

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.111 van 16 maart 2021
in de zaak A. 226.061/IX-9756**

In zake : XXXX
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Pascal Malumgré
 kantoor houdend te 3980 Tessenderlo
 Lichtveld 38, bus 001
 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 3 september 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 Pascal Malumgré, die 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 2009 deel uit van Defensie in de categorie van vrijwilligers. Vanaf maart 2011 is hij beroepsvrijwilliger met de graad van eerste soldaat.

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 de 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 12 mei 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 tegen verzoeker 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 (2^{de} 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 herval van 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 drie maanden op te leggen. Tevens wordt het opportuun geacht om betrokkene niet te laten terugkeren naar zijn oorspronkelijke eenheid.”

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 harddruggebruik 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 9 mei 2018 deelt verzoekers korpscommandant mee dat verzoeker geen verweerschrift heeft bezorgd binnen de wettelijke termijn.

3.17. Bij ministerieel besluit van 28 juni 2018 wordt verzoeker van ambtswege uit zijn ambt ontszet en met definitief verlof geplaatst.

Dat is het bestreden besluit. Het is gemotiveerd als volgt:

“Overwegende dat [verzoeker] op 13 maart 2017 betraapt 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 3 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 drug[s]controle 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 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 door 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. Onderzoek van de middelen

A. Vooraf

4. In zijn eerste middel voert verzoeker onder meer de schending aan van het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel. Het onderzoek naar de schending van deze beginselen is slechts aan de orde, indien vaststaat dat het bestreden besluit steunt op deugdelijke materiële motieven. Daarom wordt eerst het eerste middel onderzocht in zoverre de schending wordt aangevoerd van de formelemotiveringsplicht, alsook het derde middel dat genomen is uit de schending van de materiëlemotiveringsplicht. Pas daarna volgt het onderzoek van het tweede middel en de aangevoerde schending van het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel.

B. Eerste middel, eerste middelonderdeel: schending van de formelemotiveringsplicht

Uiteenzetting van het middelonderdeel

5. In het eerste middelonderdeel van het eerste middel stelt verzoeker dat het bestreden besluit de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ schendt.

Met verwijzing naar de motivering van het bestreden besluit voert verzoeker aan dat de minister ervan uitgaat dat het onomstotelijk vaststaat dat verzoeker zich schuldig heeft gemaakt aan het gebruik van harddrugs, terwijl hij dit steeds heeft ontkend, alle mogelijke middelen heeft aangewend om aan te tonen dat hij geen drugs heeft gebruikt en de resultaten van de uitgevoerde controle betwistbaar zijn.

Bij de controle van het voertuig en van de vestiairekast van verzoeker, bijgestaan door de drugshond en zijn begeleider werden geen drugs aangetroffen. Onmiddellijk na de afname van het urinestaal op 13 maart 2017 heeft verzoeker verzocht om dezelfde dag nog een tweede test uit te voeren, wat werd geweigerd. Op zijn eigen initiatief werd 's anderendaags een nieuwe test afgenomen die een negatief resultaat toonde. Ook de korpscommandant heeft in zijn advies betreffende de te nemen statutaire maatregelen vraagtekens geplaatst bij de correctheid van het onderzoek en heeft daarom aan de minister gevraagd een tweede kans in overweging te willen nemen. Verzoeker heeft op elk ogenblik van de procedure de aandacht gevestigd op de gebrekkige wijze waarop de urinestalen op 13 maart 2017 werden afgenomen en op de procedurefouten die in dat kader zijn begaan.

Om de ondeugdelijkheid van de resultaten van de op 13 maart 2017 uitgevoerde controle aan te tonen, stelt verzoeker beroep te hebben gedaan op de expertise van professor J.T., die in zijn rapport van 5 januari 2018 besluit dat op grond van het negatief resultaat van het onderzoek van het staal dat afgenomen werd op 14 maart 2017 besloten dient te worden:

“dat er geen wetenschappelijke verklaring bestaat om de positieve resultaten inzake cocaïne en THC in het staal van 13 maart 2017, te kunnen correleren met de negatieve resultaten voor deze 2 parameters in het staal van 14 maart 2017. De verklaring voor deze discrepantie moet m.a.w. elders gezocht worden, mogelijks ten gevolge van een staalverwisseling die ons inzien thans niet kan uitgesloten worden.”

Ondanks de betwistbare resultaten van het uitgevoerde onderzoek en het feit dat het parket het niet nodig achtte om verzoeker strafrechtelijk te vervolgen, stond het volgens verzoeker van bij het begin voor de minister al vast dat een statutaire maatregel genomen moest worden en dat een onderzoeksraad bijeengeroepen moest worden met het oog op een eventueel ontslag uit de krijgsmacht. In zijn schrijven aan de korpscommandant van 21 augustus 2017 gaat hij ervan uit dat verzoeker zou hebben toegegeven

verdovende middelen te hebben gebruikt. Met het verweer dat op 5 september 2017 door de raadsman van verzoeker in verband met het voornemen van de minister werd ingediend en waarin onder meer ook wordt gewezen op de pertinente onjuistheid van de bewering van de minister dat verzoeker het druggebruik zou hebben toegegeven, werd op geen enkele wijze rekening gehouden.

Het parket van Hasselt heeft de korpscommandant op de hoogte gebracht van de seponering van het dossier en de verwijzing naar de korpstucht met het oog op een eventuele tuchtrechtelijke vervolging.

Volgens verzoeker moet het opleggen van een definitieve ambtsontheffing als buitensporig worden beschouwd en gaat dit in tegen alle adviezen en beslissingen die werden uitgebracht, door de korpscommandant, door de onderzoeksraad en door het parket. Ten bewijze daarvan verwijst hij naar:

1. het advies van de korpsoverste:

“Gezien:

- de goede staat van dienst
 - de vraagtekens die men kan stellen bij de correctheid van het onderzoek zelf
 - betrokkene nooit in aanraking is gekomen met verdovende middelen in het verleden (niet ANG gekend)
 - gezien betrokkene bijna nooit alcohol gebruikt – zijn oprechte overtuiging van zijn onschuld
- vraag ik om zeker een tweede kans in overweging te willen nemen.”

2. het advies van de onderzoeksraad:

“Gezien de feiten enerzijds als bewezen beschouwd kunnen worden, en zich anderzijds baserend op het huidig 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 (2^{de} 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 herval van 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 drie maanden op te leggen. Tevens wordt het opportuun geacht om betrokkene niet te laten terugkeren naar zijn oorspronkelijke eenheid.”

Ook al zijn deze adviezen niet bindend, zijn ze bij wet voorgeschreven en diende de verwerende partij volgens verzoeker via een formele motivering aan te geven waarom zij deze adviezen niet heeft gevolgd. Dit is *in casu* niet gebeurd. Het bestreden besluit vermeldt geenszins waarom de verwerende partij het niet nodig achtte om de voormelde adviezen van de korpschef en de onderzoeksraad niet te volgen.

Er waren daarenboven meer dan gerede twijfels over de correctheid van de uitgevoerde drugscontrole en over de correctheid van de resultaten van deze controle. Ook al was de minister als disciplinaire overheid niet gebonden door het advies betreffende de te nemen statutaire maatregel, dan nog zijn er voldoende elementen aanwezig die kunnen doen aannemen dat de feiten die de minister als vaststaand beschouwt helemaal niet zeker zijn en dat er ernstige twijfels bestaan aangaande de correctheid van het onderzoek en van de resultaten van dit onderzoek, gelet op het verslag van professor J.T. en het advies van de korpsoverste.

6. In zijn memorie van wederantwoord stelt verzoeker dat in het bestreden besluit nergens *in concreto* wordt gemotiveerd waarom een tijdelijke ambtsontheffing (TATM) van drie maanden niet afdoende zou zijn nu de minister aan een andere militair naar aanleiding van dezelfde controle en voor dezelfde feiten, wel een TATM heeft toegestaan. Dit geldt des te meer nu bij de controle

uitgevoerd op 13 maart 2017 meerdere militairen positief werden bevonden op het gebruik van verdovende middelen.

Verzoeker heeft steeds het gebruik van de verdovende middelen, waarvan zagezegd sporen in zijn urine zouden zijn aangetroffen, ontkend en heeft ook alle middelen aangewend om dit aan te tonen. Sommige collega's die positief werden bevonden hebben het resultaat van deze controle aanvaard en hebben zelf ontslag genomen. Anderen die in dezelfde omstandigheden verkeerden en die ook de resultaten van de controle hebben aangevochten om dezelfde redenen (fouten bij de procedure, mogelijke contaminatie van de stalen, weigering om een tweede staal af te nemen) werden eveneens definitief uit hun ambt ontslagen.

Er is evenwel minstens één van de collega's die niet ontslagen werd, maar die wel een tweede kans heeft gekregen en die een tijdelijke ambtsontheffing bij tuchtmaatregel van 21 dagen opgelegd heeft gekregen. Deze maatregel diende te worden beschouwd als een plechtige waarschuwing voor betrokkene zodat bij een volgende zware straf of veroordeling de procedure tot definitieve ambtsontheffing ingeleid kan worden.

Het is voor verzoeker echter onbegrijpelijk waarom de minister van oordeel is dat het niet onredelijk is om verzoeker te ontheffen uit zijn ambt van beroepsvrijwilliger en het redelijk is een andere persoon (eerste soldaat B.V.G.), een tweede kans te geven via een tijdelijke ambtsontheffing en hem dus, voor dezelfde feiten, niet te ontheffen uit zijn ambt. Het is, aldus verzoeker, niet te verklaren waarom aan deze militair een tweede kans werd gegeven en aan verzoeker niet, ook al hebben de korpscommandant en de onderzoeksraad hier uitdrukkelijk op aangedrongen. Er dient dan ook te worden besloten dat de minister in deze aangelegenheid twee maten en gewichten hanteert.

Beoordeling

7. Verzoeker voert aan dat de formelemotiveringsplicht is geschonden omdat niet gemotiveerd wordt waarom er wordt afgeweken van het advies van de korpscommandant en van de onderzoeksraad.

In tegenstelling tot wat verzoeker beweert, blijken uit de overwegingen van het bestreden besluit op afdoende wijze de redenen waarom de minister van oordeel is dat de adviezen van de korpscommandant en van de onderzoeksraad, wat betreft het bepalen van de strafmaat, niet gevolgd kunnen worden.

In zoverre verzoeker voor het eerst in zijn memorie van wederantwoord verwijst naar de bestraffing van B.V.G. die voor dezelfde feiten slechts als tuchtstraf ‘TATM van 21 dagen’ heeft gekregen en dit gegeven betreft bij dit middelonderdeel, moet worden vastgesteld dat verzoeker hiermee een nieuwe invulling geeft aan dit onderdeel. Deze nieuwe invulling is laattijdig en niet ontvankelijk.

In zoverre verzoeker de formelemotiveringsplicht geschonden acht, omdat de minister aanneemt dat de feiten onomstotelijk vaststaan niettegenstaande het verweer van verzoeker, kan verzoeker evenmin worden bijgevalen.

In de motivering wordt gesteld dat de onderzoeksraad unaniem van oordeel is dat de feiten bewezen zijn en dat het advies van de onderzoeksraad (enkel) bindend is wat betreft de vaststelling van de feiten.

Uit artikel 57, derde lid, van de wet van 28 februari 2007 ‘tot vaststelling van het statuut van de militairen en de kandidaat-militairen van het actief kader van de krijgsmacht’ volgt inderdaad dat de minister, wat het bewijs van de feiten betreft, gebonden is door het advies van de onderzoeksraad. Het

bestreden besluit is aldus, wat betreft het bewijs van de feiten, afdoende gemotiveerd door de verwijzing naar het unaniem oordeel van de onderzoeksraad dat de feiten bewezen zijn en de vaststelling dat de minister daardoor gebonden is. In zoverre de verzoeker van oordeel is dat de onderzoeksraad ten onrechte geoordeeld heeft dat de feiten bewezen zijn, betreft dit de schending van de materiële motiveringsplicht, wat verzoeker aanvoert in zijn derde middel.

8. Het eerste onderdeel van het eerste middel is niet gegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

9. Het derde middel is ontleend aan de schending van de materiële motiveringsplicht.

Volgens verzoeker heeft de korpscommandant reeds in zijn advies betreffende de te nemen statutaire maatregelen vraagtekens geplaatst bij de correctheid van het onderzoek en heeft die daarom aan de minister gevraagd een tweede kans in overweging te willen nemen. Verzoeker heeft op elk ogenblik van de procedure de aandacht gevestigd op de gebrekkige wijze waarop de urinestalen op 13 maart 2017 werden afgenomen en op de procedurefouten die in dat kader zijn begaan.

Om de ondeugdelijkheid van de resultaten van de op 13 maart 2017 uitgevoerde controle aan te tonen, heeft verzoeker beroep gedaan op de expertise van professor J.T., die in zijn rapport van 5 januari 2018 op grond van het negatief resultaat van het onderzoek van het staal dat afgenomen werd op 14 maart 2017 besluit:

“dat er geen wetenschappelijke verklaring bestaat om de positieve resultaten inzake cocaïne en THC in het staal van 13 maart 2017, te kunnen correleren met de negatieve resultaten voor deze 2 parameters in het staal van 14 maart 2017. De verklaring voor deze discrepantie moet m.a.w. elders

gezocht worden, mogelijks ten gevolge van een staalverwisseling die ons inzien thans niet kan uitgesloten worden.”

Hieruit volgt, aldus verzoeker, dat er ernstige twijfel bestaat nopens de juistheid van de bij hem uitgevoerde drugstest, en nopens het feit dat verzoeker zich schuldig heeft gemaakt aan het gebruik van verdovende middelen.

Aangezien het bestreden besluit steunt op de veronderstelling dat verzoeker zich schuldig heeft gemaakt aan het gebruik van verdovende middelen, terwijl hij dit pertinent betwist, dient er volgens hem vanuit gegaan te worden dat er geen onomstotelijk bewijs is met betrekking tot eventueel druggebruik door verzoeker. Door in het bestreden besluit ten onrechte te steunen op het druggebruik van verzoeker, schendt het bestreden besluit de materiële motiveringsplicht.

10. In zijn laatste memorie benadrukt verzoeker dat in zoverre de onderzoeksraad opwerpt dat verzoeker zelf te weinig ondernomen heeft om zijn onschuld te bewijzen, deze niet gevolgd kan worden. Verzoeker heeft een tegenexpertise (urinestaal 14 maart 2017) laten uitvoeren die gerede twijfel over het beweerde druggebruik heeft doen ontstaan. De bal lag vanaf dan in het kamp van de onderzoeksraad om aan te tonen waarom de resultaten van die tegenexpertise niet kunnen worden aangenomen. De onderzoeksraad slaagt daar niet in, zodat het bestreden besluit bij gebrek aan afdoend bewijs van de feiten de materiële motiveringsplicht schendt.

Volgens verzoeker weerlegt de verwerende partij dit niet in haar laatste memorie. Op geen enkele wijze slaagt de verwerende partij erin de wetenschappelijk gefundeerde conclusies van professor J.T., een autoriteit op zijn gebied, te weerleggen. Deze werden ook niet betwist door de onderzoeksraad.

Tevens gaat de verwerende partij ook voorbij aan het feit dat de overheid zelf in de fout is gegaan door geen B-staal af te nemen, hetgeen door de verwerende partij in haar laatste memorie ook niet wordt betwist. Verzoeker mag

daarvan niet de dupe worden. Men kan hem ook niet verwijten de tweede test te hebben laten uitvoeren bij zijn huisarts. *In tempore suspectu* heeft verzoeker aan de onderzoeksraad verklaard:

“Nader ik vernomen had dat ik ‘positief’ had getest, heb ik onmiddellijk gevraagd om dezelfde dag een tweede test uit te voeren. Dit werd geweigerd en er werd mij gezegd dat ik hiervoor naar mijn aangenomen arts moest gaan.

Deze eerder ongebruikelijke gang van zaken wordt ook niet betwist door de verwerende partij in haar laatste memorie. Had de overheid, zoals gebruikelijk in dit soort zaken, een B-staal afgenomen of zijn ingegaan op het verzoek van verzoeker om nog dezelfde dag (als die waarop de eerste test werd uitgevoerd) een tweede test uit te voeren, dan zou er geen enkele discussie mogelijk zijn geweest nopens het al dan niet (vermeend) druggebruik door verzoeker.

Beoordeling

11. Het komt de onderzoeksraad toe te oordelen over het bewijs van de feiten. De onderzoeksraad acht het druggebruik van verzoeker bewezen op grond van de volgende motieven:

“(1) Het drugsgebruik werd aangetoond door een controle in de eenheid door DJMM. Een positief resultaat van een oriënteringstest op een urinestraal werd bevestigd door een toxicologisch onderzoek van dit staal door het NICC.

(2) In juridisch midden worden drugstesten, uitgevoerd door DJMM, rechtsgeldig beschouwd.

(3) Betrokkene heeft niet op een afdoende manier drugsgebruik weerlegd:

(a) Geen DNA-analyse op het urinestaal van het NICC, hetgeen contaminatie en/of identiteitsverwisseling kan uitsluiten;

(b) Geen haaranalyse waardoor men een eventueel druggebruik tot negentig dagen terug in de tijd kan uitsluiten;

(c) De uitgevoerde tegenexpertise bij de huisarts had één dag later plaats. Gezien cocaïne (alook éénmalig gebruik van THC) maar twee tot drie dagen detecteerbaar is in urine kan een negatieve tegenexpertise, uitgevoerd één dag later, niet als sluitend bewijs gebruikt worden. Bovendien is men ook

niet zeker van de identiteit van het urinestaal;

(d) De resultaten van de tegenexpertise tonen een te laag creatininegehalte waardoor de testresultaten onbetrouwbaar worden;

(e) De ‘European Guideline’ waar [J.T.] naar verwijst is slechts een aanbeveling (best practice) die niet afdwingbaar is.”

De tuchtoverheid heeft bij de uitoefening van haar tuchtbevoegdheid een discretionaire beoordelingsbevoegdheid, 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 komt 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.

Uit de motieven op grond waarvan de onderzoeksraad het druggebruik bewezen acht, blijkt dat de onderzoeksraad steunt op een aantal gegevens waaruit hij besloten heeft dat het druggebruik voor bewezen kon worden gehouden (de oorspronkelijke urinetest, de betrouwbaarheid ervan, zonder dat verzoeker dit afdoende heeft weerlegd, geen DNA-analyse van het oorspronkelijke urinestaal, geen haaranalyse, de vaststelling dat de tegenexpertise geen sluitend bewijs levert, onder meer door een te laag creatininegehalte). Daar wordt nog aan toegevoegd dat de “European Guideline”, slechts een aanbeveling is (“best practice”).

Het verweer van verzoeker steunt in essentie op het rapport van professor J.T. met betrekking tot het tweede urinestaal. Zonder afbreuk te doen aan de analyse door voornoemde expert, kan de voormelde vaststelling van de onderzoeksraad dat er geen zekerheid is rond de identiteit van het (tweede) urinestaal (punt (3) (c) in fine) worden bijgevalen. Dit maakt, zoals de verwerende

partij terecht opwerpt, geen onbelangrijke opmerking uit in het licht van de vastgestelde discrepantie door professor J.T. en de volgens hem meest plausibele verklaring hiervoor dat het mogelijk om een staalverwisseling kan gaan.

Het aanvankelijk proces-verbaal van 14 maart 2017 beschrijft, wat de eerste afname van urine betreft, de *modus operandi*, namelijk dat “de urinestaal-afname gebeurt onder toezicht van de aanwezige politiediensten” en “de test op zich gebeurt onder ons toezicht, samen met het lid van de Medische dienst”. Van de tweede afname van urine is enkel geweten dat deze afgenomen is geweest bij arts B. in H. maar over toezicht op de staalafname wordt niets vermeld.

Verzoeker had de vaststellingen van de onderzoeksraad, dat verzoekers drugs heeft gebruikt op grond van een positief resultaat van een oriënteringstest op een urinestraal en van het toxicologisch onderzoek van dit staal door het Nationaal Instituut voor Criminalistiek en Criminologie, aan het wankelen kunnen brengen, indien hij – zoals door professor J.T. zelf is voorgesteld in zijn rapport van 5 januari 2018 – een DNA-analyse had laten uitvoeren op beide urinestalen om een sluitend bewijs te leveren dat beide urinestalen van verzoeker afkomstig zijn. Verzoeker heeft dit echter niet gedaan. De onderzoeksraad was evenmin daartoe verplicht.

Verzoeker slaagt er bijgevolg niet in te weerleggen dat de feitelijke gegevens waarop de onderzoeksraad steunt om het druggebruik door verzoeker aan te tonen en dat in het bestreden besluit is overgenomen, niet “juist, vaststaand en bewezen” zijn.

12. Het derde middel is niet gegrond.

D. Tweede middel

13. In het tweede middel voert verzoeker de schending aan van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Volgens verzoeker verbiedt dat beginsel de overheid die een algemene regel heeft uitgevaardigd om daarvan af te wijken in individuele gevallen.

Verzoeker wijst erop dat in paragraaf 7.e, van richtlijn DGHR-SPS-ETHIQ-002 (interne richtlijn ‘Specifieke procedure – Drugs/Illegale psychoactieve middelen’ van DGHR) het volgende wordt bepaald:

“e. Te nemen maatregelen bij (vermoedelijke) feitelijke vaststelling: flowchart in Bijl B

(1) Indien het vermoeden bevestigd wordt en het betreft militair personeel:

(a) maar de gerechtelijke autoriteiten geen vervolging instellen:

(i) dan zal de korpscommandant dit toch als een ernstig plichtsverzuim beschouwen en een tuchtprocedure starten;

(ii) brengt de korpscommandant de DGHR en het ACOS IS met een vertrouwelijke nota, op de hoogte van het gegeven gevolg.

(...)

(c) Het eindresultaat van de gerechtelijke procedure kan meegenomen worden in de eindbeoordeling tot het nemen van de statutaire maatregel. In geval van bijvoorbeeld volledige vrijspraak of een seponering kan dit dus eveneens betekenen dat er geen statutaire maatregel genomen wordt (= ‘andere’ in de flowchart).”

Volgens verzoeker werd *in casu* beslist om de zaak op strafrechtelijk vlak te seponeren en te verwijzen naar de krijgstucht. Met naleving van de voornoemde richtlijn diende het eindresultaat van de gerechtelijke procedure meegenomen te worden in de eindbeoordeling tot het nemen van de statutaire maatregel. Gelet op de seponering kon met toepassing van deze richtlijn besloten worden geen statutaire maatregel te nemen en zeker een lichtere statutaire maatregel uit te spreken dan de definitieve ambtsontheffing. Bijgevolg is het

opleggen van een definitieve ambtsontheffing in strijd met de regels die de administratie zichzelf heeft opgelegd.

Beoordeling

14. In tegenstelling tot wat verzoeker aanvoert, volgt uit de voornoemde richtlijn niet dat in geval van seponering van de strafklacht, geen statutaire maatregel meer mag worden opgelegd. Dit is louter een mogelijkheid en geen verplichting.

Bovendien verliest verzoeker uit het oog dat de strafklacht hier geseponerd werd specifiek om voorrang te geven aan een tuchtrechtelijke afhandeling en niet omdat de feiten niet bewezen zouden zijn. Dat de feiten niet bewezen zouden zijn kan uit de briefwisseling met de procureur evenmin worden afgeleid.

15. Het tweede middel is niet gegrond, zonder dat moet worden onderzocht of de voormelde richtlijn een “lex” of algemene regel is waarop het aangevoerde beginsel *patere legem* van toepassing is.

E. Eerste middel, tweede middelonderdeel: schending van het evenredigheids- en het redelijkheidsbeginsel

16. In het tweede middelonderdeel van het eerste middel voert verzoeker aan dat, aangezien er ernstige twijfels bestaan nopens de juistheid van de motivering in het bestreden besluit, namelijk met betrekking tot het feit dat hij zich schuldig zou hebben gemaakt aan het gebruik van verdovende middelen, de door de minister opgelegde statutaire maatregel onevenredig zwaar is en bijgevolg het evenredigheids- en het redelijkheidsbeginsel schendt.

Ook al steunt het bestreden besluit op concrete feiten, waarvan de overheid die de statutaire maatregel heeft genomen, aanneemt dat ze feitelijk

juist zijn en op rechtens juiste motieven, moet er volgens verzoeker besloten worden dat er een kennelijke wanverhouding bestaat tussen de motieven en de inhoud van het bestreden besluit. De tuchtoverheid had voor de bedoelde feiten, rekening houdend met het advies van de onderzoeksraad en met het voorstel van de korpscommandant om een tweede kans te verlenen, evengoed binnen de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid een lichtere straf kunnen opleggen. Aangezien het redelijkheidsbeginsel geschonden is, staat ook vast dat het bestreden besluit niet op voldoende draagkrachtige motieven steunt.

17. In zijn memorie van wederantwoord wijst verzoeker op het gegeven dat één van zijn collega's niet ontslagen werd, maar wel een tweede kans heeft gekregen door hem een tijdelijke ambtsontheffing bij tuchtmaatregel van 21 dagen op te leggen. Verzoeker stelt dat de minister had moeten motiveren waarom hij deze sanctie, in strijd met het advies van de korpscommandant en de onderzoeksraad, voor verzoeker, die zich in exact dezelfde omstandigheden bevindt als B.V.G., niet evenredig en redelijk acht.

Beoordeling

18.1. Het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel mogen geschonden worden genoemd wanneer een beslissing, waarvan wordt vastgesteld dat ze op deugdelijke grondslagen berust, inhoudelijk dermate van het normale beslissingspatroon afwijkt dat het ondenkbaar is dat enige andere zorgvuldig handelende overheid in dezelfde omstandigheden die beslissing zou nemen. Het valt de Raad van State niet toe, bij zijn controle van de naleving van deze beginselen, zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van de beoordeling van de bevoegde administratieve overheid. Hij vermag in de uitoefening van zijn wettigheidsstoezicht, desgevraagd, enkel na te gaan of de administratieve overheid op grond van juiste en correct beoordeelde feitelijke gegevens, in redelijkheid tot haar beslissing is kunnen komen.

18.2. In de mate dat verzoeker, blijkens de ontwikkeling van het middelonderdeel, minstens deels het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel geschonden acht, omdat er twijfel rijst aangaande het bewezen zijn van de feiten, dient erop gewezen te worden dat dit de materiële motivering van het bestreden besluit betreft, en niet het redelijkheids- of het evenredigheidsbeginsel.

18.3. 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.

18.4. In zoverre verzoeker voor het eerst in zijn memorie van wederantwoord verwijst naar de bestraffing van B.V.G. die voor dezelfde feiten slechts een tuchtstraf 'TATM van 21 dagen' heeft gekregen en hij dit gegeven betreft bij dit middelonderdeel, moet om dezelfde redenen zoals *sub 7* is vermeld, worden vastgesteld dat verzoeker hiermee een nieuwe invulling geeft aan dit onderdeel. Deze nieuwe invulling is laattijdig en niet ontvankelijk.

19. Het tweede onderdeel van het eerste 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 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