

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 253.656 van 5 mei 2022
in de zaak A. 229.247/IX-9626**

In zake : XXXX
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Carine Flamend
 kantoor houdend te 1930 Zaventem
 Leuvensesteenweg 510 bus 32
 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 30 september 2019, strekt tot de
nietigverklaring van de beslissing van de directeur-generaal Human Resources van
het ministerie van Landsverdediging van 21 juni 2019 om XXXX niet te
bevorderen tot de graad van korporaal op 26 juni 2019.

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 20 december 2021.

Staatsraad Bruno Seutin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carine Flamend, 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 is beroepsvrijwilliger met de graad van eerste soldaat. Hij komt op basis van anciënniteit in aanmerking om met ingang van 26 juni 2019 tot de graad van korporaal bevorderd te worden.

3.2. In een nota van 6 mei 2019 deelt de korpscommandant van verzoeker aan HRB-Car/Vol mee welke vrijwilligers in aanmerking komen voor bevordering. De naam van verzoeker wordt hierin vermeld met de vermelding ‘beslissing/advies: gunstig’.

3.3. Op 27 mei 2019 stelt de korpscommandant na een heroverweging een ongunstig advies op voor de bevordering van verzoeker. Uit de ‘Bijlage B: Bevorderingsfiche’ gevoegd bij dit advies, blijkt dat de korpscommandant aan verzoeker enkel voor ‘professionele geschiktheid’ een

‘voldoende’ toekent en dat hij voor ‘karakterieële geschiktheid’, ‘morele geschiktheid’ en ‘fysieke geschiktheid’ een ‘onvoldoende’ toekent. Deze onvoldoendes worden in een andere eveneens door de korpscommandant ondertekende bijlage verantwoord.

3.4. Op 3 juni 2019 dient verzoekers korpscommandant een aanvraag in voor het opstellen van een attest van medisch onderzoek, naar aanleiding van verzoekers veelvuldige afwezigheden om gezondheidsredenen.

3.5. Op 6 juni 2019 ondertekent verzoeker de bijlage B voor kennisname en omcirkelt ‘ik dien een verweerschrift in’. Dit verweerschrift moet blijkens voetnoot 3 van bijlage B ingediend worden binnen vijf werkdagen. Verzoeker dient echter geen verweerschrift in.

3.6. Op 21 juni 2019 beslist de directeur-generaal Human Resources om verzoeker niet tot de graad van korporaal te bevorderen met ingang van 26 juni 2019. Deze beslissing luidt als volgt:

“Gemotiveerde beslissing van de Dir Gen HR
Onderwerp: Bevordering – 1^e onderzoek
Betreft: 1Sdt XXXX (0905948)
Ref: 1. Mod B Bn Aie-19-50129761 van 27 mei 19
2. Wet van 28 Feb 07 tot vaststelling van het statuut van de militairen van het actief kader van de krijgsmacht (A16-G1)
De beslissing is gebaseerd op de fysieke ongeschiktheid van betrokkene.
De fysieke ongeschiktheid blijkt uit het feit dat betrokkene door zijn veelvuldige afwezigheden in de loop van de drie laatste jaren onvoldoende rendement heeft in het uitoefenen van zijn functie.
Op basis hiervan en in uitvoering van Ref 2, Art 84, beslis ik om betrokkene niet te bevorderen tot de graad van Kpl op 26 Jun 19.
Zijn kandidatuur tot bevordering in de hogere graad zal opnieuw onderzocht worden op 26 Jun 20.
Betrokkene kan in deze periode blijk geven van zijn wil om zijn beschikbaarheid en zijn operationele geschiktheid te verbeteren.”

Dat is de bestreden beslissing.

3.7. Op 23 juli 2019 oordeelt geneesheer luitenant-kolonel M. dat verzoeker ongeschikt is voor de militaire dienst tot diens verschijning voor de Militaire Commissie voor Geschiktheid en Reform.

3.8. Op 26 november 2019 beslist de voormelde commissie dat verzoeker medisch geschikt is voor de dienst als militair. De commissie wijzigt het medisch profiel van verzoeker.

3.9. Op 26 juni 2020 wordt verzoeker benoemd tot korporaal.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie

4.1. In haar laatste memorie stelt de verwerende partij dat verzoeker op 26 juni 2020 benoemd is tot korporaal. Zij is van oordeel dat verzoeker zijn belang bij de huidige procedure heeft verloren. Zij wijst erop dat verzoeker deze beslissing niet heeft bestreden en dat zijn anciënniteit in de graad van korporaal definitief is ingegaan op 26 juni 2020.

4.2. Voorts wijst de verwerende partij erop dat er voor haar ook geen rechtsplicht bestaat om, ingevolge de nietigverklaring van de bestreden beslissing, verzoeker te bevorderen met terugwerkende kracht.

Overeenkomstig artikel 84 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’ (de wet van 28 februari 2007) en artikel 1^{ter} van het koninklijk besluit van 11 juni 1974 ‘betreffende het statuut van de vrijwilligers van het actief kader van de Krijgsmacht’ wordt de bevordering in de graad van korporaal immers verleend door de korpscommandant, op voordracht van de eenheidscommandant en bij ongunstig advies van die eerste door de directeur-generaal Human Resources.

De kandidatuur van een beroepsvrijwilliger moet dus onderzocht worden en diens wijze van dienen moet als gunstig beoordeeld worden met het oog op bevordering in de hogere graad. De korpscommandant, noch de directeur-generaal Human Resources, heeft een verplichting om de wijze van dienen van een beroepsvrijwilliger als gunstig te beoordelen, zodat er geen rechtsplicht voor de verwerende partij bestaat om verzoeker retroactief te benoemen.

4.3. Daarnaast kan volgens de verwerende partij verzoeker evenmin aannemelijk maken dat “voormelde autoriteiten”, specifiek voor zijn bevorderingsdossier, niets anders konden dan een gunstig advies geven met het oog op bevordering in de graad van korporaal. De specifieke procedure DGHR-SPS-PROMO-001 betreffende ‘de bevordering van de beroepsvrijwilligers en de vrijwilligers van beperkte duur’ bepaalt immers dat bij het beoordelen van de wijze van dienen rekening dient te worden gehouden met (tucht)straffen en veroordelingen die tot vijf jaar teruggaan.

Dat verzoeker geen modelmilitair was, is volgens de verwerende partij duidelijk een *understatement*. In de vijfjarige periode voorafgaand aan het onderzoek met het oog op bevordering op datum van 26 juni 2019 heeft verzoeker vijf tuchtstraffen gekregen. Conform de specifieke procedure DGHR-SPS-PROMO-001 kunnen deze straffen omgezet worden in een bepaald aantal punten teneinde de invloed van de tuchtstraffen op de bevorderingskansen te objectiveren. De vijf tuchtstraffen samen genomen leveren zo 88 punten op. De specifieke procedure legt een zogenaamd ‘spilcijfer’ vast op 120 punten. Maar zelfs als de berekende score van de straffen lager is dan het spilcijfer, mag ‘de wijze van dienen’ van de vrijwilliger als onvoldoende worden beoordeeld.

4.4. Verzoeker kan bijgevolg niet aannemelijk maken dat op de verwerende partij de rechtsplicht zou rusten om hem, ingevolge de nietigverklaring van de bestreden beslissing, te bevorderen met terugwerkende kracht.

5.1. Volgens verzoeker daarentegen houdt de niet-benoeming in een hogere graad een ernstig financieel nadeel in, alsook een verlies aan kansen. Zijn actueel materieel belang situeert verzoeker in een financieel verlies ten gevolge van de bestreden beslissing, welk bestaat uit het ontvangen van een lager loon gedurende bijna een jaar ingevolge de laattijdige benoeming in de graad van korporaal. Omdat hij recht heeft op een reconstructie van zijn loopbaan kan hij aanspraak maken op de gederfde inkomsten.

Bovendien brengt een eerdere benoeming tot korporaal ook meer anciënniteit met zich mee, wat ervoor zorgt dat hij eerder aanspraak kan maken op zijn volgende benoeming.

5.2. Verzoeker stelt dat zijn belang actueel blijft bij een vernietiging *ex tunc* en de verplichting om de retroactieve benoeming te onderzoeken op grond van artikel 65, § 2, eerste lid, 5°, van de wet van 28 februari 2007. De verwerende partij zal immers verplicht zijn om de retroactieve benoeming te onderzoeken nadat de bestreden beslissing is vernietigd en dit aan de hand van de feiten zoals ze in 2019 waren. Dit maakt dat verzoeker voldoende belang heeft.

5.3. In de mate dat de verwerende partij nog aanvoert dat verzoeker (eventueel) geen gunstig advies zou krijgen voor de (retroactieve) bevordering, wijst verzoeker erop dat hij niet alleen ruim valt onder het spijlcijfer van 120 dat de verwerende partij zelf aangeeft, maar dat de tuchtstraffen ook evenmin voldoende waren om een bevordering in 2020 tegen te gaan. Bovendien waren voormelde tuchtstraffen in de bestreden beslissing geen reden om de bevordering af te wijzen, zodat niet valt in te zien waarom deze wel een uitsluitingsgrond zouden zijn nadat de bestreden beslissing wordt vernietigd wegens het gegronde middel.

Beoordeling

6. Het belang, waarvan een verzoekende partij blijk moet geven, dient te bestaan op het ogenblik van het instellen van het annulatieberoep en de

verzoekende partij moet dat belang behouden tot aan de uitspraak. De aard van het belang kan weliswaar evolueren, maar een verzoekende partij moet minstens aannemelijk maken dat de gevraagde nietigverklaring haar nog een concreet voordeel oplevert.

7. Om als toereikend te worden beschouwd, moet het belang onder meer rechtstreeks zijn en de verzoekende partij een voordeel verschaffen dat voldoende direct verband houdt met de finaliteit van een nietigverklaring, namelijk het doen verdwijnen van de bestreden rechtshandeling uit de rechtsorde.

Het voordeel moet in beginsel méér zijn dan de morele genoegdoening die een verzoekende partij put uit het horen onwettig verklaren van de bestreden beslissing, inzonderheid om derden aldus te overtuigen van haar initieel gelijk. Een dergelijk belang heeft een karakter dat niet valt binnen de grenzen van het belang zoals bedoeld in artikel 19, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State; dat beoogde voordeel is immers niet verbonden met het verdwijnen van de bestreden beslissing uit het rechtsverkeer maar enkel met het horen gegrond verklaren *erga omnes* van de door de verzoekende partij aangevoerde middelen.

8. Er is voor een verzoekende partij geen stelplicht om haar belang bij het beroep te omschrijven of toe te lichten. Wel ligt het op de weg van een verzoekende partij, wanneer er twijfel rijst omtrent haar actueel belang en zeker wanneer daarover een onderbouwde exceptie wordt opgeworpen, om aan de Raad van State alle nuttige gegevens ter beoordeling voor te leggen, die kunnen aantonen dat zij in de concrete omstandigheden van de zaak nog steeds een actueel en rechtstreeks belang bij de nietigverklaring behoudt.

Met wat een verzoekende partij desgevraagd voor de Raad van State doet gelden, schetst zij zelf de contouren waarom het haar (nog) te doen is en de Raad moet met die door de verzoekende partij vastgelegde grenzen van het gerechtelijk debat rekening houden.

9. Het voordeel dat verzoeker met het voorliggende beroep oorspronkelijk nastreefde, bestond er essentieel in, door de nietigverklaring van de bestreden beslissing, een nieuwe kans te verwerven om te worden bevorderd tot de graad van korporaal.

Verzoeker is ondertussen op 26 juni 2020 bevorderd tot de graad van korporaal zodat een nietigverklaring van de bestreden beslissing hem thans niet méér kan opleveren dan hetgeen hij reeds met zekerheid heeft verkregen door zijn bevordering.

10. Zoals verzoeker terecht opmerkt, zou het anders zijn indien de verwerende partij zich ingevolge de nietigverklaring van de bestreden beslissing voor de verplichting gesteld zou zien worden om verzoeker als rechtsherstel de bevordering te verlenen met terugwerkende kracht.

Verzoeker voert echter geen middel aan waarin zulk een rechtsplicht is vervat.

11. Voor zover verzoeker erop wijst dat artikel 65, § 2, eerste lid, 5°, van de wet van 28 februari 2007, zo het al niet een rechtsplicht bevat tot het benoemen met terugwerkende kracht, toch minstens een kans op het retroactief benoemen inhoudt voor wie voldoet aan de voorwaarden van die bepaling, moet worden gewezen op wat volgt.

Luidens artikel 65, § 2, eerste lid, 5°, van de wet van 28 februari 2007 kan met terugwerkende kracht worden benoemd of aangesteld, de militair wiens kandidatuur niet tijdig werd onderzocht om gezondheidsredenen of om redenen te wijten aan de administratie.

Uit het administratief dossier blijkt dat verzoeker volgens een nota van de algemene directie Human Resources van 28 maart 2019 in aanmerking kwam voor bevordering op 26 juni 2019. Nadat zijn korpscommandant op 27 mei 2019 een ongunstig advies had gegeven voor de bevordering van verzoeker, heeft

de directeur-generaal Human Resources op 21 juni 2019 beslist om verzoeker niet tot de graad van korporaal te bevorderen met ingang van 26 juni 2019 omwille van de fysieke ongeschiktheid van verzoeker. Hieruit blijkt dat de verwerende partij de kandidatuur van verzoeker tijdig heeft onderzocht, zodat verzoeker niet aan de voorwaarde voldoet om met toepassing van artikel 65, § 2, eerste lid, 5°, van de wet van 28 februari 2007 nog met terugwerkende kracht tot korporaal te kunnen worden benoemd.

12. In zoverre verzoeker nog wijst op een financieel verlies ten gevolge van de bestreden beslissing, welk bestaat uit het ontvangen van een lager loon gedurende bijna een jaar ingevolge de laattijdige benoeming in de graad van korporaal, alsook op het feit dat hij bij een vroegere benoeming tot korporaal eerder aanspraak kan maken op een volgende benoeming, verstrekt dit hem evenmin een actueel belang bij de nietigverklaring. Enkel een bevordering met terugwerkende kracht gaat gepaard met een reconstructie van de administratieve en geldelijke loopbaan van verzoeker.

Hiervóór is vastgesteld dat verzoeker geen middel aanvoert waarin een rechtsplicht is vervat om hem in geval van een eventuele nietigverklaring als rechtsherstel met terugwerkende kracht te benoemen en dat hij evenmin voldoet aan de voorwaarde van artikel 65, § 2, eerste lid, 5°, van de wet van 28 februari 2007, zodat er geen reconstructie van zijn administratieve en geldelijke loopbaan mogelijk is. Het geleden weddeverlies en het vroeger kunnen aanspraak maken op een volgende benoeming, kunnen door de gevorderde nietigverklaring dan ook niet zonder meer worden goedgeemaakt.

13. Wat voorafgaat noopt tot het besluit dat verzoeker niet langer doet blijken van het rechtens vereiste belang bij zijn beroep.

14. De exceptie is 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.

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 vijf mei tweeduizend tweeëntwintig, 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