Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973).

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

Nr. 75.273 van 16 juli 1998

A. 77.712/VIII-787

In zake : **ROBERT** François-Xavier,

die woonplaats heeft gekozen bij Mr. Philippe VANDE CASTEELE, advocaat, Vossendreef 6/8 1180 Brussel,

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de Minister van Landsverdediging.

DE VOORZITTER VAN DE VIIIe KAMER, RECHTSPREKEND IN KORT GEDING,

Gezien de op 3 maart 1998 door François-Xavier ROBERT ingestelde vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van :

"1° het koninklijk besluit nr. 1730 van 19 december 1997 houdende benoeming van de majoors, die behoren tot het korps van de Landmacht (infanterie, pantsertroepen, artillerie, genie, logistiek, transmissietroepen, licht vliegwezen) in de hogere graad van luitenant-kolonel, welke benoemingen hebben plaatsgegrepen na de in oktober 1997 gehouden vergadering van het bevorderingscomité;

2° de ministeriële beslissing houdende toekenning van het maximumaantal betrekkingen tijdens het onderzoek in het comité, op basis van welk aantal de kandidaten worden aanbevolen voor en benoemd worden in de hogere graad van luitenant-kolonel;

3° de besluiten van het bevorderingscomité voor het korps van de logistiek en het interkorpsencomité voor alle korpsen van de landmacht, welke twee comités in oktober 1997 zitting hebben gehad om de kandidaturen voor de hogere graad van luitenant-kolonel te onderzoeken, de gegadigden voor benoeming in aanmerking hebben genomen en hen voor benoeming hebben aanbevolen;

4° de weigering van de minister om de kandidatuur van verzoeker voor de benoeming in de hogere graad van luitenant-kolonel voor te dragen";

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoeker de nietigverklaring van dezelfde handelingen vordert;

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier van de verwerende partij;

Gezien het verslag van de heer HERBIGNAT, auditeur bij de Raad van State;

Gelet op de beschikking van 15 juni 1998, waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 24 juni 1998;

Gelet op de kennisgeving, aan de partijen, van het verslag en van de beschikking tot bepaling van de rechtsdag;

Gehoord het verslag van de heer GEUS, kamervoorzitter;

Gehoord de opmerkingen van Mr. WERY, loco Mr. VANDE CASTEELE, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt, en van majoor GERITS, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van de heer HERBIGNAT, auditeur;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat verzoeker sedert 26 december 1991 majoor - militair administrateur brevethouder is en thans aangesteld is bij de generale staf; dat het bevorderingscomité hem in 1995 en 1996 niet in aanmerking heeft laten komen voor de bevordering tot de graad van luitenant-kolonel; dat hij er bij een nota van 2 november 1997 van op de hoogte is gebracht dat het bevorderingscomité zijn sollicitatie niet in aanmerking had genomen;

Overwegende dat, krachtens artikel 17, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, "de schorsing van de tenuitvoerlegging ... alleen (kan) worden bevolen als ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten akte of het aangevochten reglement kunnen verantwoorden en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de akte of het reglement een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen";

Overwegende dat verzoeker het moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden handelingen zou ontstaan, als volgt uiteenzet :

" 1.a. De structuur en de hiërarchie van de strijdkrachten impliceren dat de graad die een militair bekleedt van groot belang is voor de taken die hij kan uitoefenen. Het bekleden van een hogere graad leidt tot het uitoefenen van taken met meer verantwoordelijkheid en, bijgevolg, tot een financiële bonus; niets wijst erop dat het in het onderhavige dossier anders zou gaan.

1.b. Er zij voorts opgemerkt dat bij de toekenning van de beoordelingsnota's en tijdens de onderscheiden beraadslagingen van de bevorderingscomités - ja zelfs bij beslissingen omtrent benoemingen - acht geslagen

wordt op de concrete taken die de gegadigden hebben uitgeoefend.

1.c. Ingeval andere gegadigden onwettig bevorderd worden, wordt de benadeelde officier (wiens sollicitatie afgeraden of afgewezen is) op onwettige wijze de mogelijkheid ontnomen nuttige ervaring op te doen bij de uitoefening van een graad van een hoger niveau. Het nadeel dat die officier aldus lijdt, is des te erger daar de militairen die net als hij naar die graad hebben gedongen in die hogere graad nuttige ervaring opdoen terwijl verzoeker in een lagere graad wordt behouden.

Er is reeds geoordeeld dat, afgezien van de ambten van magistraat, er zelfs een vermoeden van zulk een nadeel bestaat, welk vermoeden erop neer komt dat eerst naar de werkelijke situatie wordt gekeken (R.v.St., nr. 35.653, Bloch, 11 oktober 1992) :

> *"zo in ambtenarenzaken kan worden aangenomen dat de vernietiging van een onwettige benoeming of bevordering meestal niet het voordeel doet verdwijnen dat de benoemde of bevorderde ambtenaar ontleent aan de ervaring die hij tijdens de duur van de procedure tot nietigverklaring opgedaan heeft in de uitoefening van het bewuste ambt, dergelijk vermoeden (...) nochtans niet kan worden aangenomen in verband met gerechtelijke ambten".*

2.a. Zulk een nadeel kan door een eventueel vernietigingsarrest niet passend en volledig worden hersteld als daaraan geen schorsingsarrest voorafgaat. Ingeval de handeling wordt herzien, blijft verzoeker tijdens de nieuwe benoemingsprocedure benadeeld ten opzichte van de militairen die net als hij naar die hogere graad hebben gedongen en de facto de aan die hogere graad verbonden taken hebben uitgeoefend. Hun op onwettige wijze opgedane ervaring wordt de facto in aanmerking genomen ingeval de vernietigde handelingen worden herzien.

2.b. Na elk vernietigingsarrest wijst de verwerende partij er overigens in haar interne briefwisseling op dat het de facto onmogelijk is de op onwettige wijze opgedane ervaring niet in aanmerking te nemen.

2.c. Uit het arrest VAN DYCK blijkt deze feitelijke toestand. Zo wordt in de nota's JSP-s/J nr. 1209 en nr. 1378 van 2 november 1995 duidelijk gesteld dat de verwerende partij de uitoefening van een hogere functie de facto alleen ex nunc kan beletten - waardoor de werking ex tunc dus slechts een juridische fictie is - :

"Het is betrokkene vanaf heden niet toegelaten nog handelingen te stellen die rechtstreeks of onrechtstreeks gekoppeld zijn aan de graad die hij bezat voor de uitspraak (...)".

Uit de nota JSB-AFA 109 van 28 februari 1995 die is gericht aan kolonel van het vliegwezen SBH PARDOEN (die naar dezelfde graad als de heer VAN DYCK had gedongen) blijkt even duidelijk dat "de bedragen die aan u zijn uitbetaald, verworven blijven, aangezien u tijdens die periode taken in de graad van kolonel hebt uitgeoefend (...)".

2.d. Zelfs de staf van de strijdkrachten geeft aldus toe dat het - althans de facto - onmogelijk is voorbij te gaan aan de onwettige situatie die zich vanaf de onwettige benoeming tot aan het vernietigingsarrest heeft voorgedaan. In geval van een vernietigingsarrest zullen de gegadigden wier benoeming vernietigd is, kunnen blijven bogen op de taken die zij voor dat arrest hebben uitgeoefend, zulks ten nadele van verzoeker, die geen dergelijke ervaring heeft kunnen opdoen. De Raad van State heeft deze analyse gevolgd in het beroep van rechtskundig majoor - militair administrateur brevethouder VAN DEN NOORTGAETE (Arrest nr. 34.815 van 26 april 1990); in het kader van het beroep X-6.429 (inzake de heer CORYN) heeft de verwerende partij zich verlaten op het oordeel van de Raad van State over de vraag of er voor een moeilijk te herstellen ernstig nadeel moest worden gevreesd.

