

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.110 van 16 maart 2021
in de zaak A. 226.046/IX-9754**

In zake : XXXX
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Koenraad Maenhout
 kantoor houdend te 2600 Antwerpen
 Filip Williotstraat 30, bus 0102
 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 31 augustus 2018, strekt tot de
nietigverklaring van het ministerieel besluit van 28 juni 2018 waarbij XXXX van
ambtswege uit zijn ambt wordt ontzet en met definitief verlof wordt geplaatst.

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.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 februari 2021.

Staatsraad Bruno Seutin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Buket Karaca, die *loco* advocaat Koenraad Maenhout verschijnt voor de verzoekende partij en luitenant Pieter-Jan Tuts, 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. Verzoeker maakt sinds 2001 deel uit van Defensie in de categorie van vrijwilligers. Vanaf 31 december 2013 is hij beroepsvrijwilliger met de graad van korporaal.

3.2. Op 13 maart 2017 vindt er een drugscontrole door de politie plaats in de eenheid van verzoeker. Onder meer verzoeker wordt positief bevonden op het gebruik van harddrugs (cocaïne). Om die reden wordt verzoeker op 17 maart 2017 preventief verwijderd uit de eenheid.

3.3. Op 21 maart 2017 stelt de korpscommandant voor – na verzoeker te hebben gehoord – om verzoeker te schorsen bij ordemaatregel. Verzoeker neemt de dag nadien kennis van voormeld voorstel en stelt geen verweerschrift te willen indienen.

3.4. Bij ministerieel besluit van 4 april 2017 wordt verzoeker tijdelijk uit zijn ambt ontheven door een schorsing bij ordemaatregel voor een duur van drie maanden met ingang van 6 april 2017. Deze schorsing bij ordemaatregel wordt naderhand telkens met drie maanden verlengd tot het bestreden besluit wordt genomen.

3.5. Op 13 april 2017 deelt de procureur des Konings te Hasselt aan verzoekers korpscommandant het volgende mee:

“Mijn ambt seponeert het dossier en verwijst betrokkene naar zijn korpscommandant om desgevallend tuchtrechtelijk te worden gestraft op grond van artikel 44 van de wet van 14.01.1975 houdende het tuchtreglement van de Krijgsmacht.”

In bijlage wordt als motivering nog aangevinkt “Voorrang aan de tuchtrechtelijke afhandeling”.

3.6. Op 27 juni 2017 stelt verzoekers korpscommandant voor om een statutaire maatregel te nemen ten aanzien van verzoeker nadat hij is gehoord. Verzoeker neemt hiervan dezelfde dag kennis en geeft hierbij aan geen verweer te laten gelden.

3.7. Op 26 juli 2017 stelt de chef van de divisie Administratieve Expertise ressorterende onder de algemene directie Human Resources, aan de minister van Defensie voor dat alle betrokkenen die zich schuldig hebben gemaakt aan het gebruik van harddrugs, vastgesteld tijdens de drugscontrole van 13 maart 2017, voor een onderzoeksraad dienen te verschijnen met het oog op een definitieve ambtsontheffing.

3.8. Op 21 augustus 2017 deelt de minister van Defensie aan verzoekers korpscommandant zijn intentie mee om het dossier van verzoeker door een onderzoeksraad te laten onderzoeken met het oog op de mogelijkheid voor verzoeker om tegen deze intentie een verweerschrift in te dienen uiterlijk de tiende werkdag na de betekening van de nota.

3.9. Op 1 september 2017 neemt verzoeker kennis van deze intentieverklaring. Hij merkt op dat de nota foute informatie bevat en dat hij nooit heeft toegegeven verboden middelen te hebben gebruikt. Verzoeker dient ook een verweerschrift in.

3.10. Intussen wordt ook een procedure ‘operationele tucht’ opgestart waarbij de korpscommandant *ad interim* aan verzoeker de tuchtsanctie van vier dagen zwaar arrest oplegt, waartegen verzoeker een beroep indient. Dit beroep wordt ingewilligd.

3.11. Op 27 september 2017 stelt de chef van de divisie Administratieve Expertise aan de minister van Defensie voor om verzoeker voor een onderzoeksraad te laten verschijnen, ondanks zijn bewering onschuldig te zijn.

3.12. Op 13 november 2017 deelt de minister van Defensie aan verzoeker zijn beslissing mee dat de hem ten laste gelegde feiten onderzocht zullen worden door een onderzoeksraad met het oog op een eventuele definitieve ambtsontheffing.

3.13. Op 8 januari 2018 wordt verzoeker gehoord door de onderzoeksraad.

3.14. Op 23 februari 2018 wordt het proces-verbaal van de uitspraak en adviezen van de onderzoeksraad opgesteld. De onderzoeksraad acht unaniem de ten laste gelegde feiten bewezen, alsook ernstig en onverenigbaar met de staat van vrijwilliger, maar adviseert onder punt 7 als volgt:

“Gezien de feiten enerzijds als bewezen beschouwd kunnen worden, en zich anderzijds baserend op het huidige drugsbeleid (daterend van 1996), volgt hieruit automatisch dat het gaat om ernstige feiten die niet verenigbaar zijn met het beroep van militair en resulteren in een ontslag van ambtswege.

De onderzoeksraad is echter van oordeel dat deze voorziene straf niet proportioneel is met de gepleegde feiten. Allereerst gaat het om drugsgebruik buiten de dienst die geen invloed heeft op de prestaties tijdens de dienst.

Vervolgens heeft de betrokken militair een goede staat van dienst (2de kans door korpscommandant) en heeft hij deelgenomen aan operaties ten dienste van zijn vaderland. Bijkomend kan men opmerken dat het huidige drugsbeleid in herziening is, maar dat het blijkbaar zeer moeilijk is om alle betrokkenen binnen Defensie op één lijn te krijgen. Tenslotte kan eventueel drugsgebruik beter beheerst worden in militair milieu waar een sterke sociale controle heerst.

Volgens de onderzoeksraad houdt nultolerantie niet in dat men bij een inbreuk de hoogste straf dient toe te kennen. Nultolerantie kan ook verwezenlijkt worden door bij een inbreuk adequaat op te treden met een straf die rekening houdt met de omstandigheden.

Daarom stelt de onderzoeksraad voor om een TATM van twee maanden op te leggen.”

3.15. Op 22 maart 2018 doet de chef van de divisie Administratieve Expertise de volgende aanbeveling aan de minister van Defensie ten aanzien van verzoeker:

“Rekening houdend met het huidige drugsbeleid van Defensie en met de reeds genomen beslissingen in andere gelijkaardige dossiers van harddrugsgebruik buiten de dienst blijft een definitieve ambtsontheffing een gepaste maatregel.”

De directeur-generaal Human Resources verklaart zich in zijn advies akkoord met deze aanbeveling.

3.16. Op 18 april 2018 informeert de minister van Defensie verzoekers korpscommandant over zijn intentie om verzoeker definitief uit zijn ambt te ontsetten en over verzoekers mogelijkheid om ook tegen deze intentie een verweerschrift in te dienen.

Op 1 mei 2018 dient verzoeker een verweerschrift in tegen de intentie tot definitieve ambtsontheffing.

3.17. Bij ministerieel besluit van 28 juni 2018 wordt verzoeker van ambtswege uit zijn ambt ontzet en met definitief verlof geplaatst. Dit is het bestreden besluit. Het is als volgt gemotiveerd:

“Gelet op de wet van 28 februari 2007 tot vaststelling van het statuut van de militairen en kandidaat-militairen van het actief kader van de krijgsmacht, artikel 57, gewijzigd bij de wet van 31 juli 2013;

Gelet op het koninklijk besluit van 14 oktober 2013 tot vaststelling van de procedure betreffende de statutaire maatregelen toepasselijk op de militairen van het actief kader en tot wijziging van meerdere koninklijke besluiten betreffende de militaire tucht, artikel 20;

Overwegende dat [verzoeker] op 13 maart 2017 betraptd werd op druggebruik tijdens een controle inzake verdovende middelen in het Kwartier CDT SBH [V. D.] in [L.];

Overwegende dat [verzoeker] verschenen is voor een onderzoeksraad op 8 januari 2018;

Overwegende dat de onderzoeksraad met unanimité stelt dat de feiten bewezen, ernstig en onverenigbaar zijn met de staat van vrijwilliger en bijkomend een tijdelijke ambtsontheffing bij tuchtmaatregel van 2 maanden voorstelt;

Overwegende mijn intentieverklaring van 18 april 2018 om [verzoeker] definitief uit zijn ambt te ontsetten, uit noodzaak coherent te blijven met het gevoerde beleid met betrekking tot het gebruik van harddrugs;

Overwegende dat betrokkene een bijkomend verweer laat gelden, waarin hij mijn intentie aanvecht op basis van het gebrek aan geldigheid van de politietest, het advies van de onderzoeksraad en het ontwerp van een nieuw drugsbeleid;

Overwegende dat aan de drugscontrole door de politie onder geen enkel voorwendsel mag worden getornd door Defensie. Deze controle wordt bovendien eveneens gevolgd door een beslissing van verwijzing naar de militaire tucht. De feiten moeten als vastgesteld beschouwd worden;

Overwegende dat de onderzoeksraad een advies geeft dat enkel betreffende de vaststelling van de feiten verbindt. Het behoort aan de bevoegde disciplinaire overheid om discretionair te oordelen welke de meest adequate op te leggen maatregel zou zijn;

Overwegende dat het bedoelde nieuwe drugsbeleid nog een ontwerp is en dat geen definitieve beslissing genomen werd. De overheid mag niet gebonden zijn door een ontwerp. Het drugsbeleid binnen Defensie blijft een nultolerantie, in het bijzonder voor harddrugs;

Overwegende dat het harddruggebruik betreft, waardoor het passend is een statutaire maatregel op te leggen om de ernst van het vergrijp te onderstrepen;

Overwegende dat drugfeiten niet mogen getolereerd worden in hoofde van eender welke militair;

Overwegende dat [verzoeker] met zijn gedrag een slecht voorbeeld stelt voor zijn werkomgeving;

Overwegende dat, gezien de specificiteit van de opdrachten van de Krijgsmacht, het zeker redelijk is dat de Krijgsmacht een strenge positie inneemt met betrekking tot drugfeiten;

Overwegende dat [verzoeker] op de hoogte was dat dergelijke feiten als ernstig en onverenigbaar met de staat van vrijwilliger worden beschouwd;

Overwegende dat gebruik van harddrugs voor militairen kan leiden tot

een vermindering van de operationele slagkracht en tot een aantasting van de tucht, hetgeen ontoelaatbaar is en in voorkomend geval dient gesanctioneerd te worden met een definitieve ambtsontheffing;

Overwegende dat de Krijgsmacht een organisme is waarin gebruik van harddrugs niet kan toegelaten worden;

Overwegende dat het coherent beleid dat door Defensie wordt gehanteerd, als het om gebruik van harddrugs gaat, erin bestaat om betrokkene van ambtswege te ontslaan;

Overwegende dat het advies van de onderzoeksraad aldus niet kan gevolgd worden en dat de band met [verzoeker] dient verbroken te worden.”

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging – vertrouwelijkheid van de stukken van het administratief dossier

Standpunt van de partijen

4. De verwerende partij heeft bij het administratief dossier een vertrouwelijk stuk gevoegd waaruit blijkt dat eerste soldaat B.V.G. een cruciale rol heeft gespeeld in een opsporingsonderzoek met betrekking tot harddrugs waarbij de door deze militair vrijgegeven informatie heeft geleid tot een belangrijke arrestatie. Gelet op de medewerking van deze militair aan dit opsporingsonderzoek is gevraagd om een minder strenge tuchtsanctie op te leggen. De minister van Defensie is op deze vraag ingegaan. De verwerende partij vraagt dit stuk als vertrouwelijk te behandelen, gelet op de classificatie ervan als ‘vertrouwelijk’ in de zin van artikel 4 van de wet van 11 december 1998 ‘betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen’.

5 In zijn memorie van wederantwoord vraagt verzoeker inzage in het vertrouwelijk stuk en de lichte van de vertrouwelijkheid ervan, nu dit stuk volgens de verwerende partij de verantwoording zou uitmaken voor het verschil in het gevoerd beleid tussen eerste soldaat B.V.G. en verzoeker.

Beoordeling

6. In haar laatste memorie stelt de verwerende partij dat de minister van Defensie eerste soldaat B.V.G. enkel een tweede kans heeft gegund met het oog op het scheppen van een precedent om militairen, die weet hebben van druggebruik (en mogelijk zelf gebruiken), aan te zetten deze zaken aan de oppervlakte te brengen. Vermits het strafonderzoek zelf geseponeerd was, kon volgens haar B.V.G. enkel nog beloond worden voor diens medewerking via het tuchtrecht. In dit verband citeert zij uit dit vertrouwelijk stuk als volgt:

“Er wordt overwogen om, via de vigerende weg, een tussenkomst te regelen in het voordeel van de informatiebron. U begrijpt dat Defensie hierin een cruciale rol speelt ...”

Aangezien dat citaat de essentie van het vertrouwelijk stuk weergeeft en verzoeker na lezing van de laatste memorie van de verwerende partij in zijn laatste memorie niet langer aandringt om toch nog de vertrouwelijkheid van dit stuk te lichten, mag er worden van uitgegaan dat hij afziet van zijn vraag tot lichting van de vertrouwelijkheid.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. In een enig middel voert verzoeker de schending aan van de formele- en materiële motiveringsplicht, van de zorgvuldigheidsplicht, van het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel en van het gelijkheidsbeginsel.

Verzoeker wijst erop dat overeenkomstig artikel 57 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’ een militair die zich schuldig heeft gemaakt aan ernstige feiten die niet verenigbaar zijn met de staat van militair definitief uit zijn ambt kan worden ontzet, maar dat de onderzoeksraad

aan de minister ook kan voorstellen om een andere maatregel dan de definitieve ambtsontheffing uit te spreken. Ook artikel 20 van het koninklijk besluit van 14 oktober 2013 ‘tot vaststelling van de procedure betreffende de statutaire maatregelen toepasselijk op de militairen van het actief kader en tot wijziging van meerdere koninklijke besluiten betreffende de militaire tucht’ voorziet in de mogelijkheid om andere tuchtstraffen uit te spreken dan de definitieve ambtsontheffing.

7.2.1. Volgens verzoeker diende de onderzoeksraad drie vragen te beantwoorden:

- “1. Zijn de feiten bewezen?
2. Zijn de feiten ernstig?
3. Zijn de feiten onverenigbaar met de staat van vrijwilliger?”

7.2.2. Verzoeker is van oordeel dat de onderzoeksraad ten onrechte heeft besloten dat de feiten bewezen zijn. De drugscontrole werd op 13 maart 2017 uitgevoerd door middel van een urinetest die tot verbazing van verzoeker positief was. Hij heeft verzocht om een tweede urinetest maar dit werd geweigerd omdat geen extra testmateriaal voorhanden was. Verzoeker is dan huiswaarts gekeerd en heeft na overleg met zijn kapitein onmiddellijk (dezelfde dag) een bloedonderzoek door zijn huisarts laten uitvoeren. Het resultaat hiervan was negatief. Na kennisname van dit resultaat heeft verzoeker, opnieuw na overleg met zijn kapitein, een urinetest laten afnemen door zijn huisarts op 15 maart 2017, en ook het resultaat van deze test was negatief. Verzoeker had bijgevolg grote vragen bij het initieel urineonderzoek, reden waarom hij op eigen kosten een DNA-analyse (van de eerste urinetest) heeft laten uitvoeren. Urinetesten zijn niet 100% betrouwbaar. De Belgische politie gebruikt sinds 1 oktober 2010 speekseltesten om drugs op te sporen. Hoe dan ook, verzoeker is nooit in aanraking gekomen met drugs en wist dan ook niet welke test hij moest laten uitvoeren en wanneer. Verzoeker is ervan overtuigd dat indien hij onmiddellijk een tweede urinetest had mogen afleggen, of indien hij beter geïnformeerd was over de verschillende mogelijke testen, de oorspronkelijke test zou zijn tegengesproken geweest en dat

