

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 258.739 van 8 februari 2024
in de zaak A. 237.974/IX-10.187**

In zake: A.B.
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 20 december 2022, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het directoraat-generaal *Human Resources* van 24 oktober 2022, om verzoeker niet op te nemen op de kandidatenlijst majoor voor deelname aan het bevorderingscomité beroepshoofdofficieren van het vierde trimester 2022.

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 Melissa Celis 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 29 januari 2024.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gauthier Baudts, die *loco* advocaat Carine Flamend verschijnt voor de verzoekende partij en luitenant Marie-Sofie Thiriaux, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Melissa Celis heeft 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 beroepsofficier bij de verwerende partij, bekleed met de graad van kapitein-commandant van het vliegwezen. Hij behoort er tot de vakrichting ‘technieken van het luchtmaterieel’.

3.2. Op 10 april 2018 staat de verwerende partij verzoekers aanvraag voor tijdelijke ambtsontheffing wegens persoonlijke aangelegenheden toe, voor de periode van 1 mei 2018 tot 30 april 2019.

3.3. Op 15 maart 2018 dient verzoeker een “aanvraag voor verzaking tot bevordering via comité” in, met de volgende motivering:

“Ik, ondergetekende, wens hierbij te verzaken aan het bevorderingscomité 2018 voor beroepshoofdofficieren.

Ik kan slechts 1 keer in mijn loopbaan op een verzaking terugkomen. Deze beslissing wordt definitief en onherroepelijk 3 jaar na het indienen van de aanvraag.”

Deze aanvraag wordt ingewilligd.

3.4. Bij koninklijk besluit van 28 februari 2019 wordt het ontslag aanvaard van verzoeker uit zijn ambt in de categorie van de beroepsofficieren van niveau A van de luchtmacht, en dit op 1 mei 2019. Op deze datum gaat verzoeker, met zijn graad en anciënniteit, over naar de categorie van de reserveofficieren van de luchtmacht, in zijn vakrichting.

3.5. Bij koninklijk besluit van 4 juli 2022 wordt verzoeker op zijn vraag en met zijn graad heropgenomen in de categorie van de beroepsofficieren van niveau A, en dit op 1 juli 2022. Voor latere bevordering neemt hij anciënniteitsrang als kapitein-commandant van het vliegwezen op 26 november 2020. Hij maakt geen deel meer uit van de categorie van de reserveofficieren vanaf 1 juli 2022.

3.6. Op 20 oktober 2022 zendt verzoeker de volgende e-mail aan de verwerende partij:

“Volgens de nota ‘Bevorderingscomités – Beroepshoofdofficieren’ van 16/11/2021 met Nr. 21-50178603 [...] ben ik niet weernomen op de lijst van officieren Bijlage C (Maj & KVK) [...] wiens kandidatuur aan het bevorderingscomité van het 4de trimester 2022 zal worden voorgelegd. Hierbij wens ik wel degelijk deel te nemen aan het bevorderingscomité voor de beroepshoofdofficieren 2022 (Maj). De verzaking aan bevordering met het formulier Mod B van 15/03/2018 met Nr. 18-00061925 [...] vermeldt immers enkel het bevorderingscomité 2018, is dus geen verzaking voor ook alle daaropvolgende comités en is bijgevolg niet geldig.”

3.7. Op 24 oktober 2022 beantwoordt de verwerende partij deze e-mail van verzoeker als volgt:

“Op het moment van het samenstellen van de kandidatenlijsten, was u nog niet terug in actieve dienst.

Bij uw herintegratie werd uw situatie onderzocht en werd beslist dat u, als verzaker, niet in de voorwaarden bent om nog als kandidaat voor een bevorderingscomité te verschijnen.

Uw verzaking werd goedgekeurd op basis van de G01 (Art. 37), die voorziet dat elke militair van bevordering kan afzien en één keer en binnen drie jaar op die beslissing kan terugkomen.

De verzaking werd op 15 Mar 18 geregistreerd en DG HR ontving vóór de datum van 15 Mar 21 geen herroeping.

Ref:

Art. 37: Elke militair kan op elk ogenblik van bevordering afzien. (Wet van 31 Jul 13. – Hij kan één keer op zijn beslissing terugkomen. Deze beslissing wordt evenwel onherroepelijk drie jaar nadat de betrokken militair zijn beslissing schriftelijk aan de door de Koning aangewezen overheid (2) heeft meegedeeld).

Op basis van bovenstaande elementen komt u niet meer in aanmerking voor bevordering en kan u niet worden toegevoegd aan de kandidatenlijst van een comité HO.”

Hierin leest verzoeker de thans bestreden beslissing.

3.8. Op 25 oktober 2022 dient verzoeker een aanvraag in om terug te komen op zijn verzaking aan bevordering.

Op 3 november 2022 wordt deze aanvraag geweigerd. Deze weigering wordt door verzoeker met een afzonderlijk beroep tot nietigverklaring aangevochten (A. 237.976/IX-10.186). Bij arrest nr. 257.293 van 13 september 2023 is dit beroep verworpen, omdat verzoeker had nagelaten tijdig een memorie van wederantwoord in te dienen.

3.9. Bij koninklijk besluit nr. 4289 van 22 december 2022 worden elf kapitein-commandanten bevorderd in de graad van majoor van het vliegwezen in de vakrichting ‘technieken van het luchtmaterieel’.

In zijn memorie van wederantwoord vraagt verzoeker de uitbreiding van het voorwerp van zijn beroep tot dit koninklijk besluit.

IV. Samenvoeging

4. Op de vraag van de verwerende partij om de huidige zaak samen te voegen met de zaak bekend onder rolnummer A. 237.976/IX-10.186, kan niet worden ingegaan. Over dat andere beroep is immers op 13 september 2023 al een eindarrest nr. 257.293 gewezen.

