

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.927 van 25 juni 2012
in de zaak A. 204.263/IX-7601**

In zake : Herwig VOLCKAERT
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Carine Flamend
 kantoor houdend te 1860 Meise
 Vilvoordsesteenweg 101
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Landsverdediging

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 maart 2012, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 22 december 2011 van de minister van Landsverdediging waarbij de aanvraag van Herwig Volckaert om toegelaten te worden tot het stelsel van de vrijwillige opschorting van de prestaties wordt geweigerd.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Eerste auditeur Geert De Bleeckere heeft een verslag opgesteld.

Met toepassing van artikel 90, § 1, vierde lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, is de zaak verwezen naar een kamer met drie leden.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 mei 2012.

Kamervoorzitter André Vandendriessche heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carine Flamend, die verschijnt voor de verzoeker, en majoor militair administrateur Philippe Van Gyseghem, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Geert De Bleeckere 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 maakt deel uit van het kader van beroepsonderofficieren van de Luchtmacht en is benoemd in de graad van adjudant. Hij oefent de functie uit van “onderofficier Avionics” (techniek vliegtuigen) binnen 10 W Tac sinds 21 januari 2010.

3.2. Overeenkomstig artikel 36 van de wet van 22 december 2008 houdende diverse bepalingen (I) (hierna: de wet van 22 december 2008) kan de militair van het actief kader de vrijwillige opschorting van de prestaties tot zijn oppensioenstelling verkrijgen indien hij aan een aantal voorwaarden voldoet. Eén

van de voorwaarden is dat de betrokkene geen functie uitoefent “waarvoor een specifiek en zeldzaam competentieprofiel is vereist”. Deze uitgesloten functies worden opgesomd in artikel 36 , eerste lid, 11°, van de wet, dat gewijzigd is door het koninklijk besluit van 6 juli 2011.

3.3. Op 21 september 2011 dient de verzoeker een aanvraag in om onder het voormeld regime van de vrijwillige opschorting van de prestaties (de VOP) gebracht te worden vanaf 1 februari 2012. Hij stelt in zijn aanvraag dat hij deel uitmaakt van de groep militairen die uitgesloten is van de doelgroep omdat zij een uitgesloten functie bekleden, maar vraagt om toch tot de doelgroep toegelaten te worden. Hij argumenteert dat hij 28 jaar werkt als vliegtuigelektriker en geen bindingen heeft met de specialiteit avionics-elektronica. Hij verwijst ook naar ernstige persoonlijke en familiale redenen.

De onmiddellijke chef van de verzoeker geeft een ongunstig advies omdat de verzoeker niet tot de doelgroep behoort. De commandant Smd verleent een gunstig advies omdat de verzoeker de specialiteit “mecanics-electrics” bezit en niet “avionics”. De commandanten MGp en 10 W Tac sluiten zich vervolgens aan bij het gunstig advies van de commandant Smd.

3.4. Op 14 november 2011 weigert de directeur-generaal Human Resources (DGHR) de aanvraag:

“ (...)

- Ref 1. Wet van 22 december 2008, hoofdstuk 4 betreffende de bepalingen betreffende de vrijwillige opschorting van de prestaties van bepaalde militairen (Reg A16-Y70)
2. DGHR-SPS-DEGA-001 Ed001/Rev 003 van 27 Jul 11
3. Mod B 10 W Tac Nr MITS 11-00517544 van 21 Sep 11

1. Synthese: aanvraag opname in de doelgroep, VOP
2. De aanvraag om deel uit te maken van de doelgroep wordt GEWEIGERD. Bijgevolg wordt belanghebbende NIET in de voorwaarden gesteld om te kunnen genieten van een VOP.
3. Motivering in rechte: Ref 1, Art 36, 11° u en Ref. 2, Par 203.b.
4. Motivering in feite: betrokkene is 00ffr Avionics (BHK : AT22E) en bekleedt deze functie binnen 10 W Tac (Post Nr 1390) sinds 21 Jan 10. De

professionele en persoonlijke argumenten van betrokkene kunnen niet in aanmerking komen om het behoren tot de doelgroep te kunnen verantwoorden.

(...)”

De motivering in rechte verwijst naar artikel 36, 11°, u), van de wet van 22 december 2008 dat volgende functie uitsluit van de VOP: “onderofficier Avionics”.

3.5. Op 2 december 2011 stelt de verzoeker bij de minister van Landsverdediging beroep in tegen de beslissing van de directeur-generaal Human Resources. In dat beroep zet de verzoeker uiteen dat zijn actuele functie niet aanzien wordt als een functie met een specifiek en zeldzaam competentieprofiel, aangezien alle onderofficieren Avionics met een zeldzaam profiel zich in het smaldeel Elektronica en Telecommunicatie bevinden terwijl hij gespecialiseerd is in elektriciteitssystemen en elektrische bedrading en collega’s die hetzelfde werk uitvoeren en dezelfde vorming genoten hebben wel degelijk deel uitmaken van de doelgroep. Hij wijst ten slotte ook nog op enkele argumenten van persoonlijke aard die een VOP wenselijk maken.

3.6. Op 22 december 2011 weigert de minister de aanvraag:

“(…)”

Aanvraag Vrijwillige Opschorting van de Prestaties (VOP) 2012 - Beroep doelgroep

Betreft : Adjt BOO Herwig VOLCKAERT - A42015

Beslissing : GEWEIGERD

Motivering in rechte : Wet van 22 december 2008 houdende de bepalingen betreffende de vrijwillige opschorting van de prestaties van bepaalde militairen (Reg A16-Y70, Art 36)

Motivering in feite:

De titularis van de functie onderofficier Avionics mag geen gebruik maken van de Vrijwillige Opschorting van de Prestaties (VOP), maar kan de toelating vragen van de Directeur generaal Human Resources (DG HR) om deel uit te maken van de doelgroep.

U geeft toe op uw aanvraag dat u deel uitmaakt van de militairen die uitgesloten zijn van de VOP en de DG HR heeft u de toelating tot de doelgroep geweigerd. U oefent de functie uit van onderofficier Avionics. De encadreringssituatie in deze functie is precair binnen Defensie.

U betwist de beslissing van de DG HR omdat u nooit de opleiding Avionics volgde en omdat andere onderofficieren in uw eenheid hetzelfde werk doen in een andere functie en daarom niet uitgesloten zijn van de doelgroep. Noch de wet, noch de bijhorende commentaren stipuleren dat een vorming gevolgd dient te worden om een bepaalde functie uit te oefenen : de competenties kunnen verworven worden via een vorming ‘on the job’. Dat is uw geval vermits u wel degelijk de functie uitoefent van onderofficier Avionics binnen de 10 W Tac sinds 21 januari 2010. De onderofficieren die deze functie uitoefenen zijn wettelijk uitgesloten van de doelgroep. Immers, gezien de huidige en de te verwachten toekomstige tekorten te wijten aan de oppensioenstellingen en de reeds toegestane VOP, kan Defensie geen risico nemen nog meer competenties te verliezen.

Om die redenen bevestig ik de beslissing van de Directeur generaal Human Resources en kan ik geen gunstig gevolg geven aan uw aanvraag voor een Vrijwillige Opschorting van de Prestaties op 1 februari 2012.
(...)”

Dit is de bestreden beslissing. De verzoeker heeft er op 31 januari 2012 kennis van gekregen.

IV. Onderzoek van de vordering

4. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Ernst van het tweede middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoeker voert de schending aan van de formele en de materiële motiveringsverplichting. Hij is van oordeel dat de bestreden beslissing niet steunt op motieven die in feite en in rechte aanvaardbaar zijn en adstrueert het middel als volgt:

In zijn beroep bij de minister heeft hij verschillende redenen aangevoerd om toch tot de doelgroep toegelaten te worden: hij oefent daadwerkelijk geen functie uit met een zeldzaam en specifiek competentieprofiel maar een functie met een bevoegdheidsbewijs BHK AT 24 E en onderofficieren met die opleiding zijn tewerkgesteld in niet uitgesloten functies; hij is technicus F-16 voor elektrische systemen en bedrading en heeft moeten kiezen tussen de specialiteit onderofficier Avionics Elektriciteit en onderofficier cel Elektriciteit, hij heeft gekozen voor de laatstvermelde specialiteit maar dat ging om een administratieve keuze zonder invloed op de werkelijke tewerkstelling. De minister gaat volledig aan dat gegeven voorbij op grond van de redenering dat competenties “on the job” verworven kunnen worden, maar dat is niet juist, aangezien hij niets van avionics kent, hetgeen overigens bevestigd werd door zijn smaldeelcommandant.

6. De verwerende partij stelt in haar nota met opmerkingen dat de verzoeker ten onrechte stelt dat hij een niet-uitgesloten functie zou bekleden en dat de bestreden beslissing wel degelijk antwoordt op het argument dat hij geen bijkomende vorming “avionics” heeft gevolgd. Hij bezet een uitgesloten functie en hij geeft dat ook toe. Of de functie die hij concreet uitoefent vergelijkbaar is met de functie van elektromechanicus is niet relevant. Voorts zijn er slechts twee onderofficieren avionics in het smaldeel aanwezig hetgeen het zeldzaam karakter van de functie aantoont.

Beoordeling

7. Het systeem van de VOP is ingevoerd om, rekening houdend met de budgettaire toestand en de noodzaak om de leeftijdsstructuur van het militair personeel te verbeteren, de beschikbare financiële middelen optimaal in te zetten. Het laat de oudste militairen -zij die minder dan vijf jaar verwijderd zijn van de leeftijdsgrens voor het rustpensioen- toe om, binnen een vooraf bepaald contingent, op vrijwillige basis de krijgsmacht te verlaten. De mogelijkheid wordt evenwel niet ingevoerd voor alle militairen: er worden immers voorwaarden gesteld teneinde de uitvoering van de opdrachten van het ministerie van Landsverdediging niet in gevaar te brengen en om de vertrekken te kunnen beheren (Parl. Doc. Kamer, stuk 1608 (2008-2009) - 1, p. 28-29). Met dat doel sluit artikel 36, eerste lid, 11°, van de wet van 22 december 2008 een aantal functies uit het systeem. Het gaat om officieren en onderofficieren die een bepaalde functie uitoefenen waarvoor een gespecialiseerd profiel bestaat en die niet onbezet mag blijven omdat door het voortijdig vertrek van de titularis de organisatie in moeilijkheden dreigt te komen. Die uitsluiting uit het systeem van militairen met een gespecialiseerde opdracht is evenwel op haar beurt niet absoluut, aangezien de militair die een uitgesloten functie bekleedt krachtens artikel 36, tweede lid, van de wet aan het bestuur kan vragen om deel uit te maken van de doelgroep. Het bestuur zal daarover oordelen, rekening houdend met de noden van de encadrering.

8. Het vertrek uit de krijgsmacht van de militair, die de wettelijke voorwaarden vervult, is de regel. Om een militair de toegang tot het systeem te weigeren moet het bestuur aantonen dat de betrokkene een gespecialiseerde functie uitoefent en, wanneer dit het geval is, dat zijn voortijdig vertrek uit die functie de goede werking van de dienst zal verstoren.

9. De wet definieert het begrip “een functie uitoefenen” (Franse tekst: “occuper une fonction”), vermeld in artikel 36, eerste lid, 11°, van de wet, niet nader. Ook in de parlementaire voorbereiding wordt geen verduidelijking gevonden.

10. Het begrip “functie” verwijst naar een bepaalde opdracht die een ambtenaar in het licht van een vooraf door het bestuur uitgetekend behoeftenkader vervult. Rechten toekennen op grond van het uitoefenen van een bepaalde functie -of verplichtingen opleggen aan de ambtenaren die een bepaalde functie vervullen -vooronderstelt dat het bestuur de bedoelde functies duidelijk omschreven en geïdentificeerd heeft en ze aan een betrekking op het personeelskader gekoppeld heeft zodat uit de affectatie van de personeelsleden aan een bepaalde betrekking -waarmee het bestuur het personeel een plaats op het behoeftenkader toewijst -duidelijk blijkt wie een bepaalde functie uitoefent.

Vermits al die beslissingen constitutief zijn voor de rechtstoestand van de betrokken militair moeten zij, om hen tegengeworpen te kunnen worden, hen vooraf ter kennis worden gebracht. En in dat kader is het irrelevant dat de dagdagelijkse werkzaamheden waarmee de betrokken militair wordt belast misschien niet of niet geheel overeenstemmen met de functie waarin hij aangesteld is; het is de juridische toestand die de grondslag vormt voor de beoordeling.

11. De verwerende partij betoogt, ook nog ter terechtzitting, dat zij het wettelijk uitgetekend stramien, als hiervóór uiteengezet, gevolgd heeft om te bepalen welke militair een uitgesloten functie uitoefent. Het komt haar toe, wanneer een militair zijn affectatie betwist, de bewijzen daarvan te leveren.

12. De verzoeker betwist niet dat hij tewerkgesteld is in een uitgesloten functie. Dat hij in de praktijk nooit het werk dat die functie behelst uitgevoerd heeft, kan geen reden zijn om voorbij te gaan aan de juridische toestand die zijn affectatie heeft doen ontstaan.

Volgens de geschetste wettelijke regeling kan de verzoeker dan ook slechts tot het VOP-systeem toegelaten worden na de vaststelling, door de bevoegde overheid, dat zijn vertrek de encadrering niet in het gedrang brengt. Die ruime discretionaire bevoegdheid van het bestuur belet niet dat de verzoeker toch

mag verwachten dat het bestuur zijn functie onderzoekt in het licht van de encadreringsbehoeften en dat hem duidelijk gemaakt wordt waarom de encadreringsbehoeften in het gedrang dreigen te komen wanneer de functie die hij bekleedt niet meer wordt uitgeoefend. De omstandigheid dat de verzoeker de functie waarin hij geaffecteerd is niet daadwerkelijk uitoefent maar integendeel geheel ander werk verricht, kan het bewijs bevatten dat er geen nood aan de verzoeker bestaat.

13. In het kader van het aangevoerd middel dient aldus onderzocht te worden of de bestreden beslissing en het dossier van de zaak er blijk van geeft dat het bestuur die beoordeling gemaakt heeft en of zij daarin een deugdelijke reden kon vinden om de aanvraag van de verzoeker te weigeren.

De enige verantwoording die te dien aanzien gegeven wordt betreft de vermelding dat “de encadreringssituatie in deze functie precair is binnen Defensie” en dat de huidige en de te verwachten tekorten wegens oppensioenstellingen en reeds toegestane VOP het leger niet toelaten nog risico’s te nemen om competenties te verliezen. Dergelijke algemene stellingname -die ook niet met gegevens in het administratief dossier nader onderbouwd wordt- komt neer op een stijlformule die de verzoeker niet toelaat een concreet zicht op de encadreringssituatie en zijn plaats daarin te krijgen. Met dergelijk motief herhaalt de verwerende partij alleen maar wat reeds in de wet zelf besloten ligt, te weten dat de encadreringsbehoeften voor de vermelde beroepsgroepen onder druk staan. Zij verliest geheel uit het oog dat de wet in de mogelijkheid voorziet om ook voor bedreigde functies de VOP toch nog toe te kennen en dat zij moet kunnen aangeven waarom het belang van de dienst vereist dat precies de verzoeker van het gunstregime uitgesloten moet worden: als aanvrager van de VOP heeft de verzoeker er recht op te weten welke gegevens rechtvaardigen dat precies hij, wegens de functie die hij bekleedt, niet mag vertrekken. De bestreden beslissing laat niet toe die informatie te verkrijgen. Integendeel, uit het advies van de commandanten van de verzoeker blijkt dat het vertrek van de verzoeker geen enkel probleem zal stellen.

Op grond van de bestreden beslissing en het dossier dat daaromtrent wordt overgelegd kan niet uitgemaakt worden dat de verwerende partij een deugdelijke reden heeft om de verzoeker, tewerkgesteld in een uitgesloten functie, niet uit de krijgsmacht te laten vertrekken.

De verwerende partij bewijst niet dat de bestreden beslissing genomen is volgens de voorschriften van de wet van 22 december 2008. Het berust aldus niet op rechtsgeldige motieven.

14. Het middel is ernstig.

Moeilijk te herstellen ernstig nadeel

Standpunt van de partijen

15. De verzoeker zet uiteen dat hij wegens de bestreden beslissing verplicht wordt in het leger te blijven. Hij staat aldus de indiensttreding van jonge collega's in de weg. Het indienen van zijn annulatieberoep zal hem door zijn oversten niet in dank worden afgenomen, zijn collega's zullen twifelen aan zijn motivatie en hij zal verder moeten werken zonder adequate opleiding en vorming. Hij wijst voorts ook op zijn persoonlijke en familiale situatie.

16. De verwerende partij stelt in haar nota met opmerkingen dat het loutere feit van het in dienst blijven -de normale situatie van een militair- de verzoeker geen nadeel kan berokkenen. De algemeenheden omtrent zijn werksituatie, voor zover ze al gekoppeld worden aan de bestreden beslissing, kunnen geen schorsing rechtvaardigen.

Beoordeling

17. Met de bestreden beslissing wordt de verzoeker gedwongen om langer in dienst te blijven, terwijl de wet van 22 december 2008 hem uitzicht gaf op

een vervroegde uittreding. Dit verplicht langer in dienst blijven, in het geval dat de verzoeker voor zichzelf uitgemaakt had dat hij de krijgsmacht wenste te verlaten -zeker nu de rechtstreeks betrokken overheden van de verzoeker zijn vertrek gunstig hadden geadviseerd- kan als een nadeel worden beschouwd waarvan de verzoeker niet langer dan strikt noodzakelijk op het herstel moet wachten. De voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel is vervuld.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 22 december 2011 van de minister van Landsverdediging waarbij de aanvraag van Herwig Volckaert om toegelaten te worden tot het stelsel van de vrijwillige opschorting van de prestaties wordt geweigerd.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 juni 2012, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Daniël Moons,	staatsraad,
Jeroen Van Nieuwenhove,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

André Vandendriessche