RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

nr. 248.187 van 28 augustus 2020
in de zaak A. 225.232/IX-9682

In zake : XXXX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Vande Casteele
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 het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 16 mei 2018, strekt tot de nietigverklaring van:
- de beslissing van 20 april 2018 van de minister van Defensie tot verbreking van ambtswege van de dienstneming van XXXX als kandidaat-beroepsonderofficier;
- de beslissing van 19 februari 2018 van de commandant van de koninklijke school voor onderofficieren houdende de preventieve verwijdering van XXXX.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Geert De Bleeckere heeft een verslag opgesteld.

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

Met akkoord van alle partijen is de zaak behandeld overeenkomstig artikel 3 van koninklijk besluit nr. 12 van 21 april 2020 ‘met betrekking tot de verlenging van de termijnen van de rechtspleging voor de Raad van State en de schriftelijke behandeling van de zaken’.

Eerste auditeur Geert De Bleeckere heeft advies gegeven.

Ingevolge de mededeling van dit advies aan de partijen op 29 mei 2020, is het debat gesloten en is de zaak in beraad genomen.

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. Verzoeker heeft op 16 oktober 2017 de vorming van kandidaat-beroepsonderofficier (hierna ook: KBOO) ook aangevat in de koninklijke school voor onderofficieren (hierna: KSOO). Hij maakt deel uit van peloton B40 bestaande uit kandidaten van landmacht en luchtmacht.

3.2. Begin februari 2018 wordt de commandant van de KSOO via een brief van een grootvader van één van de kandidaat-beroepsonderofficiers in kennis gesteld van pestgedrag binnen peloton B40. De commandant van de KSOO vat de feiten als volgt samen:

> “1. Op Di 06 Feb 18 ontving ik met de post een brief van de heer […], grootvader van Kpl-KBOO [X], waarin mij ernstige feiten van pesterijen ter kennis werden gebracht. Het ging om een afschrift van een brief die gericht

was aan Majoor SBH […], Commandant DMV in de KSOO. Kpl [X] zou al ettelijke weken het mikpunt zijn van psychische en fysieke intimidatie vanwege enkele medeleerlingen in zijn peloton, met het doel om hem ertoe aan te zetten de vorming te verlaten. Een afschrift van deze brief is toegevoegd in Aanh 1.
2. Het gaat hier over het peloton B40, geïncorporeerd op 16 Okt 17. De PlComd is OLt […]. De andere kaderleden zijn 1SgtMaj […], 1Sgt […], Sgt […] en Sgt […]. Het peloton behoort tot de B Compagnie, bevolen door Kapt […]. De B Cie behoort tot het Departement Militaire Vorming, bevolen door Majoor SBH […].
3. Maj […], die dezelfde brief had ontvangen, heeft onmiddellijk een intern onderzoek bevolen door Lt […], 2 Comd B Cie, waarvan u de neerslag in Aanh 2 vindt. Dit summiere onderzoek heeft de volgende feiten aan het licht gebracht:
a. Er zijn minstens negen leerlingen betrokken, als dader of mededader, bij de ter kennis gebrachte feiten. Het gaat om de kandidaten [verzoeker], […].
b. Kpl [verzoeker] werd door het slachtoffer aangeduid als de spilfiguur in de feiten en heeft toegegeven deelgenomen te hebben aan twee nachtelijke bezoeken aan Kpl [X], in de nacht van 23/24 Jan en 25/26 Jan 18.
c. Reeds in Dec 17 was een andere leerling, Kpl […], het mikpunt van fysiek geweld door een zestal leerlingen, waaronder Kpl [verzoeker]. Kpl [verzoeker] zou zelfs een tand hebben uitgeslagen bij het slachtoffer.
d. Een kamergenoot van Kpl [X], Kpl […], heeft bevestigd dat er herhaalde keren en op een aanhoudende manier verbaal geweld is gebruikt tegen Kpl [X] door Kpl [verzoeker]. Kpl […] heeft een film, weliswaar van zeer slechte kwaliteit, gemaakt van een nachtelijke raid tegen Kpl [X] en is er 100 % zeker van dat Kpl [verzoeker] een dader was van deze nachtelijke bezoeken.
e. Andere medeleerlingen […] hebben tijdens het intern onderzoek bevestigd dat Kpl [verzoeker] zich schuldig heeft gemaakt aan psychologische pesterijen en verbaal geweld jegens Kpl [X].
[…]”

3.3. Op 9 februari 2018 ontvangt de commandant van de KSOO de resultaten van het intern onderzoek en de individuele verklaringen van de leden van peloton B40 met betrekking tot de voormelde feiten.

3.4. Op 14 februari 2018 heeft de commandant van de KSOO een onderhoud met de onderluitenant die pelotonscommandant is van peloton B40, in het bijzijn van zijn compagniecommandant en officier S1, verantwoordelijk voor het personeel binnen de KSOO. Na dit gesprek beslist de commandant van de KSOO om de pelotonscommandant uit zijn functie te ontheffen en om hem een

mutatie op te leggen. In deze nota ‘Ter beschikking stelling van een kaderlid KSOO’ stelt de commandant van de KSOO daarover:

> “a. De CieComd noch Comd DMV werd op de hoogte gebracht van de pestproblemen in het Pl, die nochtans al aansleepten van bij het begin van de vorming. In Dec 17 was er al minstens één nachtelijk bezoek gebracht aan een kandidaat door pestende medekandidaten, waarvan het kader op de hoogte was. Er werd slechts in allerlaatste instantie (eind Jan 18) door de PlAdj, 1SgtMaj […], een beroep gedaan op een vertrouwenspersoon om te trachten een oplossing te vinden. OLt […] geeft toe dat hier een inschattingsfout werd gemaakt,
> b. De PlComd heeft bevestigd dat het kader, na het voorval in Dec 17, ernstige verdenkingen had jegens enkele kandidaten, waaronder de kandidaat die uit Ref 1 naar voor is gekomen als de spilfiguur in de pesterijen. Deze kandidaat werd echter nooit geconfronteerd met de verdenkingen en er werden dus ook geen corrigerende maatregelen genomen. Ik meen dat betrokkene dat heeft kunnen ervaren als een aansporing om zijn praktijken voort te zetten.
> c. Het kader van het Pl heeft de Sit in het Pl volledig verkeerd ingeschat. De Offr die het interne onderzoek heeft geleid, Lt […], werd verteld zijn oor te luisteren te leggen bij twee kandidaten, zogezegd omdat ze ‘eerlijk en betrouwbaar’ waren. Zeer snel is gebleken dat deze twee kandidaten zelf het voortouw hadden genomen in het pesten. Eén van deze twee kandidaten en de kandidaat tegen wie er verdenkingen waren na het voorval in Dec 17, kregen ook hoge kwoteringen van het kader op hun karakteriële beoordeling.
> d. Er zijn ernstige aanwijzingen dat sommige kaderleden minstens mee de voorwaarden hebben gecreëerd die bijgedragen hebben tot het pestgedrag tegen Kpl [X]. Zo werd betrokkene in het openbaar verweten lid te zijn geworden van een vakvereniging om zichzelf te beschermen tegen slechte evaluaties. Op een ander moment verweet een ander kaderlid Kpl [X] dat hij onderkoeling zou hebben geveinsd tijdens een kampperiode in Elsenborn. De PlComd meldt mij dat hij niet op de hoogte was van deze uitspraken.”

3.5. Op 19 februari 2018 deelt de commandant van de KSOO aan de twee vermoedelijke spilfiguren – onder wie verzoeker – mee dat zij preventief uit de vorming worden verwijderd.

Dat is de tweede bestreden beslissing, die luidt als volgt:

"Ref: 1. A16-G1, Art 51, § 2, derde lid
2. DGHR-SPS-CARDI-002
1. Synthese: preventieve verwijdering.
2. Samenvatting van de feiten:
Pestgedrag ten opzichte van medekandidaten in de KSOO.
3. In het belang van de dienst en in afwachting van een eventuele beslissing van schorsing bij ordemaatregel, wordt u preventief verwijderd uit uw functie vanaf de datum van 19 Feb 2018.
4. Indien de preventieve verwijdering eindigt zonder dat een schorsing bij ordemaatregel uitgesproken is, zal de datum van de hervatting van uw functie u worden meegedeeld door uw eenheid."

3.6. Diezelfde dag deelt de commandant van de KSOO mee dat het zijn intentie is om twee voorstellen te doen aan de minister van Defensie: één voorstel voor een schorsing bij ordemaatregel en een ander voorstel voor een dienstverbreking van ambtswege. Verzoeker wordt daarbij een eerste keer gehoord door de commandant van de KSOO in zijn verweer. Verzoeker ondertekent deze voorstellen 'voor gezien' en stelt dat hij ten aanzien van beide zijn verweer zal laten gelden.

3.7. Op 21 februari 2018 wordt een nieuw model B opgesteld ter vervanging van het model B van 19 februari 2018 waarin de commandant van de KSOO verzoekers dienstverbreking van ambtswege voorstelt wegens pestgedrag ten opzichte van medekandidaten.

3.8. Verzoeker dient op 22 februari 2018 een verweerschrift in tegen het voormelde voorstel tot schorsing bij ordemaatregel, alsook tegen het model B met het voorstel tot dienstverbreking van ambtswege. Hij voert onder meer aan dat hij gestraft wordt voor handelingen en daden die bepaalde kaderleden hebben getolereerd of zelfs aangemoedigd en dat hij meende te hebben gehandeld conform de verwachtingen van het kader.

3.9. Op 9 maart 2018 wordt verzoeker gehoord door de commandant van de KSOO in het kader van de procedure betreffende de statutaire maatregelen. Van de hoorzitting wordt een proces-verbaal opgesteld.

Op het einde van de hoorzitting deelt de commandant van de KSOO als slotconclusie mee dat hij het model B waarin hij voorstelt om verzoeker te “ontslaan van ambtswege” zal versturen naar de minister van Defensie. In het proces-verbaal van de hoorzitting wordt daaromtrent vermeld:

> “Na u en uw raadsman gehoord te hebben, heb ik besloten om mijn intentie niet te wijzigen en het Mod B te laten vertrekken waar ik aan de Minister voorstel om u te ontslaan van ambtswege. Op basis van de resultaten van het intern onderzoek, van de verklaringen van het slachtoffer, van getuigenverklaringen van medekandidaten en van uw eigen verklaringen is het voor mij duidelijk dat u zich schuldig heeft gemaakt aan ernstig en aanhoudend verbaal en non-verbaal pestgedrag dat tot doel had om Kpl [X] de vorming te doen verlaten.
> Uit het onderzoek is ook gebleken dat u veel invloed had op het peloton, wat het moeilijk aanneembaar maakt dat u niet één van de spilfiguren bent die het slachtoffer heeft geïdentificeerd. We zijn er van overtuigd dat u in elk geval anders had kunnen en moeten reageren om het pestgedrag jegens Kpl [X] te stoppen.”

Verzoeker wordt ook gewezen op de mogelijkheid om uitstel van vorming te vragen voor het geval de minister van Defensie een andere beslissing zou nemen. Ten slotte wordt aan verzoeker meegedeeld dat zijn preventieve verwijdering eindigt op 9 maart 2018 en dat hij zich op 12 maart 2018 dient aan te melden in de KSOO om te vernemen waar hij zal werken in afwachting van een beslissing.

3.10. Dezelfde dag vraagt verzoeker om uitstel van vorming.

3.11. Op 19 maart 2018 geeft de directeur-generaal *human resources* een gunstig advies aan de minister van Defensie over de verbreking van ambtswege van de dienstneming van verzoeker.

3.12. Op 20 april 2018 neemt de minister van Defensie de beslissing tot verbreking van ambtswege van de dienstneming van verzoeker.

Dat is de eerste bestreden beslissing, die luidt als volgt:

> “In rechte: 1. Wet van 28 Feb 07 – A16-G1, Art. 79/1, 3°, c), ingevoegd bij de wet van 31 Jul 13 en vervangen bij de wet van 21 Nov 16;
>
> 2. KB van 13 Nov 91 – A16-K25, Art. 11, 3° en Art. 12, § 2, vervangen bij het KB van 26 Dec 13 en § 5, gewijzigd bij de KB’s van 11 Aug 94 en 29 Jan 16.
>
> In feite: Betrokkene werd aangeduid als spilfiguur van verbale en non-verbale gewelden. Op basis van een intern onderzoek, verklaringen en getuigenissen worden de feiten voldoende bewezen geacht. Betrokkene brengt in zijn verweer geen enkel nieuw element aan dat de feiten weerlegt en weigert de ernst van zijn daden toe te geven. Deze feiten zijn onverenigbaar met de staat van kandidaat-beroepsonderofficier. De dienstneming, ondertekend op 16 Aug 16 wordt van ambtswege verbroken.”

Diezelfde dag deelt de bureauchef tucht ressorterende onder de algemene directie *human resources*, deze beslissing mee aan de commandant van de KSOO. Verzoeker wordt op 23 april 2018 van de eerste bestreden beslissing in kennis gesteld.

IV. Verzoek tot uitbreiding van het voorwerp van het beroep tot de beslissing van 24 april 2018 en verzoek tot neerlegging van die beslissing in het administratief dossier

Standpunt van verzoeker

4. Na te hebben vastgesteld dat de verwerende partij in de memorie van antwoord verwijst naar de van ambtswege verbreking van de dienstneming van verzoeker op 24 april 2018, vraagt verzoeker de uitbreiding van het voorwerp van het beroep tot die beslissing en de neerlegging ervan in het administratief dossier. Hij merkt op dat het niet duidelijk is of er een verschil is met de beslissing van 20 april 2018.

Beoordeling

5. In de memorie van antwoord wordt inderdaad melding gemaakt van een beslissing van 24 april 2018, terwijl het administratief dossier geen

dergelijke beslissing bevat. Er blijkt echter geen beslissing van 24 april 2018 te bestaan.

In de begeleidende brief waarmee de eerste bestreden beslissing van 20 april 2018 aan de commandant van de KSOO werd toegestuurd, wordt onder punt 4 vermeld dat de verbreking van ambtswege van de dienstneming uitwerking heeft de dag volgend op de betekening daarvan. Uit het door de verwerende partij aan de laatste memorie toegevoegde stuk blijkt dat verzoeker op 23 april 2018 kennis heeft genomen van de bestreden beslissing van 20 april 2018, zodat deze overeenkomstig het voormelde punt 4 uitwerking heeft gekregen op 24 april 2018. Waar in de memorie van antwoord wordt verwezen naar de beslissing van 24 april 2018, kan dit dan ook niet anders worden begrepen dan dat de eerste bestreden beslissing van 20 april 2018 uitwerking heeft gekregen op 24 april 2018.

6. In die omstandigheden zijn het verzoek tot neerlegging van de zogenaamde beslissing van 24 april 2018 in het administratief dossier en het verzoek tot uitbreiding van het voorwerp van het beroep tot die beslissing doelloos.

V. Ontvankelijkheid van het beroep in zoverre het gericht is tegen de tweede bestreden beslissing

Standpunt van de partijen

7. Verzoeker doet gelden dat de tweede bestreden beslissing – de krachtens artikel 51, § 2, derde lid, 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) aan verzoeker op 19 februari 2018 opgelegde maatregel houdende preventieve verwijdering – een maatregel van inwendige orde is met ongunstige gevolgen voor zijn rechtstoestand, zodat het een aanvechtbare administratieve

rechtshandeling betreft. Hij verduidelijkt dat de preventieve verwijdering zijn statutaire vorming onderbrak, die hij daarna niet kon hervatten. Op 12 maart 2018 diende hij immers elders te werken in afwachting van een beslissing van de minister van Defensie. Verzoeker merkt ook op dat in de bijzondere omstandigheden waarin negen kandidaten werden verhoord en publiek werden aangesproken, de maatregel van verwijdering “zeer eerberovend” was en hij wijst erop dat een maatregel van inwendige orde ook een verkapte tuchtsanctie kan inhouden.

8. In de memorie van antwoord merkt de verwerende partij op dat de maatregel van preventieve verwijdering werd beëindigd vooraleer de eerste bestreden beslissing werd genomen. De preventieve verwijdering werd namelijk beëindigd op 9 maart 2018, terwijl de ambtshalve verbreking van de dienstneming dateert van 20 april 2018. Verzoeker heeft op 23 april 2018 van die beslissing kennis genomen en vervolgens is zijn dienstneming van ambtswege verbroken vanaf 24 april 2018. De vraag rijst, aldus de verwerende partij, welk belang verzoeker heeft bij de vernietiging van de maatregel van preventieve verwijdering. Volgens haar lijkt dit belang sowieso afhankelijk te zijn van het oordeel over de vraag tot nietigverklaring van de eerste bestreden beslissing. Indien het tweede middel (gericht tegen de eerste bestreden beslissing) ongegrond wordt bevonden, dan blijft de verbreking van de dienstneming bestaan. In dat geval, zo stelt de verwerende partij, lijkt verzoeker geen belang te hebben bij de vernietiging van de maatregel tot preventieve verwijdering aangezien deze overeenkomstig artikel 51, § 2, van de wet van 28 februari 2007 geen enkel gevolg heeft voor het administratief of geldelijk statuut. Het betreft dan ook slechts een maatregel van inwendige orde, zonder enige impact voor verzoeker.

9. Verzoeker repliceert in zijn memorie van wederantwoord dat de verwerende partij zijn analyse dat de preventieve verwijdering als maatregel van inwendige orde een aanvechtbare rechtshandeling is, niet betwist. Volgens verzoeker schiet de verwerende partij tekort in haar stelplicht bij het opwerpen van een exceptie vermits zij slechts stelt dat “de vraag rijst” welk belang

verzoeker bij de vernietiging van de tweede bestreden beslissing heeft, temeer nu hij heeft uiteengezet dat de maatregel “zeer eerberovend” was. Verzoeker acht de exceptie daarom onontvankelijk. Vervolgens verwijst hij naar de impact van het nieuwe artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State inzake de schadevergoeding tot herstel op de beoordeling van het belang. Hij stelt ook vast dat de verwerende partij de beoordeling van de exceptie afhankelijk maakt van de beoordeling van de grond van de zaak. Verzoeker betwist ook de stelling van de verwerende partij dat de maatregel tot preventieve verwijdering geen enkele impact zou hebben gehad. Hij herhaalt dat de preventieve verwijdering zijn statutaire vorming onderbrak, die hij daarna niet kon hervatten en dat de maatregel van verwijdering “zeer eerberovend” was. Voorts wijst verzoeker erop dat ook maatregelen van beperkte duur aanvechtbaar zijn, ook al betreft het formeel geen tuchtmaatregelen. Dat de maatregel volledig uitwerking heeft gehad kan volgens verzoeker dan ook geen reden zijn om hem het belang te ontzeggen. Verzoeker is ook van oordeel dat de preventieve verwijdering een sanctie is in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens (hierna: EVRM), zodat de toegang tot de Raad van State hem des te minder kan worden geweigerd. Ten slotte betoogt verzoeker nog dat de rechtszekerheid gebiedt de tweede bestreden beslissing uit het rechtsverkeer te verwijderen eenmaal de eerste bestreden beslissing is vernietigd, omdat de eerste bestreden beslissing ook onwettig is wegens onwettigheden die de tweede bestreden beslissing vitiëren.

10. In zijn laatste memorie doet verzoeker gelden dat de tweede bestreden beslissing formeel wel wordt verantwoord “in het belang van de dienst en in afwachting van een eventuele beslissing van schorsing bij ordemaatregel”, maar dat dit niet wegneemt dat de maatregel uitdrukkelijk ook is ingegeven door “[p]estgedrag ten opzichte van medekandidaten in de KSOO”. Het betreft, aldus verzoeker, een strafrechtelijke kwalificatie in de zin van artikel 6 EVRM en naar nationaal recht en dit strafrechtelijk gegeven verantwoordt op zich de aanvechtbaarheid van de bestreden maatregel van inwendige orde. Verzoeker wijst er ook op dat de commandant van de KSOO in zijn nota ‘Ter beschikking stelling van een kaderlid KSOO’ verzoeker heeft aangemerkt als “de spilfiguur in

de pesterijen". Volgens verzoeker bevestigt ook deze kwalificatie de aanvechtbaarheid van de tweede bestreden beslissing. Ten slotte merkt hij nog op dat de omstandigheid dat hij op 12 maart 2018 om uitstel van de vorming heeft gevraagd niet wegneemt dat de beslissing tot preventieve verwijdering uit de dienst reeds griefhoudend was en dermate griefhoudend dat ze ook aanvechtbaar is bij de Raad van State.

Beoordeling

11. De ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring raakt de openbare orde en moet desnoods ambtshalve worden onderzocht. Zelfs indien, zoals verzoeker stelt, de verwerende partij bij het opwerpen van de exceptie tekort zou schieten in haar stelplicht, belet dit niet dat de ontvankelijkheid van het beroep wordt onderzocht in zoverre het gericht is tegen de tweede bestreden beslissing.

12. Artikel 51, §§ 1 en 2, van de wet van 28 februari 2007 luidt als volgt:

> "§ 1. Wanneer de door de Koning aangewezen overheid oordeelt dat de aanwezigheid van een militair in de Krijgsmacht nadelig is voor de tucht of voor de goede naam van de Krijgsmacht, kan zij, ambtshalve of op voorstel van de hiërarchische meerderen van de militair, deze laatste bij ordemaatregel schorsen.
> De schorsing bij ordemaatregel is een voorlopige maatregel die geenszins van tuchtrechtelijke aard is.
> § 2. De betrokken militair wordt vooraf gehoord over de feiten die hem ten laste worden gelegd en mag zich laten bijstaan door een persoon naar eigen keuze.
> Hij wordt opgeroepen bij kennisgeving tegen ontvangstbewijs of met een aangetekende zending, en wordt geacht gehoord te zijn geweest zelfs indien hij daar geen ontvangst van bevestigt, zodra de bedoelde oproeping hem een tweede maal werd voorgelegd na een redelijke termijn.
> Wanneer het horen van de militair voor de schorsing bij ordemaatregel onmogelijk is of wanneer een toestand van hoogdringendheid dit rechtvaardigt, kan de door de Koning aangewezen overheid, onverwijld en tot de uitspraak van de schorsing bij ordemaatregel, een militair preventief verwijderen. Indien hij niet gehoord kon worden voorafgaand aan deze preventieve verwijdering, wordt de militair onverwijld na de uitspraak

ervan gehoord. Wanneer de hoogdringendheid wordt ingeroepen, mag de militair niet meer dan vijftien werkdagen preventief verwijderd worden.
Als maatregel van inwendige orde heeft de preventieve verwijdering bedoeld in het derde lid geen enkele gevolgen voor de betrokken militair op het gebied van het administratieve of geldelijke statuut."

Uit deze bepalingen blijkt dus dat de preventieve verwijdering door de wetgever is opgevat als een maatregel van inwendige orde, die geen gevolgen heeft voor het administratief of geldelijk statuut van de betrokken militair.

13. Maatregelen van louter inwendige orde, die worden genomen in het belang van de dienst en die betrekking hebben op de eigen organisatie van een openbare dienst of beogen de goede werking van die dienst te helpen verzekeren, beïnvloeden de rechtstoestand van de betrokkene niet en zijn in principe geen aanvechtbare rechtshandelingen.

Een maatregel zoals de thans bestreden beslissing van 19 februari 2018 daarentegen die ertoe strekt, zelfs tijdelijk, een verstoring van de dienst door het gedrag van het personeelslid te verhelpen en die een nadelige weerslag heeft op de wijze waarop het betrokken personeelslid zijn functie moet vervullen aangezien ze hem precies verwijdert uit de dienst om die ambtsuitoefening te verhinderen, is een griefhoudende akte die met een annulatieberoep kan worden bestreden. Of de verwerende partij die maatregel dan bestempelt als ordemaatregel, als maatregel van louter inwendige orde of anderszins is zonder invloed.