het bestreden besluit nooit zou zijn genomen. De onderzoeksraad heeft trouwens erkend dat de *testing* en de procedure waarschijnlijk beter hadden moeten zijn verlopen en dat er in de eenheden veel onwetendheid is om met dergelijke voorvallen om te gaan. De onderzoeksraad heeft tevens vastgesteld dat verzoeker een zeer goed militair is, zoals uit zijn evaluatienota's blijkt.

Er bestaat volgens verzoeker dan ook geen afdoend bewijs van de feiten, hetgeen de onderzoeksraad heeft bevestigd, terwijl het nochtans de tuchtoverheid toevalt om de tuchtfeiten te bewijzen. Waar de onderzoeksraad stelt dat verzoeker niet op afdoende wijze het druggebruik weerlegt, draait hij de bewijslast om. Verzoeker heeft nochtans aangetoond dat er ernstige vragen kunnen worden gesteld bij het enige urinestaal waarop de tuchtoverheid zich beroept. De twee tegenexpertises tonen op zijn minst aan dat er sprake is van gerede twijfel. In het bestreden besluit wordt verkeerdelijk gesteld dat verzoeker "betrapt werd op druggebruik". Voor verzoeker zijn de feiten dan ook niet bewezen.

7.2.3. Met betrekking tot de vraag of de feiten ernstig zijn, heeft de onderzoeksraad volgens verzoeker gesteld dat druggebruik binnen Defensie altijd ernstig is en hij verwijst hiervoor naar het algemeen order van 11 juli 1996 (AO-J/817) dat niet openbaar is en waarover verzoeker niet beschikt. Toch verwijzen zowel de onderzoeksraad als de minister naar de nultolerantie die in het algemeen order zou zijn opgenomen. De onderzoeksraad heeft ook erkend dat het uit 1996 daterend drugsbeleid dringend aan herziening toe is. In zoverre er nu een nultolerantie geldt, wijst verzoeker erop dat deze niet blijkt, noch uit de wet van 28 februari 2007, noch uit het koninklijk besluit van 14 oktober 2013. De tuchtoverheid beschikt ter zake over een discretionaire bevoegdheid in die zin dat enkel zij beslist welke de meest adequate maatregel is die moet worden opgelegd. Niettemin heeft de onderzoeksraad overeenkomstig artikel 20 van het koninklijk besluit van 14 oktober 2013 voorgesteld een tijdelijke ambtsontheffing bij tuchtmaatregel op te leggen, omdat hij van oordeel was dat een definitieve ambtsontheffing niet in verhouding stond tot de feiten en omdat een nultolerantie,

naar het oordeel van de onderzoeksraad, niet automatisch inhoudt dat men de hoogste straf moet opleggen.

Naarmate de omvang van de discretionaire bevoegdheid groter is en naarmate de tuchtstraf zwaarder is, is de formelemotiveringsplicht strenger. De formele motivering moet des te concreter en preciezer zijn naarmate de beslissing afwijkt van een voorafgaand advies, ook al is dit niet bindend. De tuchtoverheid moet duidelijk maken waarom zij van oordeel is de argumenten van de adviesverlenende instantie niet te kunnen volgen. De minister heeft ervoor gekozen, in tegenstelling tot het advies van de onderzoeksraad, om de zwaarste sanctie op te leggen. Alle redelijkheid is hier zoek. De minister heeft op geen enkele wijze rekening gehouden met de verzachtende omstandigheden die in het advies van de onderzoeksraad werden uiteengezet. De enige motivering die wordt gegeven, is de nultolerantie zoals die zou gelden binnen Defensie, maar die geen enkele wettelijke grondslag heeft. De minister verwijst slechts naar algemeenheden zoals “dat drugfeiten niet mogen getolereerd worden in hoofde van eender welke militair” en “dat de Krijgsmacht een organisme is waarin gebruik van harddrugs niet kan toegelaten worden”. Op geen enkele manier maakt het bestreden besluit concreet duidelijk waarom afgeweken wordt van het advies van de onderzoeksraad en waarom de argumenten en verzachtende omstandigheden in dat advies niet kunnen worden gevolgd.

7.2.4. Met betrekking tot de vraag of de feiten onverenigbaar zijn met de staat van vrijwilliger, argumenteert verzoeker dat de onderzoeksraad hierop slechts een zeer algemeen antwoord formuleert, zonder enige concrete toepassing op de situatie van verzoeker. Er wordt namelijk verwezen naar de onverenigbaarheid van druggebruik zoals blijkt uit het algemeen order, en gesteld dat druggebruik het imago en de geloofwaardigheid van Defensie schaadt, dat iedere rekrut tijdens de basisopleiding geïnformeerd wordt over de nultolerantie, hetgeen jaarlijks herhaald wordt tijdens de *Joint Individual Common Core Skills* (JICCS) en dat druggebruik een nefaste impact zal hebben op het uitvoeren van gewapende opdrachten en het functioneren binnen Defensie. Dat het om een

automatisme gaat, blijkt ook uit het advies waar wordt gesteld dat uit het niet volgen van het drugbeleid automatisch volgt dat het gaat om ernstige feiten die niet verenigbaar zijn met het beroep van militair en die resulteren in een ontslag van ambtswege. Ook het bestreden besluit volgt deze standaardmotivering.

7.3. In zoverre in het bestreden besluit wordt verwezen naar het “coherent beleid” dat erin bestaat dat betrokkene, in geval van gebruik van harddrugs, van ambtswege wordt ontslagen, wijst verzoeker erop dat er geen sprake is van een coherent beleid met een gelijke behandeling. Bij het drugonderzoek van 13 maart 2017 kregen drie militairen een positief testresultaat, waaronder eerste soldaat B.V.G.. Deze laatste heeft aan verzoeker meegedeeld dat hem bij ministerieel besluit van 28 juni 2018 een tijdelijke ambtsontheffing bij tuchtmaatregel van 21 dagen werd opgelegd. Verzoeker en B.V.G. hadden nochtans een quasi identiek verweerschrift opgesteld na het voorstel tot definitieve ambtsontheffing door de minister. Het gelijkheidsbeginsel vereist dat personen die zich in dezelfde feitelijke omstandigheden bevinden, op dezelfde wijze worden behandeld. Het gelijkheidsbeginsel impliceert tevens dat wanneer een overheid voor zichzelf een beleidslijn uitstippelt voor het uitoefenen van haar discretionaire bevoegdheid, zij niet willekeurig van die beleidslijn kan afwijken. Het ministerieel besluit in het dossier van B.V.G. toont duidelijk aan dat, hoewel men beweert een coherent beleid te voeren, dit *in casu* niet het geval is.

In het tuchtrecht bestaat er geen ‘tarifiering’ inzake straftoemeting, zodat de tuchtoverheid daarover discretionair oordeelt. Discretionaire bevoegdheid is evenwel geen synoniem van willekeur: de overheid is immers gebonden door het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Ook het bestaan van richtlijnen – de nultolerantie, waaruit dan de zwaarste sanctie volgt – ontslaat de tuchtoverheid er niet van de redelijkheidstoets te maken, wat de minister niet heeft gedaan.

8.1. Met betrekking tot het standpunt van de verwerende partij dat vanwege het sepot om opportuniteitsredenen het parket de in hoofde van verzoeker

ten laste gelegde feiten bewezen acht, benadrukt verzoeker in zijn memorie van wederantwoord dat dit niet juist is. Het sepot is geen rechterlijke beslissing en er gaat dus geen gezag van gewijsde van uit. Er is *in casu* geen strafrechtelijke vervolging en bijgevolg ook geen strafrechtelijke veroordeling door een vonnisgerecht vanwege vaststaande feiten en schuld.

Het is voor verzoeker ook niet duidelijk waarom de verwerende partij verwijst naar een brief van de federale procureur van 18 november 2013 dat bij een verwijzing van een dossier naar de korpstucht de zaak van rechtswege aanhangig wordt gemaakt bij de militaire tuchtoverheid en dit de strafvordering doet vervallen, en zij hieruit afleidt dat er automatisch een tuchtrechtelijke bestraffing mag worden verwacht aangezien het parket de zaak uit handen geeft.

Volgens verzoeker is de inhoud van dit schrijven veeleer erop gericht om kritiek en bezorgdheid te uiten op de manier waarop de militaire tuchtoverheid al dan niet optreedt, daar, wanneer het toch tot een tuchtsanctie zou komen – wat geen automatisch gevolg is van een opgestarte tuchtprocedure – een aantal sancties niet worden uitgevoerd, en dit, aldus de federale procureur in 2013, zou betekenen dat een doorverwijzing naar de korpstucht *de facto* zonder echt gevolg blijft.

Op geen enkele wijze kan deze brief van de federale procureur van 2013 geïnterpreteerd worden als zijnde het vooropstellen van een automatische bestraffing door de tuchtoverheid die een sepot als gevolg dient te hebben.

8.2. In de mate dat de verwerende partij stelt dat de ongelijke behandeling tussen verzoeker en eerste soldaat B.V.G. het gevolg is van de medewerking van B.V.G. aan een opsporingsonderzoek, waarbij deze een cruciale rol heeft gespeeld in een opsporingsonderzoek met betrekking tot harddrugs waarbij de door hem vrijgegeven informatie geleid heeft tot een belangrijke arrestatie, betoogt verzoeker in zijn memorie van wederantwoord dat hij en B.V.G. zich wel in een vergelijkbare situatie bevinden. Verzoeker en B.V.G. zijn op het

ogenblik van het bewuste tuchtfeit beiden militair (1), die op dezelfde dag een positief urinestaal hadden voor dezelfde harddrug (2) en die beiden volgens het drugsbeleid binnen Defensie onder een nultolerantie vallen (3). Verzoeker is echter van ambtswege uit zijn ambt ontzet, maar B.V.G. is slechts bij tuchtmaatregel uit zijn ambt ontheven voor een duur van 21 dagen.

De medewerking aan een opsporingsonderzoek kan volgens verzoeker niet worden bestempeld als een objectieve en redelijke verantwoording voor het verschil in behandeling, temeer daar verzoeker steeds van het vermoeden van onschuld moet kunnen genieten. In tuchtzaken kan de houding inzake de verdediging nooit als tuchtfeit op zich worden beschouwd.

Verzoeker wijst erop dat hij nooit in contact is gekomen met (hard)drugs in tegenstelling tot B.V.G. “die blijkbaar minstens kennis had van het druggebruik (binnen Defensie?) zodat de door hem verleende informatie heeft geleid tot een belangrijke arrestatie (binnen Defensie?)”.

9. In zijn laatste memorie stelt verzoeker dat wat de door hem aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel betreft, het verwonderlijk is dat de verwerende partij in haar laatste memorie verwijst naar arrest nr. 246.101 van 18 november 2019 van de Raad van State om te onderstrepen dat tuchtzaken zich in principe niet lenen tot vergelijking, wanneer de Raad van State in dit arrest heeft gesteld dat “een verschillende afhandeling van een tuchtzaak [...] slechts dan onregelmatig [is] wanneer de beoordelingselementen waarmee de tuchtoverheid rekening heeft gehouden dezelfde zijn en wanneer zij geen deugdelijke verantwoording kan geven voor de verschillende opstelling in de onderscheiden tuchtzaken”.

Verzoeker benadrukt dat hij en eerste soldaat B.V.G. zich in dezelfde situatie bevinden, maar *in casu* niet gelijk worden behandeld. De medewerking aan een opsporingsonderzoek kan niet bestempeld worden als een

objectieve en redelijke verantwoording voor het verschil in behandeling van beiden.

Ook het scheppen van een precedent, zoals de verwerende partij voor het eerst stelt in zijn laatste memorie, is volgens verzoeker geen objectieve en redelijke verantwoording.

Beoordeling

10.1. Vooreerst voert verzoeker aan dat de feiten niet bewezen zijn, minstens dat er gerede twijfel over het bewijs bestaat, gelet op de tegenexpertises die verzoeker heeft bijgebracht.

Verzoeker stelt dat hij op aanraden van zijn kapitein het initiatief heeft genomen om dezelfde dag (13 maart 2017) bij de huisarts een bloedstaal te laten afnemen, en nadat dit negatief bleek te zijn en hij tevens op 15 maart 2017 bij zijn huisarts een tweede urinetest heeft laten afnemen, die eveneens negatief was. Verzoeker meent dat op grond daarvan minstens ernstige vragen gesteld kunnen worden bij de juistheid van het resultaat van de eerste urinetest.

Over deze twee bijkomende testen op initiatief van verzoeker wordt in het proces-verbaal van de onderzoeksraad door de voorzitter het volgende gesteld:

“Het is misschien verwonderlijk voor u dat het resultaat van de tests die u bij uw arts heb afgelegd niet in beschouwing wordt genomen en dat de procedure bijgevolg niet wordt gestopt. Graag wil ik u dit even nader verklaren, want dat is u blijkbaar niet echt goed uitgelegd. U hebt zich de dag zelf naar uw huisarts begeven en die heeft een bloedstaal afgenomen. Een bloedstaal is echter niet veelzeggend. Het maximale dat dit staal weergeeft is het feit dat je enkel die dag al dan niet cocaïne hebt gebruikt. Dit levert dus niet veel op, gezien de test heeft plaatsgevonden op maandag met de bedoeling of er de vrijdag, zaterdag of zondag voordien drugs werden gebruikt. Afhankelijk van het soort standaardurinetest die wordt aangewend tot detectie van cocaïne, kan men twee tot maximum vier dagen terug gaan in de tijd. Dit betekent dat die bloedtest niet representatief is en dat de eenheid u daarom de afname van een tweede urinetest heeft aangeraden. Deze afname

heeft pas op woensdag plaatsgehad. Wanneer men nu uiterlijk tot vier dagen in de tijd teruggaat dan beslaat die de tijdspanne t.e.m. zondag. De urinetest uitgevoerd op maandag heeft betrekking op mogelijk gebruik van vrijdag t.e.m. zondag. Er is dus een tijdsverschil tussen waarvoor niets wordt bewezen. Het enige wat u met de tweede urinetest bewijst is het feit dat u tussen zondag en woensdag niets hebt gebruikt, maar niet of dit wel zo was op vrijdag en het weekend erna.”

Verzoeker betwist deze analyse niet, ook niet in huidig beroep. Eruit blijkt dat zijn tegenexpertises niet het bewijs leveren dat het resultaat van de eerste urinetest foutief was.

Verzoeker wijst er ook nog op dat hij op eigen initiatief een DNA-analyse van de eerste urinetest heeft laten uitvoeren. De resultaten daarvan zijn door hem aangebracht in de procedure. Daarin wordt onder meer gesteld:

“Vergelijking van de bekomen DNA-profielen van het DNA-isolaat van het urinestaal (DNA 11221-1) en het DNA-isolaat van de wissel met wangslimvlies van [verzoeker] (DNA 11221-2) toont aan dat beide DNA-profielen volledig overeenstemmen.

[...]

Het is bewezen met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid dat het urinestaal (DNA11221-1) afkomstig is van [verzoeker]. De kans dat een ander persoon hetzelfde DNA-profiel heeft, is 1/778.1020.”

Dat het eerste urinestaal van verzoeker afkomstig is, kan derhalve in redelijkheid niet betwist worden.

Zelfs indien het zo is dat urinestalen niet 100% betrouwbaar zijn inzake detectie van drugs, zoals verzoeker beweert, dan bevat het eerste urinestaal toch een ernstige aanwijzing. De verwerende partij gaat ervan uit dat de feiten bewezen zijn.

In dat verband kan eraan herinnerd worden dat de tuchtoverheid bij de uitoefening van haar tuchtbevoegdheid een discretionaire beoordelingsbevoegdheid heeft, zowel op het stuk van de bewezenverklaring als op het vlak van de tuchtrechtelijke kwalificatie van de ten laste gelegde feiten. De

tuchtoverheid beoordeelt in beginsel op discretionaire wijze de bewijswaarde van de gegevens uit het tuchtdossier om tot een bepaalde overtuiging te komen. Het valt aan de Raad van State binnen het raam van zijn wettigheidstoezicht niet toe om zelf een beoordeling te maken van het bewezen zijn van de ten laste gelegde feiten of van de kwalificatie ervan als tuchtvergrijpen. De Raad van State is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de tuchtoverheid 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 gekomen.

De tuchtoverheid en in eerste instantie de onderzoeksraad is *in casu* geconfronteerd met het resultaat van een eerste urinestaal waaruit het harddruggebruik van verzoeker blijkt, zonder dat hij het tegenbewijs heeft geleverd dat dit resultaat niet correct is. Dat de onderzoeksraad in die omstandigheden heeft geoordeeld dat het druggebruik is aangetoond en dat verzoeker er niet is in geslaagd dit op afdoende wijze te weerleggen, is een oordeel dat niet onjuist is, noch de grenzen van de redelijkheid overschrijdt. De minister is overeenkomstig artikel 57, derde lid, van de wet van 28 februari 2007 wat het bewijs van de feiten betreft, trouwens gebonden door het advies van de onderzoeksraad.

In zoverre in het middel wordt aangevoerd dat de feiten niet bewezen zijn, is het ongegrond.

10.2. In zijn middel voert verzoeker ook aan dat de motiveringsplicht wordt geschonden, omdat uit de motivering van het bestreden besluit niet blijkt waarom wordt afgeweken van (de argumenten in) het advies van de onderzoeksraad, omdat slechts op algemene wijze wordt uiteengezet waarom de feiten onverenigbaar zijn met de staat van militair en in het bestreden besluit wordt gesteld dat het steunt op een coherent beleid.

Anders dan verzoeker meent, blijken uit de overwegingen van het bestreden besluit de redenen waarom de minister het advies van de onderzoeksraad niet heeft gevolgd.

Vooreerst wijst de minister van Defensie erop dat hij discretionair oordeelt wat de meest adequate maatregel is. Dit is correct, aangezien het advies van de onderzoeksraad op dit punt niet bindend is.

Daarnaast weerlegt de minister het argument van de onderzoeksraad dat het drugbeleid binnen de krijgsmacht in beweging is, door erop te wijzen dat hij niet gebonden is door een ontwerp. Dat er ten tijde van het bestreden besluit binnen de Krijgsmacht nog steeds een nultolerantiebeleid geldt, is bijgevolg correct. In zoverre verzoeker ervan uitgaat dat dit nultolerantiebeleid grond zou moeten vinden in een wettelijke of reglementaire bepaling, geeft hij niet aan waarom dit zo zou dienen te zijn. Het ontbreken van een wettelijke of reglementaire grondslag belet de minister en de militaire overheden niet, in het kader van hun discretionaire bevoegdheid, een beleidslijn uit te stippelen inzake druggebruik.

Verzoeker stelt ook geen kennis te hebben van het algemeen order, maar hij spreekt het advies van de onderzoeksraad niet tegen waarin wordt gesteld dat militairen tijdens hun basisopleiding geïnformeerd worden over de nultolerantie inzake druggebruik, hetgeen jaarlijks wordt herhaald tijdens de “Joint Individual Common Core Skills”. Dat verzoeker kennis had of moest hebben van dit beleid, kan bijgevolg in redelijkheid niet worden betwist.

Ten slotte zet de minister de redenen uiteen waarom in geval van gebruik van harddrugs, conform het beleid, het ontslag van ambtswege wordt opgelegd, in essentie omwille van het schaden van het imago en de geloofwaardigheid en het in het gedrang brengen van de werking van de krijgsmacht.

Uit deze motivering blijkt impliciet maar zeker waarom de minister het advies van de onderzoeksraad niet volgt. Dat verzoeker het niet eens is met die motivering doet geen afbreuk aan de vaststelling dat verzoeker uit deze motivering de redenen kan achterhalen waarom de minister het advies niet volgt en waarom hij meent dat verzoeker definitief uit zijn ambt ontheven moet worden.

In zoverre verzoeker aanvoert dat slechts zeer algemeen geantwoord wordt op de vraag waarom de feiten onverenigbaar zijn met de staat van militair en zonder deze vraag concreet op zijn situatie te betrekken, gaat hij ervan uit dat, niettegenstaande het bestaan van het nultolerantiebeleid inzake (hard)druggebruik, concreet moet worden gemotiveerd waarom dit druggebruik onverenigbaar is met de staat van militair. Uit het bestaan van het nultolerantiebeleid volgt evenwel dat (hard)druggebruik volgens de verwerende partij onverenigbaar is met de staat van militair, zonder dat dit een bijzondere motivering vereist.

