

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

nr. 233.230 van 11 december 2015

in de zaak A. 217.691/XIV-36.799

In zake: Frank BELS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Vande Castele
kantoor houdend te 2900 Schoten
Klamperdreef 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Defensie

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 november 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissingen dd. 23 november 2015 van de ‘deliberatiecommissie van de voortgezette vorming’, bevat in een nota die bepaalt als volgt ‘in hoofddorde’: ‘Aangezien betrokkene niet als ‘niet geslaagd’ kan worden beschouwd, kan de deliberatiecommissie vandaag geen beslissing ten gronde nemen in de zin van Art. 39bis van het KB van 12 Aug 03”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 december 2015, om 10.30 uur.

Staatsraad Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Philippe Vande Castele, die verschijnt voor verzoeker, en kapitein-commandant van het Vliegwezen Maarten Kerckhofs, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Geert De Bleeckere 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

3.1. Het feitenrelaas is uitvoering beschreven in het arrest nr. 232.537 van 13 oktober 2015 en aangevuld in het arrest nr. 232.688 van 23 oktober 2015. Er wordt naar verwezen.

3.2. Na het arrest nr. 232.688 vraagt verzoeker met een e-mail van zijn raadsman van 26 oktober 2015 aan de deliberatiecommissie van de voortgezette vorming (hierna: de deliberatiecommissie) enerzijds om dringend door deze commissie te worden gehoord en anderzijds om de voorzitter en de leden van de deliberatiecommissie te wraken.

Op 29 oktober 2015 vraagt verzoekers raadsman aan de directeur-generaal Human Resources (hierna: de DGHR) diens beslissing van 6 oktober 2015, waarmee verzoekers vraag om de zaak door de DGHR te laten beoordelen als niet-ontvankelijk werd afgewezen, in te trekken en het beroep conform artikel 40bis, § 2 van het koninklijk besluit van 12 augustus 2003 ‘betreffende de voortgezette vorming van de officieren van het actief kader van de

krijgsmacht en de beroepsproeven voor de bevordering tot de graad van majoor' (hierna: het koninklijk besluit van 12 augustus 2003) in te willigen.

De directeur VKHO stelt verzoeker op 29 oktober 2015 in kennis van de samenstelling van de deliberatiecommissie en van de geplande hoorzitting op 12 november 2015. Verzoeker bevestigt dezelfde dag aanwezig te zullen zijn op de hoorzitting.

Op 3 november 2015 roept de commandant van de KMS als voorzitter de deliberatiecommissie bijeen met het oog op de voorbereiding van de hoorzitting. Met een brief van 4 november 2015 deelt de voorzitter van de deliberatiecommissie aan verzoeker mee, met vermelding van de motieven, dat er geen reden is om diens verzoek tot wraking van de voorzitter en de leden van de deliberatiecommissie in te willigen.

De hoorzitting vindt plaats op 12 november 2015.

Op 23 november 2015 beslist de deliberatiecommissie op omstandig gemotiveerde wijze het volgende:

“1. In hoofddorde

Aangezien betrokkene niet als ‘niet geslaagd’ kan worden beschouwd, kan de deliberatiecommissie vandaag geen beslissing ten gronde nemen in de zin van Art 39*bis* van het KB van 12 Aug 03.

De omstandigheid dat betrokkene de proef niet kan afleggen wegens zijn ernstige ziekte, vormt geen geldig motief om af te wijken van de reglementaire bepalingen.

2. In ondergeschikte orde

a. Cdt IMM (Res) BELS is NIET in zijn proefschrift geslaagd.

b. Cdt IMM (Res) BELS is definitief mislukt in de beroepsproeven voor de bevordering tot de graad van majoor”

Dit is de bestreden beslissing.

3.3. Verzoeker deelt met een e-mail van zijn raadsman van 24 november 2015 de intentie mee om beroep in te dienen tegen deze laatste beslissing.

Per e-mail van 26 november 2015 deelt de verwerende partij aan de raadsman van verzoeker mee “dat dit beroep schriftelijk gemotiveerd dient te zijn en moet ingediend worden binnen de vijf werkdagen volgend op de dag van de betekening van de beslissing van de deliberatiecommissie”.

Op 30 november 2015 dient verzoeker een schriftelijk en gemotiveerd beroep in bij de DGHR, nog dezelfde dag gevolgd door een aanvullend beroep.

De DGHR deelt op 2 december 2015 aan verzoeker mee dat de hoorzitting zal plaatsvinden op 16 december 2015.

IV. Exceptie van niet-ontvankelijkheid - voorwerp van de vordering

Standpunt van de partijen

4. Anticiperend op mogelijke excepties, laat verzoeker in het inleidend verzoekschrift gelden dat de bestreden beslissing tot gevolg heeft dat hij eerst nog voor de “examencommissie” de proef moet afleggen, meer bepaald eenmaal hij is hersteld “na het wegvallen van de medische ongeschiktheid” en dat hij anders niet “geslaagd” kan worden verklaard voor de beroepsproeven. Met verwijzing naar de “agressieve kankeraandoening” waaraan hij lijdt, de “postoperatieve palliatieve chemotherapie” die hij volgt en het feit dat “het levenseinde nadert”, alsook naar de recente verergering van zijn toestand en zijn hospitalisatie wegens complicaties, voert verzoeker aan dat hij “in de feitelijke (medische) onmogelijkheid [verkeert] om ooit nog deel te nemen aan de voor de examencommissie nog af te leggen proeven”. De bestreden beslissing, die tot een verder uitstel leidt, berokkent verzoeker dus wel degelijk een nadeel.

Vermits de bestreden beslissing, zoals de deliberatiecommissie zelf heeft bepaald, geen beslissing is in de zin van artikel 39*bis* van het koninklijk besluit van 12 augustus 2003, is verzoeker van oordeel dat hij het in artikel 40*bis*,

§ 2, van dat besluit voorziene beroep niet moet aanwenden tegen deze specifieke beslissing en dat hij derhalve de Raad van State kan vatten.

Verzoeker merkt verder op dat het tweede administratief beroep bij de DGHR geen werkingsregels kent die een voldoende onpartijdige en deskundige werking garanderen en dat de leden ervan niet kunnen worden gewraakt. Er is ook geen beslissingstermijn voorzien. De toegang tot de rechter en de daadwerkelijke rechtshulp, gewaarborgd door de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 juni 1950 (hierna: het EVRM), worden dan ook beperkt door het tweede administratief beroep. Derhalve meent verzoeker dat de Raad van State met toepassing van artikel 159 van de Grondwet de toepassing moet weigeren van de artikelen 39*bis*, § 2 en 40*bis*, § 2, van het koninklijk besluit van 12 augustus 2003, temeer omdat de Koning zijn beperkte uitvoeringsbevoegdheid schendt door zelf zomaar te voorzien in een “2^{de} bestuurlijk beroep, in te stellen met een gemotiveerd beroep binnen 5 werkdagen bij DGHR”. Artikel 182 van de Grondwet voorziet dat de wetgever het statuut van de militairen bepaalt en de artikelen 26*bis* en 40 van de wet van 1 maart 1958 ‘betreffende het statuut van de beroepsofficieren van de krijgsmacht’ machtigen de Koning niet tot het voorzien in het voornoemd tweede administratief beroep.

Verzoeker haalt betreffende de ontvankelijkheid van een vordering bij de Raad van State ook nog aan dat de ontvankelijkheidsvoorwaarden er niet toe mogen leiden dat het recht op toegang tot de rechter zodanig wordt beperkt dat de kern ervan wordt aangetast. De Raad van State is bevoegd om op grond van de elementen eigen aan de specifieke zaak te oordelen of de niet-ontvankelijkheid van een verzoekschrift bestaanbaar is met het recht op toegang tot de rechter. De huidige betwisting is ontstaan in 1997-1998 en niet afgesloten, zodat de schending van de redelijketermijnvereiste van artikel 6 van het EVRM vaststaat. Artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State legt volgens verzoeker niet de verplichting op om de administratieve beroepen uit te putten. Op grond van de elementen, eigen aan de huidige zaak, wordt het recht