V. Rechtsmacht van de Raad van State

Exceptie

5. De verwerende partij werpt op dat de opname van een kandidaat in de lijst van de kandidaten die aan het bevorderingscomité voorgelegd worden haar geen discretionaire bevoegdheid toelaat. Zij verwijst daartoe naar artikel 6, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 7 april 1959 ‘betreffende de stand en de bevordering van de beroepsofficieren’ en naar artikel 37 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’. Wie verzaakt aan bevordering voldoet niet aan de bevorderingsvoorwaarden.

De verwerende partij verklaart de afwezigheid van verzoeker op de kandidatenlijst doordat de herroepingstermijn voor verzaking aan bevordering van drie jaar ruimschoots overschreden is. Verzoeker kan bijgevolg niet meer deelnemen aan bevorderingscomités.

Zij is van oordeel dat het onbetwistbaar om een gebonden bevoegdheid gaat zonder enige discretionaire ruimte in haar besluitvorming. Zowel de toepassing van artikel 6, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 7 april 1959 als artikel 37 van de wet van 28 februari 2007 impliceert de vaststelling van reglementair vastgestelde voorwaarden en behelst geenszins een eigen beoordeling of invulling door de verwerende partij.

Het gaat hier met andere woorden om een beslissing waarbij de overheid vaststelt of verzoeker al dan niet voldoet aan de wettelijke voorwaarden waardoor hij zich kan beroepen op een welbepaald recht.

6. In haar laatste memorie weerspreekt de verwerende partij de relevantie van de door verzoeker ingeroepen arresten van het Hof van Cassatie van 8 september 2016 (C.11.0455.F en C.11.0457.F) en van 's Raads arrest nr. 256.799 van 15 juni 2023. Zij merkt op dat een eventuele invloed op het uiteindelijk benoemingsbesluit – evenals de beslissing om verzoeker niet in de kandidatenlijst op te nemen – vereist dat de onwettigheid van een eerdere beslissing uit de complexe administratieve verrichting aangetoond wordt. Zonder onwettigheid in de beslissing tot weigering van de herroeping, is er geen reden om de bestreden beslissingen te vernietigen. De toepassing van artikel 37 van de wet van 28 februari 2007 is volgens de verwerende partij niet het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van huidig beroep tot nietigverklaring. In huidig beroep gaat het in eerste instantie om de wens van verzoeker om op de kandidatenlijst opgenomen te worden en dus een verplichting in zijn voordeel, mocht hij aan de voorwaarden daartoe voldoen.

Beoordeling

7. Het antwoord op de vraag of de verwerende partij een gebonden bevoegdheid heeft, wanneer zij de kandidatenlijst opstelt en hierbij over verzoekers lot beslist, is niet ter zake om de rechtsmacht van de Raad van State te beoordelen.

Wat verzoeker daadwerkelijk wil bereiken, is de bevordering tot majoor van het vliegwezen.

Het wordt niet betwist dat het opstellen van de kandidatenlijst een voorbereidende handeling is in de complexe administratieve verrichting 'bevorderingscomité 2022', die uitloopt op de door verzoeker nagestreefde

bevordering tot majoor in de door de verwerende partij voor die personeelsbeweging open verklaarde plaatsen – dat is het *sub* 3.9 vermelde koninklijk besluit van 22 december 2022.

Die bevordering is een benoeming naar keuze, die niet wordt genomen in de uitoefening van een gebonden bevoegdheid, maar waarbij de verwerende partij wat die beslissing betreft, beschikt over een discretionaire bevoegdheid.

In lijn met hetgeen het Hof van Cassatie heeft gewezen in zijn arrest van 19 februari 2015, nr. C.14.0369.N, is de Raad van State van oordeel dan bevoegd te zijn, ook al is het bestuur ten aanzien van bepaalde aspecten van zijn besluitvorming gebonden.

Evenzo heeft de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak gewezen in zijn arresten nrs. 192.198 en 192.199 van 2 april 2009, dat de Raad van State bevoegd is om kennis te nemen van een beroep tegen een beslissing waarbij het bestuur vaststelt dat één of meer voorwaarden om het nagestreefde voordeel toe te kennen, niet zijn vervuld, als die beslissing zelfs maar gedeeltelijk discretionair is.

8. De door de verwerende partij opgeworpen exceptie van onbevoegdheid van de Raad van State om kennis te nemen van een beroep dat is gericht tegen een voorafgaande handeling in het kader van deze complexe, administratieve verrichting, is niet gegrond.

VI. Uitbreiding van het beroep

9. In zijn memorie van wederantwoord vraagt verzoeker om zijn beroep tot nietigverklaring uit te breiden tot het *sub* 3.9 vermelde koninklijk besluit nr. 4289 van 22 december 2022.

10. In de memorie van antwoord heeft de verwerende partij niet alleen de rechtsmacht van de Raad van State betwist. Zij heeft ook drie excepties opgeworpen waarin zij tot de niet-ontvankelijkheid van het beroep besluit, welke in het auditorsverslag niet zijn onderzocht.

Opdat een beroep op ontvankelijke wijze kan worden uitgebreid, moet dat beroep in ieder geval initieel ontvankelijk zijn. Over het verzoek tot uitbreiding kan dus in de huidige stand van de rechtspleging nog geen uitspraak worden gedaan.

VII. Aanvullend onderzoek

11. Het verslag van de auditeur volstaat niet om het geschil op te lossen, zodat er reden is voor een aanvullend onderzoek.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op acht februari tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Wouter Pas,	staatsraad,
Jurgen Neuts,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren