

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.219 van 5 juli 2022
in de zaak A. 226.660/X-17.373**

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

tegen :

 de GEMEENTE MELLE
 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 12 november 2018, strekt tot de nietigverklaring van 1° “[d]e beslissing van het college van burgemeester en schepenen [van de gemeente Melle] dd. 5 juni 2018 houdende de aanstelling van verzoekende partij als Afdelingshoofd Leven en Welzijn” en 2° [d]e (impliciete) beslissing van het college van burgemeester en schepenen – als aanstellende overheid – dd. 5 juni 2018 om verzoekende partij niet in disponibiliteit wegens ambtsopheffing te plaatsen”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Iris Verheven heeft een verslag opgesteld.

Verzoekster en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 april 2022.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Laura Cuppers, die *loco* advocaat Cies Gysen verschijnt voor de verzoekster, en advocaat Sander Kaïret, die *loco* advocaat Tom De Sutter verschijnt voor de verwerende 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. 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 lokale besturen regelen. Het voorziet onder meer in het nieuwe ambt van de algemeen directeur, die in de plaats treedt van zowel de gemeentesecretaris als de secretaris van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn (OCMW).

De titularis van het ambt van gemeentesecretaris of van het ambt van secretaris van het OCMW die niet wordt aangesteld als algemeen directeur, wordt, naar eis van artikel 589, § 1, van het decreet lokaal bestuur, met behoud van de aard van zijn dienstverband en geldelijke anciënniteit aangesteld hetzij als adjunct-algemeendirecteur bij de gemeente, hetzij in een passende functie van niveau A bij de gemeente, bij het OCMW dat de gemeente bedient of bij een

verzelfstandigde entiteit van de gemeente of vereniging van het OCMW dat de gemeente bedient.

4. Verzoekster was secretaris van het OCMW te Melle.

Op 28 mei 2018 beslist de gemeenteraad van de gemeente Melle om L. D., gemeentesecretaris, aan te stellen als algemeen directeur. Verzoekster stelt tegen de beslissing het annulatieberoep gekend onder nr. A. 226.661/X-17.372 in, dat wordt verworpen bij arrest nr. 251.816 van 12 oktober 2021.

Eveneens op 28 mei 2018 keurt de gemeenteraad de invoering en de beschrijving goed van de functie van afdelingshoofd Leven en Welzijn A4a-A4b.

Op 29 mei 2018 beslist het college van burgemeester en schepenen verzoekster uit te nodigen voor een gesprek over een aanstelling als adjunct-algemeendirecteur of in een passende functie van niveau A.

Verzoekster wordt op 5 juni 2018 gehoord.

Dezelfde dag beslist het college van burgemeester om haar overeenkomstig artikel 589, § 1, van het decreet lokaal bestuur aan te stellen als afdelingshoofd Leven en Welzijn bij de gemeente, met ingang van 6 juni 2018.

Op de vraag van verzoekster aan het OCMW te Melle om – “gelet op de ontegensprekelijke vaststelling dat mijn ambt werd opgeheven en geen gelijkwaardige functie werd aangeboden en de daaraan door de [rechtspositieregeling] verbonden gevolgen” – op de eerstvolgende OCMW-raad de beslissing te agenderen om haar in disponibiliteit te stellen, antwoordt de verwerende partij op 26 juni 2018 dat uit haar aanstelling als afdelingshoofd Leven en Welzijn bij de gemeente blijkt dat de vraag tot indisponibiliteitstelling “zonder voorwerp” is.

Op 27 augustus 2018 verklaart de OCMW-raad akkoord te gaan met de overdracht van verzoekster aan de gemeente in het kader van haar aanstelling als afdelingshoofd Leven en Welzijn overeenkomstig artikel 589, § 1, van het decreet lokaal bestuur.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. Verzoekster leidt een eerste middel af uit “de pertinente onwettigheid van de gemeenteraadsbeslissingen van 28 mei 2018 houdende (i) de aanstelling van [L. D.] als algemeen directeur en (ii) de niet-aanstelling van verzoekende partij als algemeen directeur, welke overeenkomstig artikel 159 Grondwet buiten toepassing moeten worden verklaard”.

Toegelicht wordt dat de bestreden aanstelling moet voorafgegaan worden door de primaire aanstelling van een algemeen directeur en dat de gemeenteraadsbeslissingen van 28 mei 2018 houdende de aanstelling van L. D. en de niet-aanstelling van verzoekster als algemeen directeur om meerdere redenen manifest onwettig zijn, zoals ook per afzonderlijk verzoekschrift aan de Raad van State ter beoordeling is voorgelegd.

Beoordeling

6. De onwettigheden die verzoekster tegen de gemeenteraadsbeslissingen van 28 mei 2018 om L. D., en niet haar, aan te stellen als algemeen directeur inbrengt, zijn in het kader van haar annulatieberoep tegen die gemeenteraadsbeslissingen onderzocht en verworpen.

Er is geen reden om de betrokken beslissingen met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing te laten. Het eerste middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7. Verzoekster neemt een tweede middel uit “de pertinente onwettigheid van de beslissing van de raad voor maatschappelijk welzijn dd. 27 augustus 2018 houdende (de goedkeuring van) de overdracht van verzoekster aan de gemeente Melle in het kader van haar aanstelling als Afdelingshoofd Leven en Welzijn, welke overeenkomstig art. 159 Grondwet buiten toepassing moeten worden verklaard, met name wegens schending van: Art. 589, § 1 Decreet Lokaal Bestuur; Art. 103, § 5 [van het decreet van 19 december 2008 ‘betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, hierna:] OCMW-decreet; Het beginsel van de niet-retroactiviteit van administratieve akten van individuele aard; De hoorplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”.

Verzoekster licht in de eerste plaats toe dat de bestreden aanstelling conform artikel 589, § 1, van het decreet lokaal bestuur moest zijn voorafgegaan “door een primaire beslissing van de (oorspronkelijk aanstellende overheid) tot overdracht aan de gemeente Melle, waarop haar aanstelling in een passende functie tevens moet gesteund worden.

Voorts argumenteert verzoekster dat de beslissing van de OCMW-raad van 27 augustus 2018 tot goedkeuring van haar overdracht te laat is. Tevens schendt de beslissing het verbod van retroactiviteit van administratieve akten van individuele aard. Ook miskent de beslissing artikel 103, § 5, van het OCMW-decreet: bij ontstentenis van enige bepaling in de lokale rechtspositie-regeling met betrekking tot een mogelijke overdracht aan de gemeente Melle, kon verzoekster niet worden overgedragen met het oog op een aanstelling bij de gemeente; een overdracht is bovendien slechts mogelijk mits de voordracht door de gemeenteraad wordt goedgekeurd. Ten slotte is verzoekster ten onrechte niet gehoord voorafgaand aan de OCMW-raadsbeslissing.

Beoordeling

8. Gelet op artikel 589, § 1, van het decreet lokaal bestuur, moest verzoekster, aangezien zij niet werd aangesteld als algemeen directeur, worden aangesteld “als adjunct-algemeendirecteur bij de gemeente, hetzij in een passende functie van niveau A bij de gemeente, het OCMW dat de gemeente bedient of bij een verzelfstandigde entiteit van de gemeente of vereniging van het OCMW dat de gemeente bedient”.

Om hieraan tegemoet te komen heeft de verwerende partij verzoekster aangesteld in de functie van afdelingshoofd Leven en Welzijn bij de gemeente. Die beslissing tot aanstelling van een gemeentelijk personeelslid kon door de verwerende partij eigenmachtig worden genomen. De wettigheid van de beslissing is niet afhankelijk van enige akkoordverklaring van het OCMW.

9. De beweerde onwettigheid van de beslissing van de OCMW-raad van 27 augustus 2018 tot overdracht van verzoekster aan de gemeente, is als zodanig zonder invloed op de bestreden aanstelling van 5 juni 2018 en kan niet de nietigverklaring ervan verantwoorden.

Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

10. In een derde middel wordt de schending aangevoerd “van het ‘*patere legem quam ipse fecisti*’-beginsel, meer in het bijzonder artt. 143, § 2 lokale rechtspositieregeling voor het personeel van de gemeente Melle én de hoorplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”.

Verzoekster bekritiseert dat zij nooit met kennis van zaken en op nuttige en zorgvuldige wijze is gehoord voorafgaand aan de bestreden aanstelling. Nochtans schrijft artikel 143, § 2, van de lokale rechtspositieregeling voor, inzake

de ambtshalve herplaatsing in een functie van eenzelfde rang, dat de aanstellende overheid vooraf een gesprek moet voeren over de ambtshalve herplaatsing, waarvoor het personeelslid minstens tien kalenderdagen op voorhand moet worden uitgenodigd. Eveneens vereist de hoorplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat het personeelslid op nuttige wijze zijn standpunt kenbaar kan maken over de voorgenomen aanstellingsbeslissing.

Beoordeling

11. De bestreden aanstelling is er geen tot ambtshalve herplaatsing met toepassing van artikel 143 van de gemeentelijke rechtspositieregeling, maar werd genomen ter naleving van artikel 589, § 1, van het decreet lokaal bestuur.

12. Verzoekster is over de toepassing van artikel 589, § 1, van het decreet lokaal bestuur in haar geval, en meer bepaald over een eventuele aanstelling in de functie van afdelingshoofd Leven en Welzijn, door het college van burgemeester en schepenen gehoord op 6 juni 2018.

Het blijkt niet dat zij zich erover beklaagd heeft dat zij niet over voldoende tijd of informatie kon beschikken om zich voor te bereiden en om passend voor haar zienswijze op te komen.

13. Verzoekster mag dan wel niet voorafgaandelijk kennis hebben gehad van de functiebeschrijving van afdelingshoofd Leven en Welzijn, die op 28 mei 2018 door de gemeenteraad werd vastgesteld, zij had niettemin een voldoende kijk op de functie.

Verzoekster was immers aanwezig toen op 27 april 2018, in de schoot van het bijzonder onderhandelingscomité, uitvoerige commentaar is gegeven bij de voorgenomen “passende functie” voor de persoon die niet als algemeen directeur zou worden aangesteld. Onder meer werd toegelicht dat het college van burgemeester en schepenen als passende functie, de functie van afdelingshoofd Leven en Welzijn (A4a-A4b) zou geven, dat de betrokkene de hiërarchische leiding zou krijgen over de diensten Burgerzaken, Bevolking,

Pensioenen, Welzijn en Ontwikkelingssamenwerking (diensten van de gemeente) en over de diensten van het OCMW, en dat het afdelingshoofd ook deel zou uitmaken van het gemeenschappelijk managementteam.

14. Dat verzoekster een voldoende kijk op de functie had, wordt bevestigd door de vaststelling dat haar kritiek ter zake op de hoorzitting beperkt bleef tot de tegenwerping dat “zij zich niet kan vinden” in de functie. De notulen van de zitting van het college van burgemeester en schepenen van 5 juni 2018 vermelden:

“De burgemeester bespreekt de passende functie van diensthoofd sociale zaken. Mevrouw De Sadeleer merkt op dat zij zich niet kan vinden in deze passende functie en ook niet in de functie van adjunct algemeen directeur en dat zij enkel algemeen directeur wil zijn. De burgemeester en andere leden van het college merken op dat het Decreet Lokaal Bestuur slechts in één algemeen directeur voorziet. Mevrouw De Sadeleer antwoordt dat zij zich niet kan neerleggen bij de gevolgen van het Decreet Lokaal Bestuur. Mevrouw De Sadeleer zegt dat zij geen enkele functie meer heeft en aan de OCMW-raad zal vragen haar in disponibiliteit te plaatsen. Zij heeft geen verdere opmerkingen.”

15. Het middel wordt in zijn geheel verworpen.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

16. Een vierde middel is “genomen uit een schending van art. 589, §1 Decreet Lokaal Bestuur, inzonderheid het recht van verzoekende partij op een aanstelling in een passende functie, evenals artt. 2 en 3 Wet Formele Motivering Bestuurshandelingen”.

Naar de mening van verzoekster is de betrekking van afdelingshoofd Leven en Welzijn bij de gemeente niet als passend te beschouwen in de zin van artikel 589, § 1, van het decreet lokaal bestuur. De betrekking sluit niet voldoende aan bij de betrekking die zij bekleedde, waarin zij aan het hoofd stond van het personeel en bevoegd was voor het dagelijks personeelsbeheer. De

nieuwe betrekking, die louter ondersteunend en uitvoerend is, is geenszins evenwaardig: zij verliest haar decretaal gewaarborgde onafhankelijkheid, zij dient te rapporteren aan de algemeen directeur, zij geniet geen afwijkende rechtspositieregeling meer, inzonderheid met betrekking tot haar aansturing en de evaluatie, het team waaraan zij sturing en leiding mag geven is aanzienlijk kleiner, haar verloning is ondergeschikt gemaakt aan de salarisschaal van de algemeen directeur. Er is geen betrekking binnen het organogram van de gemeente en het OCMW die voldoende aansluit bij de unieke bevoegdheden waarover verzoekster als OCMW-secretaris beschikte en die rekening houdt met de competenties en belangstelling van verzoekster. Daarbij komt nog dat met de betrekking van afdelingshoofd Leven en Welzijn “een inherente onwerkzaamheid” gemoeid is, doordat het afdelingshoofd géén deel meer kan uitmaken van het bijzonder comité voor de sociale dienst, waarvan het lidmaatschap is voorbehouden aan het OCMW-personeel. In de praktijk, aldus verzoekster, mondt de betrekking van afdelingshoofd Leven en Welzijn uit in “een ongeoorloofde degradatie”.

Minstens moet worden vastgesteld dat de bestreden beslissingen geen overweging bevatten waarom de functie wel degelijk passend is voor verzoekster.

Beoordeling

17. Anders dan verzoekster beweert, bevat de bestreden aanstellingsbeslissing wel degelijk overwegingen in verband met het passend karakter van de functie, namelijk:

“Overwegende dat het college van burgemeester [en schepenen] van mening is dat de functie van afdelingshoofd leven en welzijn wel degelijk een passende functie is op A-niveau (A4a-A4b); dat deze functie in die zin beantwoordt aan de vereisten die daaromtrent worden gesteld;

Overwegende dat het Agentschap Binnenlands Bestuur daarover bij vraag 67 in het document met betrekking tot de vragen en antwoorden over het Decreet Lokaal Bestuur immers het volgende schrijft:

‘Het begrip ‘passende functie’ wordt niet gedefinieerd in het decreet of de overgangsbepalingen. Het moet wel gaan om ‘een passende functie van niveau A.’”

In het verslag bij het huidige Rechtspositiebesluit, staat volgende toelichting: ‘Het begrip ‘passende functie’ moet in die zin geïnterpreteerd worden. Het beoogt evenredigheid, en houdt in dat een herplaatsing in een

functie van dezelfde rang gebeurt in een evenwaardige functie en niet uitmondt in een degradatie. Er moet ook een redelijk verband zijn tussen de aanleiding voor de herplaatsing (gezondheid of evaluatie), en de voorgestelde functie of functies. De overheden moeten rekening houden met de competenties en de belangstellingen sfeer van het personeelslid.’

En nog:

‘Bij reorganisatie van de diensten moeten de overheden bij het verdwijnen van bepaalde functies voor de statutaire functiehouders een andere gelijkwaardige en zo veel mogelijk vergelijkbare functie zoeken binnen hun organisatie.’

Overwegende dat uit de functiebeschrijving van afdelingshoofd leven en welzijn blijkt dat het wel degelijk gaat om een passende functie voor mevrouw Gertjie De Sadeleer bij de gemeente Melle; dat deze functieomschrijving zo veel als mogelijk aansluit bij de functie van OCMW-secretaris; dat mevrouw Gertjie De Sadeleer onder meer de directe leiding over de diensten van het OCMW behoudt én verantwoordelijk wordt voor het ontwikkelen van een integraal en kwalitatief gemeentelijk sociaal beleid vanuit een duidelijke visie; dat mevrouw Gertjie De Sadeleer lid blijft van het managementteam”.

18. Als secretaris stuurde verzoekster het OCMW ambtelijk aan en bekleedde zij een functie met karakteristieken die een hoge graad van uniciteit vertoonden. Dat de functie die haar in de bestreden aanstellingsbeslissing wordt toebedeeld niet dezelfde unieke kenmerken vertoont, is onvermijdelijk.

Onvermijdelijk, omdat de decreetgever er net voor gekozen heeft om te komen tot een eengemaakte ambtelijke aansturing van de gemeente en het OCMW en hij daartoe, ter vervanging van (onder meer) de OCMW-secretaris, in de nieuwe functie van administratief directeur heeft voorzien, en omdat die nieuwe functie niet aan verzoekster is toegevalen.

Is het in die omstandigheden onontkoombaar dat er tussen verzoeksters oorspronkelijke functie van OCMW-secretaris en die waarin de eerste bestreden beslissing haar aanstelt belangrijke organieke en inhoudelijke verschilpunten zijn, het wijst op zich nog niet uit dat die laatste functie geen “passende functie” in de zin van artikel 589, § 1, van het decreet lokaal bestuur zou kunnen uitmaken.

19. Daartoe is naar de mening van verzoekster dan wel vereist dat aan het begrip een invulling wordt gegeven die niet afwijkt van “de aanvaarde en

gevestigde interpretatie die volgt uit het Rechtspositieregelingsbesluit van 7 december 2007, het Fusiedecreet [van 24 juni 2016] en de rechtspraak van [de] Raad”. Zo niet, moet volgens verzoekster in de memorie van wederantwoord, aan het Grondwettelijk Hof de volgende prejudiciële vraag worden gesteld:

“Is artikel 589, §1 Decreet Lokaal Bestuur verenigbaar met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, al dan niet gelezen in samenhang met het recht op vastheid van betrekking, in de mate dat het begrip ‘passende functie’ in deze bepaling zou toelaten de decretale graden die niet werden gekozen voor de nieuwe directeursfuncties te herplaatsen in een functie die inherent een (juridische en/of feitelijke) degradatie inhouden terwijl het begrip ‘passende functie’ voor de overige leden van het gemeente- en OCMW-personeel inhoudt dat deze slechts herplaatst kunnen worden in een functie van minstens eenzelfde niveau en graad (A-niveau) waarbij zoveel mogelijk aansluiting wordt gezocht bij de opgeheven functie, en zonder dat deze uitmondt in een (feitelijke dan wel juridische) degradatie?”

20. Zo geformuleerd, wil de vraag de conformiteit doen nagaan van artikel 589, § 1, van het decreet lokaal bestuur met de rechterlijke invulling die de Raad van State geeft aan het begrip ‘passende functie’ in andere regelgevingen. Dit gaat de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof te buiten.

Verzoeksters bijkomende toelichting in de laatste memorie dat, ten gevolge van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijke regelgeving, een decretale wijziging geen afbreuk mag doen aan verworven rechten, verandert daar niets aan.

21. De functie waarin verzoekster wordt aangesteld, nu zij niet als algemeen directeur werd benoemd, is zoals vereist door artikel 589, § 1 van het decreet lokaal bestuur van niveau A. Het is een leidinggevende functie, aan het hoofd van de afdeling Leven en Welzijn, die blijkens de organisatiestructuur direct onder de algemeen directeur geplaatst wordt. Verzoekster was en blijft lid van het managementteam. Als afdelingshoofd Leven en Welzijn staat zij in voor de coördinatie en leiding van de diensten burgerzaken, bevolking, pensioenen, welzijn en ontwikkelingssamenwerking, en de diensten van het OCMW. Het is een pakket waarvan bezwaarlijk kan worden betwist dat het goed inhaakt op de competenties en de belangstellingssfeer van verzoekster, die voorheen OCMW-secretaris was. Niet onterecht dan ook overwoog de OCMW-raad op 27

augustus 2018 dat verzoeksters nieuwe functie(beschrijving) “zo veel als mogelijk aansluit bij de functie van OCMW-secretaris”.

Door de aanstelling van een algemeen directeur is de functie van OCMW-secretaris verdwenen. Dat verzoekster niet is “opgeklommen” tot de functie van algemeen directeur brengt niet van de weeromstuit mee dat de nieuwe functie waarin zij is aangesteld een “degradatie” zou inhouden. Gelet op al het voorgaande overtuigt verzoekster de Raad van State er niet van dat zij geen andere, “passende functie van niveau A” heeft gekregen, zoals vereist door artikel 589, § 1, van het decreet lokaal bestuur.

22. Het middel wordt verworpen.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

23. Ten slotte neemt verzoekster een vijfde middel “uit een schending van het ‘*patere legem quam ipse fecisti*’-beginsel, meer in het bijzonder art. 255 jo. artt. 260 e.v. lokale rechtspositieregeling voor het personeel van de gemeente Melle”.

Met toepassing van de lokale rechtspositieregeling moest de verwerende partij verzoekster, bij gebrek aan een aanstelling in een passende functie, in disponibiliteit wegens ambtsopheffing hebben gesteld. Het gaat om een gebonden bevoegdheid.

Beoordeling

24. Het middel gaat ervan uit dat verzoekster niet is aangesteld in een passende functie. Uit wat voorafgaat, volgt dat niet blijkt dat die aanname juist is.

Het middel wordt bijgevolg verworpen.

V. Conclusie

25. Het beroep moet hoe dan ook, ongeacht de ontvankelijkheid ervan, worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijf juli tweeduizend tweeëntwintig, 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