

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 252.670 van 18 januari 2022
in de zaak A. 230.096/X-17.658**

In zake : Jo BRIERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jim Deridder
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210 A/10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de STAD HERK-DE-STAD
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jonas De Wit
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

Nathalie CRETEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Sutter
kantoor houdend te 9000 Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 30 januari 2020, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de gemeenteraad van de stad Herk-de-Stad van 18 november 2019 tot aanstelling van Nathalie Creten als algemeen directeur.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 24 juni 2020. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Iris Verheven heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend. Verzoeker heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 september 2021.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Simon De Buyser, die *loco* advocaat Jim Deridder verschijnt voor verzoeker, advocaat Wouter Rubens, die *loco* advocaat Jonas De Wit verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Tom De Sutter, 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.

III. Feiten

3. Naar eis van 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.

Als de titularis van het ambt van gemeentesecretaris en de titularis van het ambt van secretaris van het OCMW verschillende personen zijn, kan, gelet op artikel 583, § 1, van het decreet lokaal bestuur, de gemeenteraad ofwel de titularissen oproepen om zich binnen dertig dagen kandidaat te stellen voor het ambt van algemeen directeur, ofwel ervoor kiezen om het ambt in te vullen door aanwerving of bevordering.

4. Op 14 mei 2018 beslist de gemeenteraad van de stad Herk-de-Stad om de functiebeschrijving van algemeen directeur goed te keuren en om de tussenkomende partij, gemeentesecretaris, met ingang van 1 augustus 2018 als waarnemend algemeen directeur aan te stellen.

5. Op 18 februari 2019 overweegt de gemeenteraad dat de titularissen van het ambt van gemeentesecretaris en van secretaris van het OCMW, respectievelijk de tussenkomende partij en verzoeker, het best geplaatst zijn om het ambt van algemeen directeur in te vullen. Beslist wordt om hen op te roepen om zich kandidaat te stellen binnen een termijn van dertig dagen. Tevens wordt beslist dat, indien beide functiehouders zich kandidaat stellen, bij de vergelijking van titels en verdiensten rekening kan gehouden worden met volgende “richtinggevende en niet-limitatieve lijst van beoordelingscriteria”:

- “- Behaalde diploma’s in functie van relevantie & inzetbaarheid
- Functiegerichte vorming, training en opleiding in relatie tot de toepassing binnen het bestuur
- Bekwaamheid met betrekking tot:
 - de organisatie van de ambtelijke werking en de creatie van efficiënte werkingsprocessen
 - de strategische beleidsvoorbereiding en beleidsrapportering
 - het faciliteren en organiseren van de werking van de politieke organen
 - beleidsuitvoering en effectieve dienstverlening
 - *human resources management* / leidinggevende capaciteiten
 - financieel management
 - interne en externe communicatie
 - verzelfstandigde organisaties
- Ervaring op vlak van algemene leiding
- Inzet en initiatief op vlak van interne controle / organisatiebeheersing
- Professionele en constructieve werkhouding

- Organisatieverbondenheid en loyaliteit.”

Zowel de tussenkomende partij als verzoeker stellen zich kandidaat. Beide kandidaturen worden door het college van burgemeester en schepenen op 1 april 2019 “tijdig en ontvankelijk” verklaard.

Op 6 mei 2019 beslist het college van burgemeester en schepenen een beperkte aanbesteding te houden met het oog op de aanstelling van een gespecialiseerd bureau dat de gemeenteraad bij de vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten ondersteunt. Het college van burgemeester en schepenen gunt de opdracht op 15 juli 2019 aan de nv Berenschot Belgium.

Het verslag van het extern bureau over het vergelijkend onderzoek van de kandidaturen voor de functie van algemeen directeur is van 30 september 2019. Op basis van “de ingediende dossiers en de opgegeven richtinggevende en niet-limitatieve lijst van beoordelingscriteria” zet het extern bureau de tussenkomende partij op de eerste plaats, met 43 op 60 punten, en verzoeker op de tweede plaats, met 37 op 60 punten. In verband met de gebruikte criteria vermeldt het verslag dat niet is afgeweken van de opgegeven richtinggevende en niet-limitatieve lijst van beoordelingscriteria, maar ook dat “Berenschot zich niet [heeft] gewaagd aan het beoordelen van enkele beoordelingscriteria waarover enkel door andere partijen dan Berenschot en de kandidaten zelf, op basis van objectieve en waarneembare gedragsindicatoren, een oordeel geveld kan worden; het gaat om de criteria ‘werkhouding’, ‘organisatieverbondenheid’ en ‘loyaliteit’”.

Op voorstel van het college van burgemeester en schepenen, beslist de gemeenteraad op 18 november 2019 de tussenkomende partij overeenkomstig artikel 583, § 1, van het decreet lokaal bestuur als algemeen directeur aan te stellen. Overwogen wordt onder meer:

“Aangezien er aldus twee kandidaten voor het ambt van algemeen directeur zijn, én er door de gemeenteraad geen gedetailleerde procedure werd uitgewerkt die voorziet in de organisatie van een bijkomende proef, assessment, interview, ..., dient de gemeenteraad thans, conform artikel 583, § 1 Decreet Lokaal Bestuur, over te gaan tot de aanstelling van

een algemeen directeur op basis van een systematische vergelijking van titels en verdiensten, zoals deze (uitsluitend) blijken uit de ingediende kandidaatstellingen.

Dit mede nu een (definitieve) keuze voor de nieuwe algemeen directeur redelijkerwijze niet langer kan uitgesteld worden in het licht van de decretale integratie van de gemeente en het OCMW.”

IV. Belang

Exceptie

6. In hun respectieve laatste memorie werpen de verwerende en de tussenkomende partij op dat het beroep hangende het geding onontvankelijk is geworden bij gebrek aan belang.

In de eerste plaats merken zij op dat verzoeker intussen door het vast bureau is aangesteld als stafmedewerker/projectbegeleider bij het OCMW, welke aanstelling definitief is geworden en “niet *ipso facto* kan gevitieerd worden door onderhavig vernietigingsberoep”. Volgens hen had verzoeker die aanstelling in rechte bij de Raad van State moeten betwisten om zijn belang bij de voorliggende procedure te vrijwaren. Nu hij dat niet gedaan heeft, is zijn materieel belang bij het beroep in de loop van het geding teloorgegaan. En de genoegdoening verbonden aan het onwettig horen verklaren van de bestreden aanstelling betreft geen voldoende rechtstreeks belang.

Door deze aanstelling niet te hebben betwist, beschikt verzoeker ook niet meer over de initieel vereiste hoedanigheid om in de zin van artikel 583, § 1, van het decreet lokaal bestuur voor het ambt van algemeen directeur in aanmerking te komen. Volgens dit artikel 583, § 1, kunnen enkel de titularissen van het ambt van gemeentesecretaris en van OCMW-secretaris bij voorrang meedingen naar de betrekking van algemeen directeur.

Beoordeling

7. De titularissen van het ambt van gemeentesecretaris en van OCMW-secretaris, bedoeld in artikel 583, § 1, van het decreet lokaal bestuur, zijn

de titularissen die bij de inwerkingtreding van die bepaling, op 25 februari 2018, dat ambt bekleden. Verzoeker is een dergelijke zittende secretaris.

Dat naderhand de tussenkomende partij op 18 november 2019 de voorkeur boven hem kreeg als algemeen directeur en dat hij op 9 maart 2020 als stafmedewerker/projectbegeleider bij het OCMW werd aangesteld, verandert daar niets aan.

