583, §1, eerste lid” en níét naar “de situatie omschreven in artikel 583, §1, eerste lid van het Decreet lokaal bestuur”: “Er wordt met andere woorden enkel verwezen naar de titularissen van het ambt van secretaris in het algemeen, zonder dat daarbij wordt gepreciseerd dat het enkel om de titularissen zou gaan die in een interne selectieprocedure zitten (en daar uiteindelijk niet worden gekozen).”

14. De zienswijze van verzoeker is niet zo evident als hij meent, en meer bepaald is artikel 589, § 3, eerste lid, *juncto* artikel 589, § 1, van het decreet lokaal bestuur niet zo duidelijk dat het verboden zou zijn om de precieze draagwijdte ervan na te gaan aan de hand van de memorie van toelichting ter zake (*Parl.St.* VI.Parl. 2017-2018, nr. 1353/1, 165 en 166):

“Met de verwijzing naar de persoon vermeld in paragraaf 1, eerste lid, en paragraaf 3, eerste lid, worden alle gewezen secretarissen en financieel beheerders bedoeld die geen directeur zijn geworden, ongeacht of zij zich effectief kandidaat hebben gesteld of niet. De enige voorwaarde is [dat] het gaat om een secretaris respectievelijk financieel beheerder die geen directeur is geworden. Voor de secretaris en financieel beheerder die geen algemeen directeur of financieel directeur wordt, is een waarborgregeling bij overgang en op persoonlijke titel ingebouwd.

[...]

In de derde paragraaf wordt de mogelijkheid ingeschreven om voor een in tijd beperkte duur de personen die zich kandidaat hebben gesteld voor de functie van algemeen/financieel directeur maar niet in die functie werden aangesteld, opnieuw in aanmerking te nemen bij toekomstige vacatures. Hiermee wordt een vorm van interne (tweede lid) en externe (eerste lid) mobiliteit gecreëerd. Aan de gelijke toegang tot het openbaar ambt wordt hiermee geen afbreuk gedaan aangezien die personen in concurrentie kunnen komen met andere kandidaten. De bijzondere afwijkingsmogelijkheden zijn ingegeven door het zuinigheids- en redelijkheidsbeginsel omdat hiermee het aantal gewezen secretarissen/financieel beheerders kan worden ingeperkt.”

15. Uit het citaat wordt opgemaakt dat de bepaling in artikel 589, § 3, van het decreet lokaal bestuur dat de gewezen secretarissen en financieel beheerders die niet als directeur zijn aangesteld, geacht worden tot en met 31 december 2023 aan de algemene aanwervings- en bevorderingsvoorwaarden te

voldoen die voor de functie van directeur zijn vastgesteld, er inzonderheid op gericht is een vorm van externe mobiliteit te faciliteren en er meer bepaald voor wil zorgen dat de gewezen secretarissen en financieel beheerders die niet als directeur zijn aangesteld ook bij een ander dan het eigen lokaal bestuur voor de functies van directeur in aanmerking komen.

In het licht van die verduidelijking is er reden om verzoekers eerste grief te verwerpen.

16. Voorts blijkt niet dat de waarborgregeling van artikel 589, § 3, eerste lid, van het decreet lokaal bestuur slechts kan worden toegepast op voorwaarde dat de gemeenteraad daar bij de vaststelling van de selectieprocedure en de toelatings- en aanwervingsvoorwaarden voor de functie van algemeen directeur expliciet in voorzien heeft. Integendeel vloeit de toepasselijkheid van de waarborgregeling direct voort uit het decreet lokaal bestuur.

De verwerende partij heeft bijgevolg terecht de kandidaten die het voordeel van de waarborgregeling genoten, onder wie de uiteindelijk aangestelde kandidaat, laten meedingen naar de functie van algemeen directeur zonder dat zij hoefden te voldoen aan de algemene toelatings- en aanwervingsvoorwaarden zoals bepaald in de rechtspositieregeling of dat zij met goed gevolg de selectieprocedure moesten doorlopen die op 12 juni 2018 werd vastgesteld.

Ook de tweede grief wordt verworpen. Het eerste middel wordt in zijn geheel afgewezen.

B. Tweede middel

Standpunt van verzoeker

17. In een tweede middel wordt aangevoerd: “schending van de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, schending van het besluit van de gemeenteraad van 12 maart 2019”.

Verzoeker zet uiteen dat de criteria voor de vergelijking van titels en verdiensten zijn vastgesteld en omschreven bij gemeenteraadsbesluit van 12 maart 2019. Er zijn er vijf. Op twee ervan, ‘ervaring in de dienst’ en ‘inzet en initiatief’, scoort hij zeer slecht. Toegelicht wordt vervolgens dat de verwerende partij deze criteria niet correct heeft toegepast ten aanzien van verzoeker en dat zij geen rekening heeft gehouden met alle gegevens van het dossier.

Beoordeling

18. De gemeenteraad heeft op 21 mei 2019 R. K. aangesteld als algemeen directeur na hem daartoe op 25 april 2019 te hebben voorgedragen. De voordracht zelf berust op een gemotiveerd voorstel van het college van burgemeester en schepenen van 15 april 2019.

In dat gemotiveerd voorstel worden de criteria voor de systematische vergelijking van titels en verdiensten, rekening gehouden met hun weging, aldus gequoteerd: ervaring in de dienst, op 20 punten; opleiding, op 30 punten; ervaring als leidinggevende, op 30 punten; inzet en initiatief, op 10 punten; inzicht in de rol, op 10 punten. De concrete toepassing van de criteria op de kandidaten leidt tot het volgende resultaat: K. G. 78/100; R. K. 88/100; A. O. 78,5/100; L. V. 79,5/100; en verzoeker 49/100.

Bijgevolg wordt R. K. als algemeen directeur voorgedragen en aangesteld.

19. Het besproken middel is gericht tegen de scores die verzoeker kreeg voor ‘ervaring in de dienst’ (0/20) en ‘inzet en initiatief’ (2/10).

20. De verwerende partij brengt daartegen in, zij het pas in de laatste memorie, dat verzoeker geen belang heeft bij het middel “nu een hogere score op de betrokken criteria niet tot een wijziging in de rangschikking zou hebben geleid”.

Verzoeker gaat hier in zijn laatste memorie totaal aan voorbij.

21. Het dringt zich nochtans wel degelijk op dat, zelfs als verzoeker voor de betrokken criteria de maximumscore had verkregen, hij dan globaal nog altijd minder punten zou hebben behaald dan de andere kandidaten. Ook met $49 + 28 = 77/100$, zou hij nog steeds 11 punten – of 11 procent – minder hebben behaald dan R. K., de kandidaat die de meeste punten behaalde en dan ook werd aangesteld.

Vastgesteld moet bijgevolg worden dat de door het middel aangevoerde onwettigheid verzoeker niet speciaal heeft kunnen benadelen, doordat ze niet de draagwijdte heeft kunnen beïnvloeden van de beslissingen om R. K. als algemeen directeur voor te dragen en aan te stellen.

22. Het middel wordt bij gebrek aan belang verworpen.

C. Derde middel

Standpunt van verzoeker

23. Verzoeker doet in een derde en laatste middel de schending gelden van artikel 167 van het decreet lokaal bestuur. Hij wijst erop dat de integrale procedure tot aanstelling van de algemeen directeur “maar liefst een termijn van 10 maanden in beslag [heeft] genomen” en dat nergens in het administratief dossier enige beslissing kan worden gevonden waarbij de verwerende partij besloten heeft om de termijn van zes maanden te verlengen.

24. Volgens de memorie van wederantwoord en de laatste memorie is er zonder enige redelijke verantwoording sprake van een duidelijke overschrijding van de termijn van zes maanden. De verwerende partij was wel degelijk door de termijn gebonden en de miskennis ervan kan bestraft worden.

Beoordeling

25. Artikel 167 van het decreet lokaal bestuur luidt:

“De gemeenteraad stelt de algemeen directeur en de financieel directeur aan binnen zes maanden nadat het ambt vacant is geworden. Die termijn kan eenmaal worden verlengd met maximaal zes maanden, als de wervings- of bevorderingsprocedure is opgestart of als die procedure geen geslaagde kandidaat heeft opgeleverd.”

26. Voor zoveel die bepaling ook van toepassing is bij de eerste invulling van het ambt van algemeen directeur, overeenkomstig de overgangsbepalingen van artikel 581 en volgende van het decreet lokaal bestuur, wordt vastgesteld dat ze een termijn van orde betreft, waarvan de overschrijding in beginsel geen nietigverklaring kan verantwoorden.

Verzoeker doet niet aannemen dat het te dezen anders zou zijn.

27. Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. Verzoeker wordt verwezen in de kosten van het beroep, begroot op het rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een aan de verwerende partij verschuldigde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

3. Bij de publicatie van dit arrest door de Raad van State wordt de identiteit van verzoeker niet bekendgemaakt.

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

Johan Lust,	kamervoorzitter,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Johan Lust