

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.428 van 19 april 2016
in de zaak A. 207.361/XIV-35.739**

In zake : Jean-Paul TIMMERMAN
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Pascal Malumgré
 kantoor houdend te 3980 Tessenderlo
 Lichtveld 38/001
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Landsverdediging,
thans de minister van Defensie

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 17 december 2012, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing nr. MOD-12-007651 van de minister van Landsverdediging van 25 september 2012 houdende weigering van de aanvraag van een vrijwillige opschorting van prestaties (VOP).

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 223.118 van 5 april 2013 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

Verzoeker heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

Eerste auditeur Geert De Bleeckere heeft een verslag opgesteld.

Verzoeker heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 november 2015.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Verzoeker, bijgestaan door advocaat Pascal Malumgré, 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. De feiten zijn uiteengezet in het arrest nr. 223.118 van 5 april 2013.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. Verzoeker voert in het eerste middel van zijn enig verzoekschrift de schending aan “van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering’” (hierna: de motiveringswet).

Hij zet uiteen dat met toepassing van artikel 36, eerste lid, 11°, van de wet van 22 december 2008 ‘houdende diverse bepalingen’ (hierna: de wet van 22 december 2008) de militair van het actief kader de vrijwillige opschorting van de prestaties (hierna : de VOP) tot op zijn oppensioenstelling kan verkrijgen op voorwaarde dat hij geen functie uitoefent waarvoor een specifiek en zeldzaam competentieprofiel is vereist. In zijn aanvraag van 22 augustus 2011 heeft verzoeker verklaart dat hij “deel uitmaakt van de groep militairen die uitgesloten zijn van de VOP 2012”. Hij licht toe dat hij deze verklaring diende te ondertekenen omdat zijn korpscommandant van oordeel was dat hij niet tot de doelgroep behoorde. Hijzelf meent dat er in zijn geval genoeg redenen voorhanden zijn om wel opgenomen te worden in de doelgroep.

Verzoeker wijst er op dat de functies waarvoor een specifiek en zeldzaam competentieprofiel is vereist, uitdrukkelijk zijn opgesomd in artikel 36, 11° van de wet van 22 december 2008. Het aantal functies dat van de VOP is uitgesloten, is uitgebreid en de Koning is er bovendien toe gemachtigd die lijst aan te passen. In de regelgeving wordt echter niet bepaald om welke redenen de toelating tot de doelgroep kan worden aanvaard zodat “de bevoegdheid om te beslissen of een militair een functie uitoefent die een zeldzaam competentieprofiel vereist een louter arbitraire bevoegdheid [is]”. Verzoeker wijst op de bestreden beslissing die strekt tot intrekking van de eerste weigeringsbeslissing en waarbij die laatste wordt vervangen door een nieuwe weigeringsbeslissing

waarbij de verwerende partij “de motivering van de weigering heeft aangepast (wellicht gelet op het bepaalde in het arrest van 25 juni 2012)”. Verzoeker meent dat aldus “het” beginsel van behoorlijk bestuur is geschonden. Dat beginsel impliceert “het beginsel van redelijk bestuur, dat de manifeste beoordelingsfout uitsluit, de verplichting van de materiële motivering van elke bestuurshandeling, het verbod om arbitrair op te treden en de noodzaak om iedere beslissing te laten steunen op juiste, pertinente en toelaatbare motieven.”

Verzoeker stelt voorts dat het niet vereist is dat onomstotelijk vaststaat dat de motivering niet feitelijk correct is en dat het volstaat dat er ernstige reden is om te twijfelen aan de correctheid van de motivering opdat er sprake is van een schending van de formele motiveringsplicht. Wat de motieven van de bestreden beslissing betreft, voert verzoeker aan dat, in tegenstelling tot wat de verwerende partij voorhoudt, er “binnen de eenheid van verzoeker van de 14 voorziene functies van *mission planners* niet slechts 10 functies bezet zijn.” Verzoeker brengt een lijst bij waaruit blijkt dat er op datum van 25 oktober 2012, dit is de dag dat de bestreden beslissing aan verzoeker werd betekend, 14 *mission planners* waren én 2 officieren die de vorming van *mission planner* doorlopen hebben zodat ook zij de functie kunnen uitoefenen.

5. In zijn memorie van wederantwoord herneemt verzoeker zijn argumentatie en benadrukt dat de ongunstige adviezen verstrekt door adjudant M. en majoor C. waarnaar de bestreden beslissing verwijst, reeds waren ingevuld nog vooraleer verzoeker zijn aanvraag ondertekende. Verzoeker brengt nog een per 31 juli 2013 geactualiseerde lijst van *mission planners* in zijn eenheid bij. Daaruit moet blijken dat er op die datum wel degelijk 14 ‘*OOffr Mission Support - Mission Planning*’ (code AS31P) in zijn eenheid aanwezig zijn en dat er dus, anders dan de verwerende partij stelt, geen tekort is aan personen met de kwalificaties van verzoeker. Het voorgaande blijkt volgens verzoeker nog uit het feit dat de verwerende partij toelaat dat in 2012 in het 350^{ste} smaldeel in Florennes Adjudant-Chef D. C. de *mission planning* mag verlaten om een andere functie uit te oefenen zodat de verwerende partij niet kan volhouden in feite en in

rechte dat er een tekort aan *mission planners* is aangezien zij zelf welbewust heeft bijgedragen aan dit tekort. Verzoeker wijst er tot slot op dat begin januari (2014) een volgende opleidingssessie *OOffr Mission Support – Mission Planning* voor een duur van 6 maanden start waaraan normaal gezien een 25-tal personen deelnemen.

In zijn laatste memorie herneemt verzoeker hetgeen hij in zijn memorie van wederantwoord heeft uiteengezet.

Beoordeling

6. Verzoeker voert in het eerste middel de schending aan van de motiveringswet. Uit de uiteenzetting van het middel kan worden afgeleid dat hij in wezen de schending van de materiële motiveringsplicht aanvoert. Verzoeker stelt niet de motieven niet te kennen. Hij uit inhoudelijke kritiek op de bestreden beslissing in zoverre daarin wordt gesteld dat er binnen verzoekers' eenheid (zijnde "de 10 W Tac"):

"[...]

41 functies mission planners [zijn] voorzien, waarvan slechts 10 functies bezet zijn, de 4 onderofficieren in vorming zijn hierin inbegrepen. Dat een van deze 4 onderofficieren u zal vervangen, is derhalve niet correct daar zij allen reeds een functie bezetten. Er zijn dus nog steeds 4 functies die niet ingevuld zijn. Het tekort aan mission planners in de eenheid is dus aanzienlijk. Bovendien bent u samen met een collega de enige twee militairen met maturiteit in deze materie.

De volgende gespecialiseerde sessie om nieuwe mission planners te vormen start in 2013 en zelfs met deze sessie zullen niet alle functies binnen de 10 W Tac bezet worden gezien het globaal tekort binnen Defensie. Gezien er globaal in Defensie geen mission planners in overtal zitten, is het eveneens onmogelijk om u door iemand anders te laten vervangen indien u in VOP zou vertrekken, zonder de operationaliteit van andere eenheden in het gedrang te brengen."

Het middel wordt vanuit dit oogpunt onderzocht.

7. De materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in

aanmerking kunnen worden genomen. Bij de beoordeling van de naleving van de materiële motiveringsplicht is de Raad van State niet bevoegd om zijn oordeel omtrent de feiten in de plaats te stellen van het oordeel van de administratieve overheid. Hij is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen. Voorts mag enkel met de formeel uitgedrukte motieven rekening worden gehouden.

8. Onder de in artikel 36 van de wet van 22 december 2008 bepaalde voorwaarden, kan de militair van het actief kader zijn vrijwillige opschorting van de prestaties tot zijn oppensioenstelling verkrijgen. Deze mogelijkheid staat niet open voor alle militairen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat er voorwaarden zijn gesteld om de uitvoering van de opdrachten van het ministerie van Landsverdediging niet in gevaar te brengen en om deze vertrekken te kunnen beheren (*Parl. St.*, Kamer 2008-2009, nr. 1608/1, 29). Met dat doel sluit artikel 36, eerste lid, 11°, van de voornoemde wet van 22 december 2008 een aantal functies uit van het systeem, met name voor de militair die een “functie uitoefent waarvoor een specifiek en zeldzaam competentieprofiel is vereist”. Het betreft groepen militairen die kritieke functies uitoefenen (*Parl. St.*, Kamer 2008-2009, nr. 1608/1, 32). Deze uitsluiting is evenwel niet absoluut, aangezien de militair die een “uitgesloten functie” bekleedt, krachtens artikel 36, tweede lid, van de wet van 22 december 2008, aan het bestuur kan vragen deel uit te maken van de doelgroep. Het bestuur zal daar over oordelen, rekening houdend met de noden van de encadrering. Om een militair de toelating tot het stelsel van de VOP te weigeren, zal het bestuur moeten 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. Deze beoordeling is een discretionaire bevoegdheid van de minister.

9. Artikel 36, eerste lid, 11°, s), van de wet van 22 december 2008 bepaalt dat de betrekking van “onderofficier *Air Mission Support*” een functie is waarvoor een specifiek en zeldzaam competentieprofiel is vereist. Niet wordt betwist dat verzoeker de functie uitoefent van onderofficier “*Mission planning*”, noch dat dit een betrekking is die valt onder de functie van “onderofficier *Air Mission Support*”.

Verzoeker beperkt zich in zijn middel tot het bekritisieren van de feitelijke juistheid van het aantal “*mission planners*” in zijn eenheid, zodat de Raad zich inzake zijn onderzoek van de motieven van de bestreden beslissing ook tot dit onderzoek beperkt.

Uit de door de verwerende partij bijgebrachte tabellen blijkt dat slechts tien (waaronder verzoeker) en niet veertien militairen, de functie uitoefenen van “*Mission Planning*” (code AS31P). Dit stemt overeen met wat is uitgedrukt in de bestreden beslissing. De overige militairen die verzoeker aanwijst, bekleden blijkbaar een andere functie uit de categorie van de “onderofficier *Air Mission Support*”. Zelfs aangenomen dat verzoeker met zijn kritiek zou doelen op het feit dat ter beoordeling van zijn aanvraag alle militairen moeten worden meegerekend die de functie van “onderofficier *Air Mission Support*” uitoefenen zonder onderscheid naar specialisatie, blijkt uit de door de verwerende partij neergelegde stukken dat hoe dan ook zowel in verzoekers eenheid, als op het niveau van Defensie in zijn geheel, er een tekort is aan militairen die de functie uitoefenen van “onderofficier *Air Mission Support*”. De verwijzing door verzoeker naar het feit dat twee officieren de vorming van “mission planner” hebben doorlopen, is te dezen niet relevant al was het maar omdat deze militairen een ander graadniveau bekleden en dus niet kunnen begrepen worden onder de categorie van de “onderofficier *Air Mission Support*”.

De kritiek van verzoeker in zijn verzoekschrift dat binnen zijn eenheid veertien “*mission planners*” aanwezig zijn, mist derhalve feitelijke grondslag en de vaststelling dat er een tekort is aan “*mission planners*” is niet

onverenigbaar met de vaststelling dat uit het dossier blijkt dat er globaal genomen bij Defensie een tekort is aan “onderofficieren *Air Mission Support*”.

10. In zijn memorie van wederantwoord benadrukt verzoeker dat de ongunstige adviezen die verstrekt werden door adjudant M. en majoor C. “reeds ingevuld waren vooraleer verzoeker zijn aanvraag ondertekende”. Die kritiek doet er niet aan af dat er wel degelijk een tekort aan “*mission planners*” is zodat daaruit ook geen invloed op (het motief van) de bestreden beslissing kan worden afgeleid.

Die bewering volstaat derhalve niet om aan te tonen dat er een schending is van de materiële motiveringsplicht.

11. De geplande opleidingssessie 2014 waarnaar verzoeker in zijn memorie van wederantwoord nog verwijst, is in die zin niet relevant nu de verwerende partij zich in rechte en in feite slechts kon baseren op de feitelijke toestand zoals die bestond op het tijdstip dat de bestreden beslissing werd genomen, dit is op 25 september 2012. Hetzelfde geldt voor de per 31 juli 2013 geactualiseerde lijst van “*mission planners*” (code AS31P) die verzoeker met zijn memorie van wederantwoord bijbrengt. Bovendien moet worden vastgesteld dat verzoeker zelf op die geactualiseerde lijst voorkomt en dat er ook een KPL (korporaal, en dus geen onderofficier) vermeld wordt met code AS31P zodat indien hem op 25 september 2012 een VOP was toegestaan, er wel degelijk sprake was van een tekort.