8. Ook is die aanstelling als stafmedewerker/projectbegeleider geenszins een beletsel ervoor dat de verwerende partij na een eventuele vernietiging van de bestreden beslissing de aanstellingsprocedure van algemeen directeur herneemt. Desgevallend komt de aanstelling als stafmedewerker/projectbegeleider gewoon ten einde wanneer mocht blijken dat, na die vernietiging en de hervatting van de aanstellingsprocedure die erop gevolgd is, uiteindelijk verzoeker de voorkeur als algemeen directeur verdient en als zodanig moet worden aangesteld.

9. De exceptie van gebrek aan belang wordt verworpen.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

10. Verzoeker leidt een eerste middel af uit de “Schending van het gemeenteraadsbesluit van 14 mei 2019 [lees: 2018] houdende de functiebeschrijving van algemeen directeur en van het gemeenteraadsbesluit van 18 februari 2019 houdende de oproeping tot kandidaten”.

Toegelicht wordt dat het verslag van het extern bureau Berenschot, dat de functiebeschrijving van algemeen directeur als bijlage bevat, uitdrukkelijk vermeldt dat het geen beoordeling bevat voor de criteria ‘werkhouding’, ‘organisatieverbondenheid’ en ‘loyaliteit’. Waarom de gemeenteraad niet zelf de titels en verdiensten voor die criteria heeft vergeleken, wordt in de bestreden beslissing niet verklaard. Evenmin wordt aangegeven

waarom ze buiten beschouwing kunnen worden gelaten. Ten onrechte, aldus verzoeker, zou de gemeenteraad betogen dat hij niet in staat is om deze criteria te beoordelen: “Niet alleen zou in voorkomend geval de vraag rijzen waarom zij dan überhaupt van de beoordelingscriteria en zelfs van de organieke functiebeschrijving deel uitmaken; uit het verslag van Berenschot blijkt ook dat deze firma enkel zichzelf niet gemachtigd achtte om hieromtrent een beoordeling te geven – zulks komt, met andere woorden, het bestuur toe.” De titels en verdiensten van de kandidaten zijn derhalve onvolledig vergeleken en afgewogen.

11. Volgens de verwerende partij, in de memorie van antwoord, is het middel niet-ontvankelijk. Verzoeker toont niet aan dat de aangevoerde onregelmatigheid ertoe kan leiden dat hij een nieuwe kans tot benoeming verkrijgt. In het beste geval kan hij een totaalscore behalen die evenwaardig is aan die van de tussenkommende partij (allebei 47 op 70).

Ten gronde meent de verwerende partij vrij te zijn om te bepalen welke criteria concreet worden gehanteerd in het kader van de systematische vergelijking van titels en verdiensten. Deze beoordelingscriteria moeten niet op voorhand worden bekendgemaakt. “In die zin” stelde de gemeenteraad op 18 februari 2019 louter een aantal richtinggevende en niet-limitatieve beoordelingscriteria vast. Dat geen beoordeling is gemaakt wat de professionele en constructieve werkhouding en de organisatieverbondenheid en loyaliteit betreft, “doet geen afbreuk aan het gelijkheidsbeginsel resp. het regelmatige karakter van de vergelijking van titels en verdiensten”. “*In extremis* zou verwerende partij zelfs gerechtigd zijn om de titels en verdiensten uitsluitend te vergelijk[en] op vlak van behaalde diploma’s en gevolgde opleidingen... en dit des te meer nu de beoordelingscriteria die werden opgesomd in de gemeenteraadsbeslissing van 18 februari 2019 uitdrukkelijk als louter richtinggevend en niet-limitatief werden bestempeld door verwerende partij in haar communicatie met verzoekende partij en verzoekende partij tot tussenkomst.”

Minstens was de verwerende partij, naar haar mening, perfect gerechtigd te allen tijde terug te komen op de richtinggevende en niet-limitatieve beoordelingscriteria.

12. In de laatste memorie voegt de verwerende partij nog toe dat dat het “geenszins evident” is dat “het meenemen van de geviseerde beoordelingscriteria” tot een gewijzigde rangorde van de kandidaten aanleiding kan geven. Voorts wijst zij erop “dat het indicatieve en voorwaardelijke karakter van de vermelde beoordelingscriteria meermaals in [de] gemeenteraadsbeslissing van 18 februari 2019 wordt aangestipt”. Ten slotte betwist de verwerende partij dat zij in de bestreden beslissing op geen enkele wijze zou hebben aangegeven waarom met de meer vermelde beoordelingscriteria geen rekening is gehouden. Integendeel wordt erin uitgelegd dat de criteria niet op basis van de schriftelijke kandidaatstellingen konden worden beoordeeld, dat de keuze voor de nieuwe algemeen directeur redelijkerwijze niet langer kon worden uitgesteld in het licht van de decretale integratie van de gemeente en het OCMW, en dat het extern bureau Berenschot, op wiens verslag werd gesteund, zich niet gemachtigd achtte om een score voor de betrokken criteria te geven.

13. De tussenkommende partij, van haar kant, sluit zich in haar memories in essentie aan bij het verweer van de verwerende partij.

Beoordeling

14. De voorkeur voor de tussenkommende partij gaat finaal terug op de punten die het extern bureau Berenschot toebedeelde in zijn verslag over het vergelijkend onderzoek van de kandidaturen voor de functie van algemeen directeur. In het rapport concludeerde het extern bureau op grond van twaalf beoordelingscriteria tot 43 op 60 punten voor de tussenkommende partij en tot 37 op 60 punten voor verzoeker. Een getoetst criterium leverde een kandidaat minstens één punt en maximaal vijf punten op.

Twee criteria, samen dus goed voor minstens twee en maximaal 10 punten, werden niet beoordeeld.

Uit een en ander volgt dat het in theorie niet uitgesloten kan worden geacht dat de achterstand van zes punten die verzoeker blijktens het rapport

op de tussenkomen de partij heeft, alsnog in een voorsprong van twee punten wordt omgezet wanneer ook de twee betrokken beoordelingscriteria in aanmerking worden genomen en verzoeker daarop het maximum en de tussenkomen de partij het minimum scoort.

Is het, in de eigen bewoordingen van de verwerende partij, niet “evident” dat de rangorde tussen de kandidaten wordt gewijzigd wanneer ook de twee meer vermelde criteria beoordeeld worden, het is evenmin onmogelijk.

Dit volstaat om het middel als ontvankelijk te beschouwen. Of het in aanmerking nemen van de twee criteria ook effectief in de praktijk tot een wijziging leidt, staat in eerste instantie ter beoordeling van de verwerende partij. Het komt de Raad van State niet toe erop vooruit te lopen.

15. In zijn beslissing van 18 februari 2019 besliste de gemeenteraad dat bij de vergelijking van titels en verdiensten van de zittende secretarissen “onder meer met volgende richtinggevende en niet-limitatieve lijst van beoordelingscriteria kan rekening gehouden worden”.

Over de precieze draagwijdte van die lijst kan er bezwaarlijk veel twijfel zijn. Immers verduidelijkte de gemeenteraad zelf, in de overwegingen, dat het gaat om criteria die objectief en pertinent zijn voor de functie van algemeen directeur en die “minstens doch niet limitatief” “zullen worden gehanteerd”.

Aldus legde de gemeenteraad er zich met zijn beslissing van 18 februari 2019 op vast om in het kader van de systematische vergelijking van titels en verdiensten van de zittende secretarissen onder meer ook de ‘Professionele en constructieve werkhouding’ en de ‘Organisatieverbondenheid en loyaliteit’ van de kandidaten te beoordelen. Het sluit geheel aan bij de functiebeschrijving van algemeen directeur die de gemeenteraad op 14 mei 2018 goedkeurde en waarin, zoals verzoeker terecht opmerkt, die criteria uitdrukkelijk aan bod komen (onder ‘Vaardigheden, attitudes en persoonskenmerken’).

Het mag dan ook niet verwonderen dat de beide kandidaten in hun kandidatuur ook expliciet nader ingaan op de criteria – verzoeker op de bladzijden 149-151, de tussenkomen de partij op de bladzijden 59-62.

16. Uiteindelijk is door de verwerende partij met de criteria geen rekening gehouden, het extern bureau Berenschot achterna. Dat achtte zich in zijn verslag niet in staat om daarover een oordeel te geven. De evaluatie van de criteria kon volgens het extern bureau niet gebeuren op basis van de informatie in de kandidaatstellingen met bijlagen, en moest “door andere partijen dan Berenschot en de kandidaten zelf” geschieden.

Op zich is daarmee niet verantwoord dat dan niet ten minste de gemeenteraad zelf tot een beoordeling van de criteria overgaat.

17. Waarom ook de gemeenteraad de twee criteria ter zijde laat, moet blijken de bestreden beslissing hierin gezocht:

“Aangezien er aldus twee kandidaten voor het ambt van algemeen directeur zijn, én er door de gemeenteraad geen gedetailleerde procedure werd uitgewerkt die voorziet in de organisatie van een bijkomende proef, assessment, interview, ..., dient de gemeenteraad thans, conform artikel 583, §1 Decreet Lokaal Bestuur, over te gaan tot de aanstelling van een algemeen directeur op basis van een systematische vergelijking van titels en verdiensten, zoals deze (uitsluitend) blijken uit de ingediende kandidaatstellingen.

Dit mede nu een (definitieve) keuze voor de nieuwe algemeen directeur redelijkerwijze niet langer kan uitgesteld worden in het licht van de decretale integratie van de gemeente en het OCMW.”

Dit verklaart volgens de verwerende partij voldoende dat wordt teruggekomen, wat de twee criteria betreft, op de gemeenteraadsbeslissing van 18 februari 2019, waarbij nog wordt opgemerkt dat deze redenen strikt genomen niet formeel behoeften veruitwendigd te worden, maar dat het volstaat dat ze blijken of volgen uit de stukken van het dossier.

De verwerende partij legt met dit laatste zelf de vinger op de zere plek.

18. Blijkbaar meent de gemeenteraad niet bij machte te zijn zelf de twee meer vermelde criteria te beoordelen zonder in een bijkomende proef te voorzien, waarvoor er geen tijd is. Niets daarvan blijkt echter uit de gegevens van het administratief dossier: noch doen deze gegevens aannemen dat de gemeenteraad voor de beoordeling van de twee criteria te weinig heeft aan de argumentatie die de kandidaten in hun kandidaatstellingen aanvoerden, noch kan uit het administratief dossier worden opgemaakt in welk opzicht “de decretale integratie van de gemeente en het OCMW” zich redelijkerwijze zou verzetten tegen een eventueel kort uitstel van de aanstelling van een definitieve algemeen directeur – ter vervanging van de waarnemend algemeen directeur – indien dit voor een gedegen beoordeling van de twee criteria nodig mocht worden geacht.

19. De slotsom is dan ook dat de verwerende partij in gebreke is gebleven om de kandidaten voor het ambt van algemeen directeur correct te vergelijken overeenkomstig de minimaal in acht te nemen beoordelingscriteria, zoals door de gemeenteraad vastgesteld op 18 februari 2019, en dat zij er niet van overtuigt daarvoor over deugdelijke redenen te beschikken. Het eerste middel is bijgevolg gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van de gemeenteraad van de stad Herk-de-Stad van 18 november 2019 tot aanstelling van Nathalie Creten als algemeen directeur.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan 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 achttien januari tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Johan Lust,	kamervoorzitter,
Jan Clement,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silvan De Clercq,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silvan De Clercq

Johan Lust