op daadwerkelijke rechtshulp geschonden indien de toegang tot de Raad van State wordt ontzegd wegens het niet doorlopen van het tweede administratief beroep bij de DGHR en dit gezien de bijzonder slechte gezondheidstoestand van verzoeker, die het recht heeft om bij leven uitsluitel te krijgen over de vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen. Verzoeker acht de uitputting van het tweede administratief beroep te dezen onredelijk en in strijd met de behoorlijke rechtsbedeling.

De omstandigheid dat verzoeker een administratief beroep bij de DGHR heeft ingediend, ontnemt hem niet zijn belang bij de afhandeling van het beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State.

5. In de nota met opmerkingen werpt de verwerende partij bij wijze van exceptie op dat op basis van artikel 40*bis*, § 2, tweede en derde lid, van het koninklijk besluit van 12 augustus 2003 tegen de beslissing van de deliberatiecommissie een beroep mogelijk is bij de DGHR. De regelgever inzake heeft voorzien in een tweede administratief beroep, nadat in een eerste administratief beroep de deliberatiecommissie zich al heeft uitgesproken over de voorgelegde beoordelingen en vaststellingen in de zin van artikel 39*bis* van het koninklijk besluit van 12 augustus 2003. Volgens de verwerende partij is er dus sprake van een georganiseerd administratief beroep in twee fasen en verzoeker heeft gebruikgemaakt van die beroepsmogelijkheid door op 30 november 2015 een beroepsverzoekschrift en nog een aanvullend beroepsverzoekschrift in te dienen. Een jurisdictioneel beroep bij de Raad van State is slechts mogelijk na het afronden van de tweede fase van het georganiseerd administratief beroep. De DGHR heeft zich nog niet uitgesproken over het door verzoeker ingediende beroep en de bestreden beslissing is geen in laatste aanleg genomen beslissing die op ontvankelijke wijze kan worden aangevochten voor de Raad van State.

Volgens de verwerende partij voldoet verzoekers betoog over de ontvankelijkheid van de vordering niet. Al is de bestreden beslissing “in hoofdorde” inderdaad geen beslissing “in de zin van artikel 39*bis* van het KB van

12 augustus 2003”, het betreft een ontvankelijkheidsbeslissing die de deliberatiecommissie heeft genomen, ook rekening houdende met het gezag van gewijsde van ’s Raads arrest nr. 232.688 van 23 oktober 2015. De verwerende partij wijst op de devolutieve werking van het administratief beroep waardoor de DGHR het dossier volledig zal moeten onderzoeken en zich niet moet beperken tot de exceptie van niet-ontvankelijkheid in de bestreden beslissing.

De verwerende partij vervolgt dat artikel 139/1, tweede lid, 3°, van de wet van 28 februari 2007 ‘tot vaststelling van het statuut van de militairen en kandidaat-militairen van het actief kader van de Krijgsmacht’ (hierna: de wet van 28 februari 2007) voorziet dat “de Koning, de regels inzake deelneming, de programma’s en de inrichting bepaalt”. Op basis van deze bepaling mag de Koning zeker voorzien in een georganiseerd administratief beroep, ook in twee fasen.

Met een chronologisch overzicht van de feiten tracht de verwerende partij verder aan te tonen dat de deliberatiecommissie geenszins de redelijke termijn heeft miskend om tot de bestreden beslissing te komen.

Tot slot is de verwerende partij op grond van een chronologisch overzicht van de feiten van oordeel dat verzoeker zelf het “tijdsverlies” in zijn dossier in de hand heeft gewerkt. Zo heeft verzoeker een omstandig verzoek tot wraking ingediend, heeft hij op de zitting van de deliberatiecommissie van 12 november 2015 een omstandige nota met grieven overgelegd, heeft hij op 30 november 2015 een beroepsverzoekschrift en een aanvullend beroepsverzoekschrift bij de DGHR ingediend met in totaal 9 middelen en heeft hij parallel daaraan een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld bij de Raad van State, waarin hij 7 identiek dezelfde middelen aanvoert als bij de DGHR. Daardoor kon de DGHR niet anders dan de hoorzitting pas op 16 december 2015 vast te leggen.

Beoordeling

6. De Raad van State kan in een kort geding en *a fortiori* in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts een beperkt onderzoek wijden aan ontvankelijkheidsexcepties. Een verzoekende partij kan er zich immers minder behoorlijk tegen verweren dan in een procedure ten gronde. Daarom past het in een kort geding dat de Raad van State deze excepties eerder zou verwerpen dan aannemen tenzij indien zijn beperkt onderzoek uitwijst dat een dergelijke exceptie een hoge graad van ernst vertoont.

A. De beslissing “in hoofdorde”

7. Naar luid van artikel 39bis van het koninklijk besluit van 12 augustus 2003 worden, “wanneer de officier niet aan de in artikel 39 bedoelde criteria tot slagen heeft voldaan of wanneer hij, zonder geldige reden, niet aan een test of aan een eindexamen of aan het proefschrift heeft deelgenomen, [...] zijn beoordelingen en, in voorkomend geval, de vaststellingen aan de deliberatiecommissie van de voortgezette vorming bedoeld in artikel 40bis, § 1, voorgelegd [...]”.

Artikel 40bis, § 2, tweede en derde lid, van hetzelfde besluit bepaalt dat de beslissing van de deliberatie wordt gerechtvaardigd en aan de betrokken stagiair betekend. Deze kan een gemotiveerd beroep aantekenen bij de DGHR binnen vijf werkdagen na de betekening van de beslissing. Na de betrokken stagiair te hebben gehoord, kan de DGHR de beslissing van de deliberatiecommissie bevestigen of een nieuwe beslissing nemen.

In de bestreden beslissing stelt de deliberatiecommissie “in hoofdorde” vast dat, “aangezien betrokkene niet als ‘niet geslaagd’ kan worden beschouwd, [...] de deliberatiecommissie vandaag geen beslissing ten gronde [kan] nemen in de zin van Art 39bis van het KB van 12 Aug 03”.

Anders dan verzoeker voorhoudt, heeft de deliberatiecommissie hiermee op het eerste gezicht wel degelijk een beslissing genomen in het kader van het voornoemde artikel 39*bis*. Daaraan wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat zij heeft beslist nog geen beslissing ten gronde te kunnen nemen. De vraag of de deliberatiecommissie haar bevoegdheid correct heeft uitgeoefend en op wettige wijze kon beslissen dat zij geen beslissing ten gronde kon nemen, betreft de inhoud van haar beslissing en derhalve de eventuele ernst van de middelen doch is niet aan de orde bij het onderzoek van de ontvankelijkheid *ratione materiae* van de huidige vordering.

Uit het voorgaande volgt dat de “beslissing in hoofdorde” vatbaar is voor een (tweede) georganiseerd administratief beroep bij de DGHR op grond van artikel 40*bis*, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 12 augustus 2003. Dit beroep geeft de betrokkene de mogelijkheid reeds op het administratief niveau genoegdoening te krijgen vermits ingevolge de devolutieve werking van het administratief beroep de beroepsinstantie overgaat tot een nieuw onderzoek en zij haar beslissing kan steunen op andere gronden dan de overheid die de eerste beslissing heeft genomen, derwijze dat te dezen de beslissing van de DGHR volledig in de plaats komt van de beslissing van de deliberatiecommissie. De thans bestreden beslissing is op het eerste gezicht derhalve geen eindbeslissing die vatbaar is voor een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State, of voor een vordering tot schorsing, al dan niet bij uiterst dringende noodzakelijkheid, als *accessorium* ervan.

8. Verzoeker vraagt echter dat de Raad van State artikel 40*bis*, § 2, tweede en derde lid, van het koninklijk besluit van 12 augustus 2003 buiten toepassing zou verklaren op grond van artikel 159 van de Grondwet. Hij houdt voor dat er een gebrek aan rechtsgrond is, dat het beroep aan geen regels is onderworpen die een voldoende onpartijdig en deskundig oordeel waarborgen, dat geen mogelijkheid van wraking is voorzien en dat geen termijn is bepaald waarbinnen een beslissing moet worden genomen.

Artikel 139/1, tweede lid, 3°, van de wet van 28 februari 2007 bepaalt dat geen officier benoemd kan worden in de graad van majoor “indien hij niet geslaagd is voor de beroepsproeven waarvoor de Koning de regels inzake deelneming, de programma's en de wijze van inrichting bepaalt”. Op het eerste gezicht, en binnen het beperkte onderzoek in een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, lijkt die wettelijke bepaling rechtsgrond te bieden om de wijze van inrichting van de beroepsproeven te bepalen, met inbegrip van een georganiseerd (dubbel) administratief beroep. Eveneens op het eerste gezicht, lijkt het niet om een bepaling te gaan die in strijd is met artikel 182 van de Grondwet.

Verzoekers opmerking dat, ook omwille van zijn vergevorderde ziekte, de toegang tot de rechter en de behandeling van zijn zaak binnen een redelijke termijn in het gedrang komen door het tweede administratief beroep, doet geen afbreuk aan het feit dat de bestreden beslissing niet rechtstreeks bij de Raad van State kan worden aangevochten zonder dat administratief beroep uit te putten. Precies ingevolge dat administratief beroep en de devolutieve werking ervan, kan verzoeker immers een ruimere genoegdoening krijgen dan enkel de schorsing door de Raad van State van de bestreden beslissing. Uit de door beide partijen meegedeelde gegevens blijkt bovendien dat de DGHR het door verzoeker op 30 november 2015 ingestelde administratief beroep reeds op 16 december 2015 zal behandelen en dat dit zelfs nog sneller zou zijn gebeurd indien verzoeker de huidige vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet had ingesteld. Een schending van de redelijke termijn of een bovenmatige beperking van de toegang tot de rechter is te dezen op het eerste gezicht dus niet aan de orde. Tot slot, en voor zover een beslissing inzake het administratief beroep te lang op zich zou laten wachten, blijft verzoekers toegang tot de burgerlijke kortgedingrechter en diens rechtsbescherming onverlet.

9. De door de verwerende partij opgeworpen - maar desnoods ook ambtshalve op te werpen - exceptie vertoont een dergelijke graad van ernst dat ze reeds in de huidige stand van de procedure moet worden opgeworpen. Die exceptie is gegrond.

B. De beslissing “in ondergeschikte orde”

10. Vermits de vordering tegen de beslissing “in hoofdorde” niet-ontvankelijk is en die beslissing dus onverlet blijft gelden, dient de vordering tegen de beslissing “in ondergeschikte orde” niet te worden onderzocht.

Volledigheidshalve kan worden opgemerkt dat, voor zover de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ook tegen de beslissing “in ondergeschikte orde” is gericht, deze beslissing om de hiervoor uiteengezette redenen evenmin een eindbeslissing is en zij op het eerste gezicht dus evenmin voor de Raad van State kan worden aangevochten zonder uitputting van het in artikel 40*bis* van het koninklijk besluit van 12 augustus 2003 voorziene administratief beroep.

B. Conclusie

11. De vordering is niet-ontvankelijk.

V. Kosten

12. Wat de vraag van verzoeker tot toekenning van een rechtsplegingsvergoeding betreft, wordt de bijdrage in de betaling van de kosten bepaald in het arrest waarin uitspraak wordt gedaan over het beroep tot nietigverklaring.

BESLISSING

De Raad van State verwierpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van elf december tweeduizend vijftien, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Carlo Adams,

wnd. kamervoorzitter,
staatsraad,

bijgestaan door

Nick Hollevoet,

toegevoegd griffier.

De griffier

De voorzitter

Nick Hollevoet

Carlo Adams