14. Wat betreft het belang dat verzoeker heeft bij de vernietiging van de tweede bestreden beslissing – de maatregel van preventieve verwijdering – ziet verzoeker zijn belang gelegen in het 'zeer eerberovend' karakter van de preventieve verwijdering.

Het (moreel) belang dat verzoeker heeft bij de vernietiging van de preventieve verwijdering is echter rechtstreeks verbonden met het resultaat

van zijn beroep gericht tegen de eerste bestreden beslissing – de beslissing tot verbreking van ambtswege van de dienstneming. Indien zijn beroep tegen de eerste bestreden beslissing wordt verworpen, wordt de tuchtstraf definitief en komt daarmee ook de morele afkeuring welke die tuchtstraf inhoudt definitief vast te staan. In dat geval kan de vernietiging van alleen de preventieve verwijdering verzoeker geen enkel voordeel bieden.

15. Uit wat voorafgaat volgt dat de tweede bestreden beslissing een maatregel is die aanvechtbaar is met een beroep tot nietigverklaring en dat het belang bij het beroep gericht tegen die beslissing zal afhangen van de gegrondheid van het tweede middel.

VI. Onderzoek van het tweede middel

Vooraf

16. Het tweede middel is genomen uit "[m]achtsoverschrijding en onwettige motieven, evenals schending van (1) artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), (2) de beginselen van redelijkheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid, zorgvuldigheid, hoorplicht, recht van verdediging en vermoeden van onschuld, en (3) de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen".

17. Het auditoraat heeft punt VI.6.9 van het verzoekschrift onderzocht en gegrond bevonden in zoverre de schending van de formelemotiveringsplicht en de materiëlemotiveringsplicht is aangevoerd.

Standpunt van de partijen

18. In punt VI.6.9 voert verzoeker de schending aan van het redelijkheidsbeginsel, de motiveringsplicht en het recht van verdediging.

Hij doet gelden dat een tuchtoverheid slechts een tuchtstraf kan opleggen voor feiten waarvan een regelmatig bewijs is geleverd, dat de tuchtoverheid hierbij ook het redelijkheidsbeginsel in acht moet nemen en dat zij ook de argumentatie van de verdediging op afdoende wijze moet onderzoeken en beantwoorden. Verzoeker argumenteert dat hij wordt gestraft voor gedragingen die kaderleden ontegensprekelijk zelf hebben getolereerd of aangemoedigd en als aanneembaar hebben voorgesteld. De commandant van de KSOO erkent dit ook in zijn voorstel van sanctie. De verwerende partij heeft dit gegeven, hoewel uitdrukkelijk opgeworpen door verzoeker en besproken op de hoorzitting van 9 maart 2018, ten onrechte niet in acht genomen, noch als schulduitsluitingsgrond, noch als rechtvaardigingsgrond, noch als verzachtende omstandigheid. De omstandigheid dat de verwerende partij verveeld zat met dit gegeven en het met de mantel der liefde wilde bedekken, is geen geldige reden om dit essentieel verweer niet in acht te nemen. Instructies van het kader zijn, zo niet een schulduitsluitingsgrond, dan toch een rechtvaardigingsgrond en alleszins een verzachtende omstandigheid. Het is ook geen geldige reden om verzoekers verweer niet te beantwoorden. In de motivering van de eerste bestreden beslissing wordt verzoekers argumentatie dienaangaande niet op afdoende wijze beantwoord. Bovendien is het redelijkheidsbeginsel *in casu* des te meer geschonden doordat de minister voorbijgaat aan het gegeven van de externe en interne mutaties van de kaderleden die betrokken bij en schuldig geacht worden aan de vastgestelde feiten. Verzoeker vraagt dat de informatie hierover aan het administratief dossier wordt toegevoegd.

19. De verwerende partij biedt onder punt 4 ‘schending van de motiveringsplicht’ geen repliek wat betreft het niet beantwoorden van het argument dat de feiten werden getolereerd en aangemoedigd.

Onder punt 5 ‘schending van het redelijkheidsbeginsel’ betoogt de verwerende partij dat de commandant van de KSOO op basis van het intern onderzoek de tekortkomingen van het kader heeft vastgesteld. Vervolgens is de pelotonscommandant uit zijn functie ontheven en gemuteerd, wegens de

vertrouwensbreuk omwille van het niet melden van het pestgedrag, het verkeerd inschatten van de situatie in het peloton en de niet adequate reactie op pesten en het niet naleven van de richtlijnen van de commandant van de KSOO. De overige kaderleden van peloton B40 werden ontheven uit hun functie in peloton B40 en kregen een andere onderrichtsfunctie binnen de campus Saffraanberg. De verwerende partij stelt dat de niet adequate reactie van het kader echter geen afbreuk doet aan de feiten die verzoeker ten laste worden gelegd, namelijk dat hij de “spilfiguur [is] van verbale en non-verbale gewelden”. Deze feiten zijn volgens de minister van Defensie “onverenigbaar met de staat van kandidaat-beroepsonderofficier” en ze verantwoorden op zich de verbreking van ambtswege van de dienstneming van verzoeker. De verwerende partij wijst er daarbij op dat het aan de tuchtoverheid staat te oordelen welke tuchtsanctie wordt opgelegd en dat het de Raad van State in het kader van zijn wettigheidstoezicht niet toevalt om zelf een beoordeling van de strafmaat te maken. Slechts indien de overheid een beslissing heeft genomen die dermate afwijkt van het normale beslissingspatroon dat het ondenkbaar is dat een andere zorgvuldig handelende overheid in dezelfde omstandigheden tot dezelfde beslissing zou komen, is het redelijkheidsbeginsel miskend. Volgens de verwerende partij mag daarbij ook niet uit het oog worden verloren dat verzoeker slechts sinds enkele maanden het statuut van kandidaat-beroepsonderofficier had. De verwerende partij meent dat zij de grenzen van een redelijke uitoefening van haar beoordelingsvrijheid inzake de keuze van de strafmaat niet te buiten is gegaan door de niet adequate reactie van het kader niet in rekening te brengen ten gunste van verzoeker bij het opleggen van de strafmaat.

20. In zijn memorie van wederantwoord stelt verzoeker vast dat de verwerende partij erkent dat het kader niet adequaat heeft gereageerd en dat die kaderleden om die reden uit hun functie zijn ontheven. Volgens verzoeker toont dit aan dat het middelonderdeel gegrond is.

Voor zover de verwerende partij stelt dat verzoeker slechts enkele maanden het statuut van beroepsonderofficier had, meent verzoeker voorts

dat dit des te meer verantwoordt dat de verwerende partij wel rekening had moeten houden met de wijze waarop het kader peloton B40 heeft geleid.

21. Wat betreft de door het auditoraat vastgestelde schending van de materiëlemotiveringsplicht stelt de verwerende partij in de laatste memorie in hoofdorde dat deze plicht ten onrechte bij de bespreking van het middelonderdeel is betrokken. Zij argumenteert dat verzoeker de schending van de materiëlemotiveringsplicht niet uitdrukkelijk heeft aangevoerd in de hoofding van het tweede middel en evenmin duidelijk in punt VI.6.9 van het verzoekschrift. Bovendien veronderstelt, zo stelt de verwerende partij, het aanvoeren van de schending van het redelijkheidsbeginsel – de kern van punt VI.6.9 van het verzoekschrift – de aanwezigheid van deugdelijke motieven. Om die reden is de verwerende partij er in de memorie van antwoord van uitgegaan dat verzoeker enkel de schending van de formelemotiveringsplicht had aangevoerd in het tweede middel en niet de schending van de materiëlemotiveringsplicht. Verzoeker heeft dit in de memorie van antwoord uitdrukkelijk verwoorde standpunt in de memorie van wederantwoord bovendien ook niet ontkracht. Enkel het auditoraat heeft de schending van de materiëlemotiveringsplicht bij de beoordeling van het middel betrokken, ondanks de wijze waarop de verwerende partij en verzoeker de rechtsgang hebben afgebakend. Het valt echter niet aan de Raad van State toe een eigen constructie van de middelen in de plaats te stellen van een onduidelijke uiteenzetting ervan door verzoeker. De schending van de materiëlemotiveringsplicht kan ook niet ambtshalve worden aangevoerd, aangezien het geen beginsel is dat de openbare orde raakt. Bijgevolg is het middelonderdeel onontvankelijk wat betreft de schending van de materiëlemotiveringsplicht.

In subsidiaire orde betoogt de verwerende partij dat de eerste bestreden beslissing wel degelijk steunt op motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn. Het auditoraat is van mening dat de materiëlemotiveringsplicht is geschonden doordat verzoeker geen schuldige gedraging of tekortkoming wordt verweten. De verwerende partij repliceert dienaangaande vooreerst dat de

materiëlemotiveringsplicht niet zover reikt dat het aan de Raad van State toevalt te oordelen of bepaalde feiten die iemand te zijnen gunste aanvoert de vergelijking in zijn voordeel hadden moeten doen omslaan. Hoogstens kan de Raad van State op basis van dit beginsel vaststellen dat de overheid bepaalde feiten bij haar beoordeling had moeten betrekken. Het auditoraat stelt niet enkel dat het verweer van verzoeker omtrent de houding van het kader niet in rekening werd genomen, maar koppelt daar ook meteen aan dat de inhoud van het verweer van die aard is om de feiten hun tuchtrechtelijk karakter te ontnemen. Op die manier stelt het auditoraat zijn oordeel omtrent de feiten in de plaats van het oordeel van de overheid. Voorts doet de verwerende partij gelden dat er te dezen wel degelijk sprake is van een toerekenbare tekortkoming of tuchtvergrijp in hoofde van verzoeker. Volgens het auditoraat zou er geen tuchtvergrijp zijn omdat bepaalde kaderleden van peloton B40 bepaalde handelingen getolereerd of aangemoedigd zouden hebben, omdat verzoeker door de hoge quoteringen die hij van het kader heeft gekregen voor zijn karakteriële beoordeling meende conform de verwachtingen van het kader te handelen en omdat verzoeker slechts enkele maanden het statuut van kandidaat-beroepsonderofficier had en nog niet goed wist wat wel en niet toelaatbaar was. De verwerende partij betwist dit. Zij argumenteert dat het verweer van verzoeker onsamenhangend was en dat verzoekers raadsman tijdens de hoorzitting zelf heeft erkend dat verzoeker zich “inderdaad schuldig gemaakt heeft aan dingen die niet mochten gebeuren”. Zij wijst er ook op dat verzoeker bepaald geen onervaren kandidaat was. Vóór zijn vorming aan de KSOO was hij immers reeds aangeworven in de functie van kandidaat-hulpofficier *Air Traffic Control* en hij had in het kader daarvan reeds een militaire initiatiefase kaderleden (MIF) met vrucht voltooid. Verzoeker was dan ook reeds gepokt en gemazeld in de militaire wereld en had al voorsprong op zijn medeleerlingen, reden waarom hij binnen het peloton ook heel wat aanzien genoot. De verwerende partij wijst er ook op dat Defensie en de KSOO een nultolerantie hanteren rond pesterijen. Dit blijkt reeds uit de rekruteringswebsite. Het werd ook benadrukt door de commandant van de KSOO op de dag van de inlijving van verzoeker. Wat onder pesten wordt verstaan, wordt ook uiteengezet in het schoolreglement van de KSOO dat elke kandidaat voor ontvangst moet

ondertekenen en ook in het leerplan wordt uitgebreid aandacht besteed aan de problematiek. Voorts stelt de verwerende partij dat het verweer van verzoeker omtrent de houding van het kader wel degelijk bij de beoordeling werd betrokken, maar dat er geen geloof aan werd gehecht in die zin dat het zou aantonen dat verzoeker zich niet bewust was van zijn pestgedrag. Tijdens de hoorzitting heeft de commandant van de KSOO in zijn slotconclusie de stelling van verzoeker dat hij te goeder trouw de intentie had om het slachtoffer “wakker te schudden” en zich te doen herpakken resoluut van de hand gewezen omdat heel wat elementen van het dossier die stelling tegenspreken. Ten slotte kan volgens de verwerende partij ook de karakteriële beoordeling van verzoeker niet worden beschouwd als een element waardoor verzoeker zich gesterkt zou hebben gezien om zijn praktijken verder te zetten, in lijn met de verwachtingen van het kader. De verwerende partij wijst erop dat verzoekers karakteriële beoordeling bezwaarlijk kan worden geïnterpreteerd als een element waaruit zou blijken dat verzoeker een modelkandidaat was in de ogen van het kader voor wat betreft integriteit. Zo behaalde hij 3 op 9 voor de competentie ‘respecteren van anderen’ en 2 op 9 voor de competentie ‘integer handelen’. Weliswaar behaalde verzoeker hogere scores voor bepaalde competenties die verband houden met militaire technieken – wat verklaard kan worden door het feit dat hij reeds voor de tweede keer zijn MIF aflegde en dus reeds ervaring had. Voor de competenties die verband houden met de waarden en regels die het militaire leven kenmerken scoorde verzoeker veel minder goed. Dit alles toont volgens de verwerende partij aan dat er sprake was van een toerekenbare tekortkoming in hoofde van verzoeker. Verzoekers verweer in verband met de houding van het kader werd niet aanvaard in die zin dat het zou aantonen dat verzoeker zich niet bewust was van zijn pestgedrag. Er werd daarentegen geoordeeld dat de nachtelijke raids passen in een lange keten van pesterijen: herhaaldelijke aansporingen om Defensie te verlaten, bedreigingen en vernederingen. Daarbij werd ook vastgesteld dat verzoeker veel invloed had binnen het peloton gelet op zijn ervaring. De minister van Defensie kon op basis van alle gegevens in het dossier dan ook besluiten dat er sprake was van pesterijen door verzoeker.

Wat de schending van de formelemotiveringsplicht betreft, argumenteert de verwerende partij dat de minister van Defensie, door te stellen dat “[b]etrokkene werd aangeduid als spilfiguur van verbale en non-verbale gewelden” “[o]p basis van een intern onderzoek, verklaringen en getuigenissen” onmiskenbaar refereert aan het model B van 21 februari 2018 dat aan de minister werd toegezonden na de hoorzitting van 9 maart 2018 en aan het proces-verbaal van de hoorzitting waarin werd vastgesteld dat verzoeker geen overtuigende verweerargumenten aanvoerde. Zowel het model B van 21 februari 2018 als het proces-verbaal van de hoorzitting, beide door verzoeker ondertekend voor gezien, motiveert mee de dienstverbreking van ambtswege. De verwerende partij verwijst naar hetgeen in de slotconclusie van het proces-verbaal van de hoorzitting is uiteengezet.

De minister van Defensie heeft zich onmiskenbaar daarbij aangesloten, met inbegrip van de vaststelling dat het verweer van verzoeker onder andere met betrekking tot de houding van het kader, de feiten niet kan weerleggen. Bovendien is vastgesteld dat het verweer van verzoeker niet samenhangend was en dat verzoeker zichzelf op bepaalde punten tegensprak. Bijgevolg volstond het dat de verwerende partij verwees naar de fundamentele reden die haar beslissing verantwoordde, zijnde de vaststelling dat verzoeker de spilfiguur was van “verbale en non-verbale gewelden” en dat “de feiten voldoende bewezen [worden] geacht”. Volgens de verwerende partij is de beslissing dan ook afdoende gemotiveerd.

22. Verzoeker sluit zich in zijn laatste memorie aan bij de beoordeling door het auditoraat dat er sprake is van een schending van de materiëlemotiveringsplicht en de formelemotiveringsplicht. Hij benadrukt dat hij reeds in het verzoekschrift heeft aangevoerd dat onder meer wegens de niet adequate houding van het leidinggevend kader, die ook als verschoningsgrond wordt ingeroepen, moet worden vastgesteld dat de eerste bestreden beslissing niet steunt op deugdelijke motieven die haar in feite en in rechte kunnen verantwoorden. Voor zover de verwerende partij aanvoert dat het auditoraat de

schending van de materiëlemotiveringsplicht ambtshalve heeft opgeworpen en zij er daarbij op wijst dat verzoeker in de hoofding van het middel niet de term materiëlemotiveringsplicht vermeldt, merkt verzoeker op dat hij in het tweede middel heeft aangevoerd dat de eerste bestreden beslissing op onwettige motieven steunt – waarmee hij doelt op een schending van de materiëlemotiveringsplicht – en dat kritiek op de motieven van een beslissing bovendien ook valt onder de noemer schending van het redelijkheidsbeginsel. Verzoeker beklemtoont ten slotte ook nog dat de disciplinaire procedure tegen hem beschouwd moet worden als een strafvervolging in de zin van artikel 6 EVRM.

Beoordeling

23. In de hoofding van punt VI.6.9 van het verzoekschrift heeft verzoeker de schending aangevoerd van de “motivering-plicht”, zonder te expliciteren of hij de formele- dan wel de materiëlemotiveringsplicht bedoelt. Uit de toelichting bij het middelonderdeel blijkt dat verzoeker voor wat betreft de aangevoerde schending van de motiveringsplicht in het middelonderdeel aanstoot neemt aan de omstandigheid dat de verwerende partij in de eerste bestreden beslissing niet zou hebben geantwoord op zijn verweer dat bepaalde kaderleden zijn gedragingen hebben getolereerd, aangemoedigd en als aanneembaar hebben voorgesteld. Hiermee doelt verzoeker duidelijk op een schending van de formelemotiveringsplicht. Nergens in het middelonderdeel voert hij aan dat het determinerende motief voor de eerste bestreden beslissing – te weten dat hij de spilfiguur is van “verbale en non-verbale gewelden” – niet deugdelijk is. Een dergelijk argument kan ook niet worden afgeleid uit het gegeven dat verzoeker aanklaagt dat de verwerende partij zijn verweer omtrent het tolereren van zijn gedrag door bepaalde kaderleden niet als schulduitsluitingsgrond, rechtvaardigingsgrond, of verzachtende omstandigheid in aanmerking heeft genomen. In die omstandigheden is het niet onredelijk dat de verwerende partij bij het beantwoorden van het middel ervan is uitgegaan dat verzoeker in het middelonderdeel louter de schending heeft aangevoerd van de formelemotiveringsplicht. Daarbij wordt erop gewezen dat het aan verzoeker

toevalt om een middel – zowel de omschrijving van de rechtsregel of het rechtsbeginsel waarvan de schending wordt ingeroepen, alsook de wijze waarop die rechtsregel of dat rechtsbeginsel door de bestreden beslissing wordt geschonden – voldoende duidelijk uiteen te zetten, zodat de verwerende partij, en nadien de Raad van State, geen veronderstellingen moeten maken over de juiste bedoelingen van verzoeker en zo ertoe worden gebracht om in de plaats van verzoeker het middel te interpreteren en te redigeren. Voorts moet ook worden vastgesteld dat verzoeker het in de memorie van antwoord ingenomen standpunt dat enkel de schending van de formelemotiveringsplicht werd aangevoerd ook niet heeft tegengesproken in zijn memorie van wederantwoord. In die omstandigheden moet worden aangenomen dat verzoeker in het betrokken middelonderdeel geen schending van de materiële- maar wel van de formelemotiveringsplicht heeft aangevoerd. Een latere bijkomende interpretatie van het middelonderdeel als zou ook de schending van de materiëlemotiveringsplicht zijn aangevoerd, is laattijdig en bijgevolg onontvankelijk.

24. Uit het voorgaande volgt dat het middelonderdeel onontvankelijk is wat de schending van de materiëlemotiveringsplicht betreft.

25. Voor zover verzoeker in punt VI.6.9 van het verzoekschrift de formelemotiveringsplicht geschonden acht doordat de verwerende partij in de eerste bestreden beslissing niet zou hebben geantwoord op zijn verweer dat bepaalde kaderleden zijn gedragingen hebben getolereerd, aangemoedigd en als aanneembaar hebben voorgesteld, moet worden geoordeeld hetgeen volgt.

In het kader van een administratieve procedure reikt de formelemotiveringsplicht niet zover dat de overheid uitdrukkelijk moet antwoorden op elk bezwaar of argument dat door de betrokkene wordt aangevoerd. Wel is vereist dat uit de motivering van de genomen beslissing blijkt dat deze argumenten daadwerkelijk bij de besluitvorming werden betrokken en waarom de beroepsargumenten niet werden aanvaard.

26. In de eerste bestreden beslissing refereert de minister van Defensie vooreerst aan de stukken van het tuchtdossier, waaronder dus onder meer ook het proces-verbaal van de hoorzitting van 9 maart 2018 – waarvan verzoeker in kennis werd gesteld – dat mee de eerste bestreden beslissing motiveert. In dat proces-verbaal van de hoorzitting van 9 maart 2018 overweegt de commandant van de KSOO met betrekking tot verzoekers verweer als volgt:

> "Na u en uw raadsman gehoord te hebben, heb ik besloten om mijn intentie niet te wijzigen en het Mod B te laten vertrekken waar ik aan de Minister voorstel om u te ontslaan van ambtswege. Op basis van de resultaten van het intern onderzoek, van de verklaringen van het slachtoffer, van getuigenverklaringen van medekandidaten en van uw eigen verklaringen is het voor mij duidelijk dat u zich schuldig heeft gemaakt aan ernstig en aanhoudend verbaal en non-verbaal pestgedrag dat tot doel had om Kpl [X] de vorming te doen verlaten.
> Uit het onderzoek is ook gebleken dat u veel invloed had op het peloton, wat het moeilijk aanneembaar maakt dat u niet één van de spilfiguren bent die het slachtoffer heeft geïdentificeerd. We zijn er van overtuigd dat u in elk geval anders had kunnen en moeten reageren om het pestgedrag jegens Kpl [X] te stoppen."

Vervolgens heeft de minister van Defensie zich in de eerste bestreden beslissing daarbij aangesloten, met inbegrip van de vaststelling dat het verweer van verzoeker, onder andere met betrekking tot de houding van het kader, de feiten niet kan weerleggen. In de eerste bestreden beslissing wordt dienaangaande overwogen:

> "Betrokkene werd aangeduid als spilfiguur van verbale en non-verbale gewelden. Op basis van een intern onderzoek, verklaringen en getuigenissen worden de feiten voldoende bewezen geacht. Betrokkene brengt in zijn verweer geen enkel nieuw element aan dat de feiten weerlegt en weigert de ernst van zijn daden toe te geven."

Verzoekers verweer is hiermee beantwoord. De verwerende partij is van oordeel dat dit verweer niet van aard is om de bewezen feiten te weerleggen. Het volstaat dan dat de verwerende partij verwijst naar de determinerende reden die haar beslissing verantwoordt, zijnde de vaststelling dat verzoeker de spilfiguur is van "verbale en non-verbale gewelden" en dat "de

feiten voldoende bewezen [worden] geacht", alsook dat verzoeker "in elk geval" anders had kunnen en moeten reageren. Er kan geen schending van de formelemotiveringsplicht worden vastgesteld.

27. Uit wat voorafgaat volgt dat het middelonderdeel waarin de schending van de formelemotiveringsplicht wordt aangevoerd, niet gegrond is.

28. Het auditoraat besluit tot de gegrondheid van het tweede middel omdat de formelemotiveringsplicht en de materiëlemotiveringsplicht zouden zijn geschonden. Uit de bespreking hiervóór is evenwel gebleken dat de Raad van State die conclusie niet kan bijvallen. Er is bijgevolg grond tot aanvullend onderzoek, zowel van de overige onderdelen van het tweede middel als van het eerste middel.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt belast met een aanvullend onderzoek.

3. Bij de publicatie van dit arrest door de Raad van State wordt de identiteit van de verzoekende partij niet bekendgemaakt.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achtentwintig augustus tweeduizend twintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,

bijgestaan door

Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Tiny Temmerman	**Geert Van Haegendoren**