Dat er in zijn eenheid op 31 juli 2013 geen tekort aan onderofficieren “*mission planners*” is, mist bijgevolg feitelijke grondslag.

12. Tot slot verwijst verzoeker in zijn memorie van wederantwoord nog naar de “functiewijziging van Adjt-chef [C.] in 2012”. Los van de vaststelling dat die bewering niet wordt gestaafd, breidt verzoeker aldus zijn eerste middel uit zonder dat hij aannemelijk maakt dat hij van deze

functiewijziging geen kennis had of kon hebben op het ogenblik dat hij zijn verzoekschrift heeft ingediend.

In die mate is zijn repliek niet ontvankelijk.

13. In de mate verzoeker in het middel kritiek uitoefent op de mogelijkheid voor de Koning om de lijst van functies die niet voor de VOP in aanmerking komen, uit te breiden en de machtiging om te beslissen of een militair die een functie uitoefent die een zeldzaam competentieprofiel vereist, een louter arbitraire bevoegdheid betreft en dat de wet evenmin bepaalt om welke redenen de toelating tot de doelgroep (alsnog) kan worden aanvaard, ontsnapt deze kritiek op de wetsbepaling aan de beoordelingsbevoegdheid van de Raad van State.

14. Het middel is in de mate waarin het ontvankelijk is, ongegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. In zijn verzoekschrift voert verzoeker een schending aan “van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald van het gelijkheidsbeginsel”.

Hij zet uiteen dat een schending van het gelijkheidsbeginsel voorligt “indien men personen die zich in ongeveer dezelfde situatie bevinden, op een andere manier behandelt zonder dat daar een objectieve en redelijke verantwoording voor is.” Verzoeker ziet zich te dezen geconfronteerd met een weigering om tot de doelgroep te mogen behoren en aanspraak te maken op een VOP “daar waar vroeger personeelsleden in vrijwel exact dezelfde situatie wel mochten vertrekken in het kader van de VOP.” Hij meent voorts dat hij niet moet instaan of het slachtoffer mag worden voor de tekorten in zijn specialisatie en het

falend personeelsbeleid van de verwerende partij. Verwijzend naar rechtspraak meent verzoeker dat een overheid zoals de verwerende partij, dient aan te tonen dat zij in het verleden inspanningen heeft geleverd om het personeelstekort te verhelpen, alsook dat het personeelstekort haar onverwacht overvalt. Als de verwerende partij van de voorgaande omstandigheden niet het bewijs levert, kan zij zich niet deugdelijk beroepen op een personeelstekort. Er bestaat geen objectief verantwoord argument voor dit flagrant verschil in behandeling tussen de personen die reeds met VOP mochten vertrekken en verzoeker.

16. In zijn memorie van wederantwoord concretiseert verzoeker de bedoelde schending door te verwijzen naar de situatie van adjudant V., met dezelfde rang en functie als verzoeker, die met ingang van 1 juli 2011 wel een VOP zou hebben, terwijl de functie van verzoeker (zoals deze van adjudant V.) reeds sinds 2008 een knelpuntfunctie was. In zijn laatste memorie herneemt verzoeker wat hij in zijn eerdere procedurestukken heeft uiteengezet.

Beoordeling

17. Wanneer de schending van het gelijkheidsbeginsel wordt aangevoerd, komt het aan verzoeker toe voldoende concrete elementen aan te brengen die het mogelijk maken te onderzoeken of hij inderdaad ongelijk behandeld wordt ten aanzien van anderen die in een gelijke of minstens gelijkaardige situatie verkeren.

Te dezen beperkt verzoeker zich tot de algemene bewering dat vroeger personeelsleden “in vrijwel exact dezelfde situatie” wel mochten vertrekken in het kader van de VOP. In zijn memorie van wederantwoord verwijst hij naar de situatie van adjudant V “met dezelfde rang en functie” als verzoeker die een aanvraag deed “om in VOP te mogen vertrekken” in augustus 2010 en “zonder enig probleem” op datum van 1 juli 2011 mocht vertrekken.

Daargelaten de vraag of dit “nieuwe” gegeven (adjudant V. is reeds met ingang van 1 juli 2011 in VOP gegaan) nog op ontvankelijke wijze in de memorie van wederantwoord kan worden aangevoerd, moet worden vastgesteld dat die blote bewering - die niet wordt gestaafd noch nader wordt toegelicht -, niet volstaat om tot een schending van het gelijkheidsbeginsel te besluiten.

Verzoeker gaat er immers aan voorbij dat zijn functie ingevolge het voornoemde artikel 36, eerste lid, 11°, s), dat de functie van “onderofficier *Air Mission Support*” viseert, wordt beschouwd als een functie waarvoor een specifiek en zeldzaam competentieprofiel is vereist zodat hij principieel van vrijwillige opschorting van prestaties uitgesloten is wegens strijdigheid met het dienstbelang. Die (principiële) uitsluiting is evenwel niet absoluut en staat er niet aan in de weg dat de betrokken militair krachtens het tweede lid van diezelfde bepaling aan de directeur-generaal Human Resources de toelating kan vragen om alsnog deel uit te maken van de doelgroep. Een afwijking moet worden beoordeeld, geval per geval, in het raam van het dienstbelang rekening houdend met de noden van de encadrering en de verstoring van de goede werking van de dienst en dus desgevallend ook met een personeelstekort in de zogenoemde “uitgesloten functies”.

Uit het administratief dossier, namelijk uit de door de verwerende partij overgelegde tabellen, blijkt dat wat de onderofficieren “*Air Mission Support*” betreft, er negen verschillende functies (cq. specialisaties) zijn. Verzoeker is “onderofficier *Air Mission Support*” en oefent de functie “*Mission Planning*” (code AS31P) uit wijl Adjudant V. blijkens de toelichting van verwerende partij in haar laatste memorie - die door verzoeker niet wordt tegengesproken -, sedert 21 januari 2010 tot op de dag dat hij in VOP is vertrokken werkzaam was in de functie cq. specialisatie “*Air Intell*” (luchtvaartinlichtingen), aangeduid met een code AS31A. Uit de door de verwerende partij bijgebrachte tabellen blijkt voorts nog dat er over heel Defensie (“*All defense*”) van die laatste functie “*Air Intell*” (AS31A) 51 als “bestaand” en

27 als “voorzien” worden vermeld wijl er van de functie “*Mission Planning*” (AS31P) 28 als “bestaand” en 41 als “voorzien” worden vermeld hetgeen veeleer op een omgekeerde verhouding lijkt te wijzen. De verwerende partij mag dan ook worden gevolgd waar zij in haar laatste memorie repliceert dat “verzoeker zijn situatie niet kan worden vergeleken met een andere officier die weliswaar dezelfde graad heeft maar een andere functie uitoefende.”

18. Verzoeker kan tot slot niet worden gevolgd waar hij meent dat het argument dat hij niet het slachtoffer mag worden van een falend personeelsbeleid, op zich aantoonde dat er *ipso facto* een schending van het gelijkheidsbeginsel is.

Vooreerst wijst de verwerende partij er terecht op dat uit de door verzoeker aangebrachte gegevens blijkt dat de verwerende partij wel degelijk een actief beleid gevoerd heeft om het tekort aan “*mission planners*” door opleiding of recrutering weg te werken of toch minstens te beperken.

Het middel mist in die mate dan ook feitelijke grondslag.

19. Bovendien verliest verzoeker weerom uit het oog dat, anders dan het geval was in de rechtspraak waarnaar hij verwijst, zijn functie krachtens de wet principieel is uitgesloten van de VOP wegens strijdigheid met het dienstbelang en dat een afwijking op die principiële uitsluiting enkel kan worden toegestaan wanneer het belang van de dienst zich daartegen niet verzet of daarmee niet onverenigbaar is.

Het “argument” dat verzoeker niet het slachtoffer mag worden van het feit dat een bestuur zoals de verwerende partij, in het verleden geen of onvoldoende inspanningen leverde om het personeelstekort te vermijden - wat te dezen niet aan de orde is -, kan bezwaarlijk verantwoorden dat het bestaande tekort - tegen het dienstbelang in -, nog zou worden vergroot door een afwijking toe te staan.

20. Het middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. Verzoeker wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negentien april tweeduizend zestien, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Kaat Leus,	staatsraad,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques