

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.089 van 21 maart 2023
in de zaak A. 230.154/X-17.662**

In zake : Wim AERNOUDT
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Sofie Logie
 kantoor houdend te 8500 Kortrijk
 Beneluxpark 27B
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de INTERCOMMUNALE VERENIGING VOOR HET
AFVALBEHEER VOOR OOSTENDE EN OMMELAND
(IVOO)
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 7 februari 2020, strekt tot de
nietigverklaring van :

“1. de beslissing van 10 september 2019 van de raad van bestuur van
verwerende partij tot het aanleggen van een werfreserve voor de functie
van directeur [...]

2. de beslissing van 8 oktober 2019 van de raad van bestuur van
verwerende partij tot intrekking van haar beslissing van 18 juni 2019, doch
enkel in de mate dat deze intrekking ook betrekking heeft op de benoeming
zelf van de heer Wim Aernoudt tot algemeen directeur van IVOO en niet
enkel betrekking heeft op de voorwaarden en de aanstelling van de heer [A.
H.]

3. de beslissing van 3 december 2019 van de raad van bestuur van
verwerende partij tot aanstelling van de directeur [...]

4. de beslissing van de raad van bestuur van verwerende partij tot wijziging
van het administratief statuut van personeelsleden van verwerende partij, in
de mate deze wijziging leidt tot de onverenigbaarheid van het uitoefenen

van de functie van algemeen directeur van IVOO en een of meer politieke mandaten (datum ongekend voor verzoekende partij)

5. de uit deze beslissingen voortvloeiende impliciete beslissing van de raad van bestuur van verwerende partij tot stopzetting van de initiële selectieprocedure

6. de uit deze beslissingen voortvloeiende impliciete beslissing van de raad van bestuur van verwerende partij tot weigering van een benoeming zonder voorwaarden van de heer Wim Aernoudt tot directeur van IVOO, hoewel de heer Wim Aernoudt kennelijk als beste kandidaat door Ascento [...] wordt aangeduid in het verslag ter kennis gebracht van de raad van bestuur op 16 april 2019 en overigens ook nog een betere beoordeling kreeg dan de huidige aangestelde directeur.”

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-afdelingshoofd Marijke Sterck heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend. Verzoeker heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 december 2022.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jade Leenaert, die *loco* advocaat Sofie Logie verschijnt voor verzoeker, en advocaat Sietse Wils, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Marijke Sterck heeft een met dit arrest gedeeltelijk 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

3.1. De verwerende partij is een intergemeentelijke vereniging voor afvalbeheer – een opdrachthoudende vereniging met beheersoverdracht – waaraan onder meer de stad Gistel deelneemt. Zij organiseert in 2018-19, met de hulp van Ascento, een selectieprocedure voor de aanwerving van een algemeen directeur. Verzoeker is de eerste in de vergelijkende rangschikking van Ascento.

Op 18 juni 2019 neemt de raad van bestuur van de verwerende partij van die vergelijkende rangschikking kennis en valt hij ze bij, met dien verstande echter dat volgens de raad van bestuur de functie van algemeen directeur niet kan samengaan met verzoekers schepenambt en mandaat van gemeenteraadslid van de stad Gistel. Beslist wordt om verzoeker tot algemeen directeur te benoemen “onder de voorwaarde dat hij [...] binnen een termijn van 15 dagen die ingaat vanaf de dag na de dag van deze beslissing, ontslag neemt als gemeenteraadslid en als schepen van de stad Gistel”. Indien de voorwaarde niet wordt vervuld, wordt A. H., de tweede gerangschikte kandidaat, tot algemeen directeur benoemd.

Verzoeker stelt tegen het opleggen van de voorwaarde op 4 juli 2019 bij de Raad van State een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in. Ze wordt bij arrest nr. 245.153 van 11 juli 2019 verworpen omdat niet is aangetoond dat ze uiterst dringend is. A. H. laat op 9 augustus 2019 weten voor een andere job te kiezen.

3.2. Bij gebrek aan kandidaten in de wervingsreserve beslist de raad van bestuur op 10 september 2019 een nieuwe aanwervingsprocedure te starten en keurt hij daartoe de procedure en voorwaarden goed. Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.3. Op 8 oktober 2019 trekt de raad van bestuur zijn besluit van 18 juni 2019 tot aanstelling van de algemeen directeur in. Daartoe wordt onder meer rekening gehouden met “het gegeven dat dhr. Aernoudt niet tijdig aan de voorwaarde van zijn benoeming, zoals opgenomen in het besluit van de Raad van Bestuur van 18 juni 2019 heeft voldaan, doordat hij niet binnen de gestelde termijn van vijftien dagen als schepen en als gemeenteraadslid ontslag heeft genomen”. Die intrekkingbeslissing, wat de benoeming van verzoeker tot algemeen directeur betreft, is het tweede voorwerp van het beroep.

3.4. Op 3 december 2019 stelt de raad van bestuur B. V. aan als algemeen directeur. Dit is de derde bestreden beslissing.

3.5. Nog op 3 december 2019 beslist de raad van bestuur om in het administratief statuut op te nemen wat volgt:

“Art. Ibis. – Onverenigbaarheid

"Het ambt van algemeen directeur, en stafmedewerker administratie is onverenigbaar met andere ambten binnen de gemeenten van het werkingsgebied en het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn dat de gemeente bedient.”

Dit is de vierde bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid

Excepties

4. In de memorie van antwoord werpt de verwerende partij de volgende excepties op.

Het beroep tegen de eerste bestreden beslissing, die verzoeker niet moest worden betekend, is te laat. De termijn verstreek op 18 november 2019.

Voorts is verzoeker zonder het vereiste belang bij het beroep tegen de eerste en de derde bestreden beslissing omdat hij zich geen kandidaat heeft gesteld in het kader van de tweede selectieprocedure.

Ook is niet in te zien welk onmiddellijk nadeel de tweede bestreden beslissing aan verzoeker berokkent. De ingetrokken beslissing van 18 juni 2019 is het eindpunt van de eerste selectieprocedure. Verzoeker heeft “geen enkel belang bij de gebeurlijke nietigverklaring van een beslissing die het eindpunt is van een selectieprocedure die is stopgezet”. Aangezien die selectieprocedure werd stopgezet, kan ze niet meer leiden tot de aanstelling van verzoeker als algemeen directeur.

Evenmin heeft, naar de mening van de verwerende partij, verzoeker belang bij het bestrijden van de vierde aangevochten beslissing: verzoeker is niet aan het administratief statuut onderworpen. Hij kan er niet rechtstreeks en ongunstig door geraakt worden. Nu hij niet aan de nieuwe selectieprocedure heeft deelgenomen, kan de vierde bestreden beslissing ook geen beletsel zijn geweest voor zijn benoeming of tewerkstelling bij de verwerende partij.

Voor een voldoende belang, ten slotte, bij de vernietiging van de zesde bestreden beslissing is vereist dat verzoeker in een uitzonderlijk geval verkeert en namelijk in een middel(onderdeel) aannemelijk maakt dat de verwerende partij geen andere keuze had dan hem aan te stellen. Dat is echter onmogelijk omdat verzoeker zich geen kandidaat heeft gesteld in het kader van de nieuwe selectieprocedure. Het voordeel dat de derde bestreden beslissing aan B. V. toekent, kan hoe dan ook niet aan verzoeker worden toegekend.

5. In de laatste memorie voegt de verwerende partij nog het volgende toe.

Het beroep tegen de eerste en de derde bestreden beslissing is zonder voorwerp geworden aangezien B. V., die door de derde bestreden beslissing als algemeen directeur wordt aangesteld, intussen ontslag heeft genomen en aangezien, na een derde selectieprocedure, H. H. op 29 maart 2022 als algemeen directeur is aangesteld.

Ook het beroep tegen de vierde bestreden beslissing is inmiddels zonder voorwerp gevallen. Immers heeft de raad van bestuur de betrokken regeling in het administratief statuut op 21 december 2021 vervangen door een andere regeling, die verzoeker niet heeft aangevochten.

Beoordeling

6. Naar verzoeker in het verzoekschrift in verband met zijn belang uitlegt, is hij in de (initiële) selectieprocedure als eerste gerangschikt en heeft hij recht op de benoeming tot algemeen directeur, maar weigert de verwerende partij hem zonder voorwaarden te benoemen, ofschoon de gestelde voorwaarde ongrondwettig is. De weigering blijkt volgens verzoeker impliciet uit (i) de intrekking van de benoemingsbeslissing “zonder dat een daaropvolgende benoeming ‘zonder voorwaarden’ van verzoekende partij volgde” en (ii) de nieuwe selectieprocedure die de verwerende partij voerde.

7. Een overheid is ertoe gehouden om aan de kandidaten voor een benoeming individueel kennis te geven van wat voor hen het resultaat van de benoemingsprocedure is.

8. Als kandidaat voor de benoeming tot algemeen directeur krijgt verzoeker vanwege de verwerende partij aanvankelijk aangezegd dat hij op 18 juni 2019 voorwaardelijk benoemd wordt als algemeen directeur. Zijn vordering tot schorsing van de oplegging van de voorwaarden dat hij ontslag moet nemen als gemeenteraadslid en schepen van de stad Gistel, wordt door de Raad van State verworpen bij arrest nr. 245.153 van 11 juli 2019.

Uiteindelijk trekt de verwerende partij verzoekers voorwaardelijke benoeming op 8 oktober 2019 in omdat “hij niet binnen de gestelde termijn van vijftien dagen als schepen en als gemeenteraadslid ontslag heeft genomen”. Ondertussen blijkt reeds op 13 augustus 2019 principieel, en op 10 september 2019 formeel, beslist te zijn om een nieuwe aanwervingsprocedure te starten bij gebrek aan kandidaten in de wervingsreserve.

Uit de beslissingen van 10 september 2019 en 8 oktober 2019 tezamen genomen, kan met zekerheid worden afgeleid dat als eindbeslissing over verzoekers kandidaatstelling moet worden beschouwd en geïdentificeerd, de weigering van de raad van bestuur – te situeren op 10 september 2019 – om hem als algemeen directeur aan te stellen om geen andere reden dan dat hij niet voldoet aan de voorwaarde dat hij dient te verzaken aan zijn mandaat van gemeenteraadslid en van schepen.

9. Deze weigeringsbeslissing, zijnde de zesde bestreden beslissing, is verzoeker niet betekend geworden. Hij heeft er beslist belang bij ze aan te vechten.

10. Tegen de weigeringsbeslissing voert verzoeker in een enig middel onder meer de on(grond)wettigheid van de gestelde voorwaarde aan.

Zoals hierna zal blijken, doet verzoeker dat terecht. Dit wijst uit dat de enige reden voor de verwerende partij om verzoeker niet te benoemen – ofschoon hij het best geplaatst is in de vergelijkende rangschikking ter afsluiting van de selectieprocedure door Ascento en de verwerende partij die rangschikking bijvalt – ondeugdelijk is en dat met andere woorden de verwerende partij in de concrete omstandigheden van de zaak niet had mogen weigeren hem te benoemen, en hem had móéten benoemen.

Een vernietiging van de weigeringsbeslissing om verzoeker te benoemen, op grond van die vaststelling, brengt voor de verwerende partij, op straffe van schending van het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest, de rechtsplicht mee om verzoeker de benoeming te verlenen die zij hem had moeten verlenen, te weten de rechtsplicht om hem met terugwerkende kracht tot 10 september 2019 te benoemen tot algemeen directeur.

11. De andere beslissingen die verzoeker bestrijdt, vermogen op zich geen afbreuk te doen aan de uitvoering van die rechtsplicht om verzoeker per 10 september 2019 te benoemen. Aangenomen wordt dan ook dat een vernietiging ervan niet nodig is om het belang waarop verzoeker zich beroept te dienen.

12. Samengevat, is het beroep alleen ontvankelijk wat de zesde bestreden beslissing betreft.

V. Onderzoek van het enige middel, eerste middelonderdeel

Standpunt van de partijen

13. Verzoeker voert in een eerste middelonderdeel van zijn enige middel de schending aan “van artikel 8, tweede lid van de Grondwet, het legaliteitsbeginsel en het Decreet Lokaal Bestuur”.

Toegelicht wordt dat uit artikel 8, tweede lid, van de Grondwet volgt dat onverenigbaarheden tussen een politiek mandaat en een andere functie enkel door de wet kunnen worden ingesteld. Voorts wordt nergens in het decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’ (hierna: het decreet lokaal bestuur) een onverenigbaarheid ingesteld tussen het ambt van schepen en het ambt van directeur van een opdrachthoudende vereniging. De decreetgever heeft ervoor gekozen om geen onverenigbaarheid op te leggen tussen beide. De verwerende partij heeft niet de bevoegdheid om zelf onverenigbaarheden te creëren met een politiek mandaat, weze het middels een individuele beslissing of middels een beslissing tot wijziging van het administratief statuut. Zij beschikt over geen enkele wettelijke of decretale basis daartoe.

14. De verwerende partij repliceert in de eerste plaats dat het middelonderdeel alleszins onontvankelijk is, bij gebrek aan duidelijke uiteenzetting, in zoverre erin de schending van het decreet lokaal bestuur wordt aangevoerd.

Ten gronde betoogt de verwerende partij dat de bestreden beslissing kadert in “de algemene regels en beginselen die gelden voor de cumulatie van een ambtenaar”. Deze cumulatie is geen recht, maar een gunst die discretionair wordt verleend. Daarbij moet steeds worden nagegaan of de cumulatie de ambtenaar in een situatie van belangenconflicten zou kunnen

plaatsen. Dat was te dezen het geval, zoals blijkt uit de overwegingen van de (ingetrokken) voorwaardelijke aanstellingsbeslissing van 18 juni 2019. De verwerende partij kon terecht rekening houden met potentiële belangenconflicten die zouden kunnen ontstaan als gevolg van de cumulatie van de functie van algemeen directeur van IVOO met het ambt van gemeenteraadslid en schepen van de stad Gistel, evenals met het vertrouwen van het publiek in de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van IVOO.

Beoordeling

15. Het middelonderdeel betwist de deugdelijkheid van de enige reden voor de niet-benoeming van verzoeker tot algemeen directeur van 10 september 2019, namelijk dat hij niet voldoet aan de voorwaarde om afstand te doen van zijn mandaat van gemeenteraadslid en schepen te Gistel. Voor die voorwaarde is er volgens het middelonderdeel geen rechtsgrond, ook niet in het decreet lokaal bestuur.

16. Artikel 8, tweede lid, van de Grondwet bepaalt dat de Grondwet en de overige wetten op de politieke rechten bepalen welke de vereisten zijn waaraan men moet voldoen, benevens de staat van Belg, om die rechten te kunnen genieten.

Met de voorwaarde dat verzoeker niet zijn ambt van schepen en mandaat van gemeenteraadslid te Gistel mag combineren met de functie van algemeen directeur van IVOO, regelt de verwerende partij een vereiste met betrekking tot het politiek recht in de zin van artikel 8 van de Grondwet om een lokaal mandaat uit te oefenen.

De voorwaarde houdt een beperking van dat recht in, waartoe de verwerende partij niet bevoegd is zonder wettelijke of decretale grondslag.

17. Een dergelijke grondslag was niet voorhanden ten tijde van de bestreden weigering en is dat nog altijd niet.

18. Weliswaar is intussen, door artikel 30 van het decreet van 16 juli 2021 ‘tot wijziging van diverse decreten, wat betreft versterking van de lokale democratie’ (hierna: het decreet tot versterking van de lokale democratie), aan artikel 10, eerste lid, van het decreet lokaal bestuur, onder meer een punt 9° toegevoegd, luidend:

“De volgende personen kunnen geen deel uitmaken van een gemeenteraad:
[...]

9° de leidend ambtenaar van een intergemeentelijke samenwerkingsverband waaraan de gemeente deelneemt.”

Gelet op artikel 126, laatste lid, 1°, van het decreet tot versterking van de lokale democratie treedt de bepaling evenwel slechts in werking op 1 december 2024.

Het bevestigt dat tot aan die datum de decreetgever het kennelijk niet nodig of wenselijk acht dat er, teneinde te vermijden dat er een belangen- en loyauteitsconflict ontstaat, een onverenigbaarheid van toepassing is tussen de leidinggevende ambtenaar van een intergemeentelijk samenwerkingsverband en een gemeenteraadslid of schepen van een gemeente die aan het samenwerkingsverband deelneemt.

19. Uit wat voorafgaat, volgt dat verzoeker terecht de grondwettigheid betwist van de enige reden om hem, de best geplaatste kandidaat, niet tot algemeen directeur te benoemen.

Het middelonderdeel is alleszins in de besproken mate ontvankelijk en gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de raad van bestuur van de Intercommunale Vereniging voor het afvalbeheer voor Oostende en Ommeland van 10 september 2019 om Wim Aernoudt niet te benoemen tot algemeen directeur.

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

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, op een bijdrage van 20 euro, en op een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan verzoeker.

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

Johan Lust,

Stephan De Taeye

Bert Thys,

bijgestaan door

Silvan De Clercq,

De griffier

Silvan De Clercq

kamervoorzitter,

staatsraad,

staatsraad,

griffier.

De voorzitter

Johan Lust