10.3.1. Volgens verzoeker wordt het nultolerantiebeleid niet coherent toegepast aangezien aan eerste soldaat B.V.G., die eveneens positief werd getest op druggebruik, slechts een tijdelijke ambtsontheffing bij tuchtmaatregel werd opgelegd.

Verzoeker gaat er evenwel aan voorbij dat B.V.G. een cruciale rol heeft gespeeld in een opsporingsonderzoek met betrekking tot harddrugs waarbij zijn informatie heeft geleid tot een belangrijke arrestatie. Daarom is gevraagd een minder strenge statutaire maatregel op te leggen. De minister is ingegaan op die vraag en heeft om die reden slechts een tijdelijke ambtsontheffing bij tuchtmaatregel opgelegd aan B.V.G., hetgeen in het ministerieel besluit gemotiveerd wordt door de volgende overweging:

“Overwegende dat eerste soldaat [B.V.G.] echter nog een ultieme tweede kans verdient gezien de uitzonderlijke omstandigheden, met name zijn medewerking aan het onderzoek.”

10.3.2. Het staat aan een tuchtoverheid vrij om met de medewerking aan een strafrechtelijk onderzoek al dan niet rekening te houden bij het opleggen van een tuchtstraf. Het in aanmerking nemen hiervan is dan ook een in recht en redelijkheid aanvaardbaar motief voor die tuchtoverheid om een afwijking van de eigen beleidsregel in een individueel geval te verantwoorden.

In casu mocht de verwerende partij dan ook omwille van uitzonderlijke omstandigheden – medewerking aan een strafrechtelijk onderzoek – afwijken van haar beleidslijn (nultolerantie).

10.3.3. Uit wat voorafgaat volgt dat in zoverre in de motivering wordt gesteld dat Defensie een “coherent beleid” voert als het om gebruik van harddrugs gaat – ontslag van ambtswege – hieraan geen afbreuk wordt gedaan door in uitzonderlijke en gerechtvaardigde omstandigheden van haar eigen beleidsregel af te wijken.

10.4.1. In de mate dat verzoeker de schending van het gelijkheidsbeginsel aanvoert, moet eraan worden herinnerd dat hij in zulk geval met voldoende concrete elementen dient aan te tonen dat hij ongelijk is behandeld ten opzichte van wie zich in een vergelijkbare situatie bevindt.

10.4.2. Verzoeker voert aan dat hij en eerste soldaat B.V.G. zich in een vergelijkbare situatie bevinden. Verzoeker en B.V.G. zijn op het ogenblik van het bewuste tuchtfeit beiden militair (1), die op dezelfde dag een positief urinestaal hadden voor dezelfde harddrug (2) en die beiden volgens het drugsbeleid binnen Defensie onder een nultolerantie vallen (3).

Verzoeker lijkt echter uit het oog te verliezen dat eerste soldaat B.V.G. – in tegenstelling tot verzoeker – zijn medewerking heeft verleend aan een strafonderzoek waardoor een belangrijke spilfiguur kon worden gearresteerd. Daarin onderscheidt de situatie van eerste soldaat B.V.G. zich van verzoeker. Verzoeker mag het daarmee niet eens zijn, maar daardoor mocht de verwerende

partij ervan uitgaan dat het geen identieke feitelijke gegevens zijn die haar ter beoordeling voorlagen en mocht zij, rekening houdend met deze uitzonderlijke omstandigheid, afwijken van haar beleidslijn (nultolerantie) en een mildere tuchtstraf opleggen aan eerste soldaat B.V.G.

10.4.3. Uit wat voorafgaat volgt dat een schending van het gelijkheidsbeginsel niet is aangetoond.

10.5. In de mate dat verzoeker aanvoert dat het bestreden besluit de zorgvuldigheidsplicht schendt, moet worden vastgesteld dat hij in zijn uiteenzetting in zijn inleidend verzoekschrift niet uitlegt hoe dit beginsel is geschonden.

In zoverre is het middelonderdeel niet ontvankelijk.

10.6. In zoverre verzoeker het redelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel geschonden acht omdat de minister, wat de strafmaat betreft, afwijkt van de adviezen van de korpscommandant en de onderzoeksraad, kan hij evenmin worden gevolgd. De loutere vaststelling dat op grond van die adviezen een lichtere sanctie kon worden opgelegd, volstaat niet om te besluiten dat de minister daarbij de grenzen van de redelijkheid en de evenredigheid heeft overschreden. Daartoe moet worden aangetoond dat de beslissing dermate afwijkt van het normale beslissingspatroon, of dat er een zodanige wanverhouding bestaat tussen die motieven en de inhoud ervan, dat het niet denkbaar is dat een andere zorgvuldig handelende overheid in dezelfde omstandigheden tot die besluitvorming zou komen. Het is niet ondenkbaar dat een andere zorgvuldig handelende overheid een personeelslid van ambtswege zou ontslaan in geval van bewezen gebruik van harddrugs.

11. Het middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een bijdrage van 20 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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 zestien maart tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren