

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 197.828 van 16 november 2009
in de zaak A. 131.217/IX-3653**

In zake: François VANHERPE
woonplaats kiezend te Herk-de-Stad
Berkenstraat 13

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Landsverdediging

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 30 december 2002, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 31 oktober 2002 om [François Vanherpe] als zijnde niet geslaagd te beschouwen voor het vergelijkend kwalificatie-examen voor de graad van adjudant-chef”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Henri Colin heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 februari 2009.

Staatsraad Bert Thys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ingrid Martens, die verschijnt voor de verzoeker, en luitenant kolonel militair-administrateur Arnaud De Decker, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Henri Colin 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

3.1. De verzoeker is beroepsonderofficier bij de Krijgsmacht. Hij heeft de graad van adjudant.

3.2. Op 14 mei 2001 stelt hij zich kandidaat voor de toelatingsproeven, de cursus en het vergelijkend kwalificatie-examen voor toetreding tot de graad van adjudant-chef, sessie 2002.

Blijkens een dienstorder van de Chef van de Generale Staf van 5 november 2001 wordt aan de verzoeker toegestaan deel te nemen aan het vergelijkend kwalificatie-examen, onder voorbehoud van slagen voor de toelatingsproeven.

3.3. Op 19 april 2002 meldt de Chef Defensie aan verzoekers korpscommandant dat in de ambtengroep van de verzoeker maximaal 15 betrekkingen van adjudant-chef kunnen worden begeven.

3.4. Op 25 juni 2002 neemt de verzoeker er kennis van dat hij geslaagd is voor het toelatingsexamen.

Hij neemt vervolgens deel aan de proeven van het vergelijkend kwalificatie-examen.

3.5. Met een brief van 31 oktober 2002 deelt de Directie Vorming van de School voor Communicatie- en Informatiesystemen aan de verzoeker mee dat,

om gerangschikt te worden, de kandidaat voor het geheel van het vergelijkend examen de helft van de punten moet hebben behaald, dat verzoeker 993/2000 punten heeft behaald en dat hij derhalve niet geslaagd is.

Bij deze brief is een op 31 oktober 2002 gedateerde en door de voorzitter en de leden van de examencommissie ondertekende “rangschikkingstabel van de kandidaten adjudant-chef - ambtengroep 30 - sessie 2002” gevoegd, waaruit blijkt dat tien kandidaten slaagden en, a fortiori, batig werden gerangschikt en dat de verzoeker 680/1500 punten behaalde voor “geschiktheid tot bevelvoering en organisatie van arbeid”, 136/200 punten voor “sociale zin” en 177/300 punten voor “pedagogische waarde”, wat resulteert in een totaal van 993/2000 punten.

De in deze brief vervatte beslissing dat de verzoeker niet geslaagd is voor het vergelijkend kwalificatie-examen van adjudant-chef, sessie 2002, is de bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid

4. Op een brief van de auditeur-verslaggever van 8 oktober 2007, waarbij werd geïnformeerd naar gegevens die zich zouden hebben voorgedaan sedert het instellen van het beroep en die invloed zouden kunnen hebben op de afhandeling ervan, heeft de verwerende partij op 28 november 2007 geantwoord dat de verzoeker op 15 juni 2004 geslaagd is voor het kwalificatie-examen van adjudant-chef.

5. Gelet op dit nieuwe gegeven, heeft de auditeur-verslaggever met een brief van 3 december 2007 aan de verzoeker gevraagd of hij nog belangstelling heeft voor de gewone afhandeling van zijn zaak en, zo ja, waarin zijn actueel belang dan precies gelegen is.

Met een brief van 19 december 2007 heeft de verzoeker daarop geantwoord:

“[...]”

Ondergetekende heeft nog steeds belangstelling om dit dossier verder te zetten en wenst erop te wijzen dat hij nog steeds een actueel belang heeft in dit dossier.

Het is correct dat ondergetekende geslaagd is in het kwalificatie-examen voor de benoeming in de graad van Adjudant-Chef op 15 juni 2004.

Het actueel belang van ondergetekende bestaat erin dat bij vernietiging door Uwe Hoge Rechtsmacht van de bestreden beslissing het rechtsherstel er mogelijk in bestaat dat het examen moet herverbeterd worden, ondergetekende ten gevolge van deze verbetering als geslaagd dient beschouwd te worden en ten gevolge hiervan ook benoemd zal worden met terugwerkende kracht en hierdoor enkele jaren anciënniteit wint.

Vermits bij het bestreden examen het aantal geslaagden lager was dan het aantal kandidaten die weerhouden konden worden (10 geslaagden voor 15 plaatsen) zou betrokkene in geval van slagen benoemd geweest zijn. Dit houdt in dat de 15 kandidaten die geslaagd zijn volgens de uitslagen van de examens gerangschikt worden. Gezien verzoeker elfde ging zijn was hij dan batig gerangschikt en zou hij benoemd geweest zijn tot Adjt Chef.

Indien ondergetekende als geslaagd zou worden beschouwd ten gevolge van de vernietiging van de bestreden beslissing maar niet benoemd zou worden, quod non, dan zou hij nog aanspraak kunnen maken op de toelage voor geselecteerde voorzien in artikel 30 van het KB van 18 maart 2003 houdende bezoldigingsregeling van de militairen van alle rangen en betreffende het stelsel van de dienstprestaties van de militairen van het actief kader beneden de rang van officier.

Artikel 30 van het KB van [18] maart 2003 bepaalt:

‘Hoofdstuk IV. - De toelage voor geselecteerde.

Art. 30. § 1. Een toelage voor geselecteerde wordt toegekend aan de kapitein-commandant en de adjudant van het actief kader onder de voorwaarden bepaald in dit artikel.

De kapitein-commandant geslaagd voor de beroepsproeven voor bevordering tot de graad van majoor, die niet in deze graad werd benoemd twee jaar na de datum op dewelke hij tot de graad van majoor had kunnen benoemd worden naar aanleiding van het eerste onderzoek van zijn kandidatuur tot deze graad door een bevorderingscomité, geniet een toelage van 1875 EUR per jaar.

Evenwel bedraagt de toelage, bedoeld in het vorig lid, 676,18 EUR tot 1 augustus 2005.

De adjudant, geslaagd voor het vergelijkend kwalificatie-examen of voor het kwalificatie-examen voor de graad van adjudant-chef, die niet in deze graad werd benoemd twee jaar na de datum op dewelke hij tot de graad van adjudant-chef had kunnen benoemd worden naar aanleiding van het eerste onderzoek van zijn kandidatuur tot deze graad door een bevorderingscomité, geniet een toelage van 1250 EUR per jaar.

§ 2. De toelage, bedoeld in dit artikel, mag niet gecumuleerd worden met de toelage, bedoeld in artikel 7.

§ 3. De toelage is verschuldigd vanaf de eerste dag van de maand die op de in § 1 bedoelde benoemingsdatum volgt. Indien deze datum valt op de eerste dag van de maand, is de toelage evenwel verschuldigd vanaf deze dag.

De toelage is niet meer verschuldigd vanaf de dag waarop de militair de wedde van adjudant-chef of van majoor geniet.

§ 4. De toelage wordt maandelijks betaald, samen met de wedde van de maand waarop ze betrekking heeft, ten bedrage van één twaalfde van het jaarbedrag, en overeenkomstig de regels, vastgelegd in artikel 19.’

Het examen waarin ondergetekende geslaagd is op 15 juni 2004 is het examen nieuw systeem. Slagen in het nieuw systeem houdt in dat men om benoemd te kunnen worden dient te verschijnen voor de commissie.

In het nieuw systeem zal de commissie uiteraard rekening houden met het falen bij het aangevochten examen. De stempel die op een mislukte Adjudant-Chef gekleefd wordt heeft dagdagelijkse gevolgen in de beoordelingen en toekenning van betrekking door de commissie en is mentaal zwaar te dragen.

Belangrijk om weten is dat de persoon die het aangevochten examen van ondergetekende slecht verbeterd heeft ook zetelt in de commissie HOO en deze persoon dus zeker rekening zal houden met het niet slagen in het aangevochten examen.

Bovendien is er het morele nadeel dat bij een vernietiging van de bestreden beslissing zal hersteld worden vermits dan komt vast te staan dat de beoordeling van ondergetekende niet op deugdelijke wijze is gebeurd en ondergetekende ten onrechte niet werd beschouwd als geslaagd voor het vergelijkend kwalificatie-examen voor de graad van adjudant-chef en eveneens ten onrechte niet werd benoemd.

Bijgevolg heeft ondergetekende nog steeds een actueel belang bij zijn verzoek tot nietigverklaring.

[...]"

6. In haar laatste memorie laat de verwerende partij met betrekking tot het actuele belang van de verzoeker bij zijn beroep gelden dat de huidige regelgeving zich ertegen verzet dat de verzoeker na een eventuele vernietiging van de bestreden beslissing met terugwerkende kracht tot adjudant-chef zou worden benoemd. Zij betoogt dat krachtens artikel 39bis van de wet van 27 december 1961 betreffende het statuut van de onderofficieren van het actief kader van de Krijgsmacht, het slagen voor het kwalificatie-examen van adjudant-chef niet langer volstaat om in de genoemde graad te worden benoemd. De geslaagde kandidaten worden in beginsel jaarlijks en maximaal vijf keer vergeleken op basis van hun "potentialiteit" ten aanzien van de functies van de hogere graad. Voor de verzoeker is dat al vier keer gebeurd, maar zonder dat dit heeft geresulteerd in een batige rangschikking en in een benoeming tot de hogere graad. Volgens de verwerende partij kan de vernietiging van de bestreden beslissing er niet toe leiden dat de verzoeker zich in een betere situatie bevindt met het oog op een eventuele benoeming tot adjudant-chef.

In "subsidiare" orde stelt de verwerende partij dat de verzoeker zijn afwijzing door de bevorderingscomités 2005, 2006, 2007 en 2008 en de eruit voortvloeiende benoemingen tot adjudant-chef nooit heeft bestreden, zodat hij duidelijk in zijn situatie berust.

7. De verzoeker van zijn kant onderstreept in zijn laatste memorie dat hij volgens de huidige regelgeving gunstig moet worden beoordeeld door een commissie vooraleer hij voor een benoeming tot adjudant-chef in aanmerking komt. Deze bijkomende benoemingsvoorwaarde gold niet ten tijde van de bestreden beslissing, zodat hij des te meer belang heeft bij de vernietiging van die beslissing.

Beoordeling

8.1. De verzoeker voert ter staving van zijn actueel belang bij zijn beroep vooreerst aan dat een vernietiging van de bestreden beslissing ertoe zal leiden dat het examen opnieuw moet worden verbeterd en dat hij ten gevolge van deze verbetering als geslaagd moet worden beschouwd en met terugwerkende kracht zal worden benoemd, waardoor hij “enkele jaren anciënniteit wint”.

Weliswaar zal een vernietiging van de bestreden beslissing de verwerende partij ertoe verplichten de examenproeven van de verzoeker, met inachtneming van de in het vernietigingsarrest aangenomen vernietigingsgrond, opnieuw te beoordelen, maar daargelaten of een dergelijke nieuwe beoordeling noodzakelijk tot de conclusie moet leiden dat de verzoeker geslaagd is voor het kwalificatie-examen van 2002, toont de verzoeker alleszins niet aan dat de verwerende partij in dat geval verplicht zou zijn hem met terugwerkende kracht in de graad van adjudant-chef te benoemen.

Het vigerende artikel 39bis van de wet van 27 december 1961 betreffende het statuut van de onderofficieren van het actief kader van de Krijgsmacht, ingevoegd bij wet van 20 mei 1994 en gewijzigd bij wet van 22 maart 2001, bepaalt met betrekking tot het verlenen van de graden van hoofdonderofficier:

“Art. 39bis. Onverminderd de toepassing van artikel 35, § 1, worden de graden van hoofdonderofficier verleend naar de keuze van de Minister van Landsverdediging, ingevolge een beoordeling van de verdiensten van de kandidaten volgens de regels die de Koning bepaalt.

Bij de beoordeling wordt rekening gehouden met de potentialiteit van de kandidaat ten aanzien van de functies van de hogere graad en meer bepaald:

1/ met de kennis waarover de kandidaat beschikt, verworven na gevolgde vormingen en opgedane ervaringen;

2/ met de kwaliteiten van de kandidaat op het karakteriële, fysieke en professionele vlak;

3/ met de attitudes van de kandidaat ten aanzien van het geheel van de dienstverplichtingen verbonden met de functies van de hogere graad.

Geen onderofficier kan in de graad van adjudant-majoor worden benoemd, indien hij wegens zijn leeftijd niet gedurende ten minste twee jaar in zijn

nieuwe graad kan dienen. Deze bepaling is niet van toepassing op de onderofficier die op een lagere leeftijdsgrens dan zesenvijftig jaar wordt op rust gesteld.”

Op het ogenblik van de bestreden beslissing was het voormelde artikel 39bis slechts van toepassing op het verlenen van de graad van adjudant-majoor. Voor de bevordering tot adjudant-chef gold artikel 35, § 1, van dezelfde wet, gewijzigd bij wet van 22 maart 2001, dat als volgt luidt:

“Art. 35. § 1. De benoemingen geschieden naar anciënniteit, onder de onderofficieren die de bij deze wet gestelde voorwaarden vervullen.

Nochtans mag de beroepsonderofficier wiens wijze van dienen onbevredigend geacht wordt, bij de bevordering voorbijgegaan worden. Hetzelfde geldt voor de beroepsonderofficier die niet geschikt geoordeeld wordt om de functies van de hogere graad uit te oefenen, wanneer deze functies verschillend zijn van deze van de graad waarmee hij bekleed is.

De minister van Landsverdediging oordeelt over de geschiktheid en over de wijze van dienen. Voor de bevordering tot een graad van onderofficier vanaf de graad van eerste sergeant of van de eerstvolgende graad voor de onderofficier van de bijzondere werving, verstrekken de hiërarchische meerderen hun advies over de kandidaat volgens de regels vastgesteld door de Minister van Landsverdediging en in de vorm die hij voorschrijft.

Die adviezen worden ter kennis gebracht van de kandidaat. Aan de Minister van Landsverdediging, mag geen ongunstig advies worden overgemaakt zonder dat de kandidaat zijn verweer heeft kunnen doen gelden.

Bij de beoordeling wordt rekening gehouden:

1/ met de kennis waarover de kandidaat beschikt, verworven na gevolgde vormingen en opgedane ervaringen;

2/ met de kwaliteiten van de kandidaat op het karakteriële, fysieke en professionele vlak;

3/ met de attitudes van de kandidaat ten aanzien van het geheel van de dienstverplichtingen verbonden met de functies van de hogere graad.”

Daargelaten of, zoals de verzoeker meent, na een vernietigingsarrest toepassing zou moeten worden gemaakt van de laatstgenoemde bepaling en niet van artikel 39bis van de genoemde wet van 27 december 1961, moet hoe dan ook worden vastgesteld dat uit geen van beide wetsbepalingen voor de verwerende partij een rechtsplicht volgt om de verzoeker tot adjudant-chef te benoemen. De verzoeker kan dan ook aan een eventueel vernietigingsarrest geen aanspraken ontleen op een benoeming tot adjudant-chef met terugwerkende kracht.

Dienvolgens kan niet worden aangenomen dat een vernietiging van de bestreden beslissing de verzoeker in een gunstiger positie zou plaatsen dan die welke hem krachtens zijn slagen voor het kwalificatie-examen van adjudant-chef in 2004 reeds toebehoort, dit is de positie van een kandidaat die in aanmerking komt voor een benoeming tot adjudant-chef, maar aan wiens aanspraken dienaangaande

op grond van de in de wet genoemde beoordelingselementen kan worden voorbijgegaan.

8.2. De verzoeker betoogt voorts, ter adstructie van zijn actueel belang bij het beroep, dat indien hij na een vernietigingsarrest als geslaagd zou worden beschouwd, zonder te worden benoemd, hij nog aanspraak zou kunnen maken op de toelage voor geselecteerde waarin is voorzien door artikel 30 van het koninklijk besluit van 18 maart 2003 houdende bezoldigingsregeling van de militairen van alle rangen en betreffende het stelsel van de dienstprestaties van de militairen van het actief kader beneden de rang van officier.

Ook in dit verband moet worden opgemerkt dat de verzoeker niet aantoont dat na een vernietigingsarrest op de verwerende partij de rechtsplicht zou rusten om een dergelijke toelage met terugwerkende kracht toe te kennen. Derhalve kan weer niet worden aangenomen dat de vernietiging van de bestreden beslissing de verzoeker op het vlak van zijn aanspraken op de voormelde toelage in een gunstiger positie zou plaatsen dan die waarin hij zich bevindt sedert zijn slagen voor het kwalificatie-examen in 2004.

8.3. De stelling van de verzoeker dat de commissie die na zijn slagen voor het kwalificatie-examen in 2004 moet oordelen over zijn kandidatuur “uiteraard rekening [zal] houden met het falen bij het aangevochten examen”, is een loutere bewering, die met geen enkel concreet gegeven wordt gestaafd.

8.4. De verzoeker roept ten slotte een moreel nadeel in, waarvan hij meent dat het bij een vernietiging van de bestreden beslissing zal worden hersteld, omdat dan komt vast te staan dat de beoordeling van zijn examen niet op een deugdelijke wijze is gebeurd en hij ten onrechte niet geslaagd werd beschouwd en niet werd benoemd.

Het morele nadeel dat een kandidaat zou lijden bij het niet slagen voor een examen, verleent de betrokkene op zich geen voldoende belang bij de vernietiging van de beslissing waarbij tot zijn niet-geslaagd zijn wordt besloten. Het zou anders kunnen zijn wanneer zijn niet-geslaagd zijn is gesteund op een kwetsende beoordeling van de kandidaat, waardoor diens morele integriteit in het gedrang komt. De verzoeker toont niet aan dat dit te dezen het geval is.

8.5. Uit wat voorafgaat moet ambtshalve worden besloten dat niet blijkt dat de verzoeker na zijn slagen voor het kwalificatie-examen in 2004 nog een actueel belang bij zijn beroep heeft.

Derhalve is dat beroep niet ontvankelijk.

9. In de gegeven omstandigheden is het gepast de kosten van het beroep ten laste van de verwerende partij te leggen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 november 2009, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Daniël Moons,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
met bijstand van	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Paul Lemmens