2.e. Ten slotte behoort erop te worden gewezen dat verzoeker op onwettige wijze een ernstig nadeel lijdt; dat blijkt uit de aard van de middelen. "De ernst en de moeilijke herstelbaarheid van een nadeel (kunnen) mee bepaald worden door de aard van de onwettigheden waarvan de verzoekende partij het slachtoffer verklaart te zijn" (nr. 39.488 van 26 mei 1992). "De ernst en de moeilijke herstelbaarheid van het nadeel waarop de indiener van een vordering tot schorsing zich beroept, (kan) mede bepaald worden door de aard van de onwettigheden waarvan hij het slachtoffer verklaart te zijn. Het gaat niet aan dat de voor verzoeker nadelige gevolgen van een rechtstoestand jarenlang hun verloop zouden mogen hebben wanneer die rechtstoestand het gevolg is van een optreden van de overheid waarvoor men vooralsnog tevergeefs een schijn van juridische fundering zoekt" (nr. 41.871 van 2 februari 1993).

3. De schorsing van de tenuitvoerlegging van de omstreden beslissingen heeft tot gevolg dat er ex nunc een einde wordt gemaakt aan het aanhoudende berokkenen van zulk een ernstig nadeel.

4.a. Er behoort overigens rekening te worden gehouden met het berokkenen van een ander moeilijk te herstellen ernstig nadeel, dat verband houdt met het verlies van de mogelijkheid om, bij ontstentenis van een schorsingsarrest, tijdig te verzoeken om een loopbaanonderbreking (tijdelijke regeling).

4.b. Verzoeker kan tot 24 augustus 2000 om toepassing van de bijzondere maatregelen inzake loopbaanonderbreking verzoeken. Die maatregelen zijn vervat in het K.B. van 24 juli 1997 tot instelling van de vrijwillige arbeidsregeling van de vierdagenweek en de regeling van de halftijdse vervroegde uitstap voor sommige militairen en tot wijziging van het statuut van de militairen met het oog op de instelling van de tijdelijke ambtsontheffing wegens loopbaanonderbreking (B.S. 15 augustus 1997).

4.c. Wanneer verzoeker vandaag om een tijdelijke ambtsontheffing wegens loopbaanonderbreking (tijdelijke maatregel) verzoekt in afwachting van de normale afloop van procedure tot nietigverklaring, heeft zulks twee ernstige gevolgen :

- enerzijds dreigt verzoeker zijn belang bij deze zaak en dus elke mogelijkheid tot bevordering te verliezen;

- anderzijds heeft het feit dat verzoeker heeft verzocht om een tijdelijke ambtsontheffing van lange duur (tot 9 jaar) tot gevolg dat hij ingeval van herziening van de vernietigde handeling (op zijn minst de facto) benadeeld zal zijn. Er kan niet worden betwist dat zijn sollicitatie ongunstig beoordeeld dreigt te worden door het nieuwe bevorderingscomité en door de Koning en de minister, om de eenvoudige reden dat men toch niet ex tunc een bevordering zal verlenen aan een officier die ondertussen gevraagd heeft om uit zijn ambt te worden ontheven.

Als verzoeker daarentegen wacht totdat volgens de gewone procedure een vernietigingsarrest is gewezen om een tijdelijke ambtsontheffing wegens loopbaanonderbreking (tijdelijke maatregel) aan te vragen - zulks om de kansen van een gunstige herziening van de te vernietigen handeling niet op het spel te zetten -, loopt hij groot gevaar de termijn te zien verstrijken waarbinnen kan worden verzocht om de toepassing van de bepalingen van het K.B. van 24 juli 1997 waarbij die tijdelijke regeling is ingesteld. Zulks geldt des te meer daar de termijn voor het indienen van die aanvragen zou kunnen worden ingekort naar gelang van het succes van de maatregelen van ambtsontheffing en daar de minister heeft meegedeeld dat hij alleen die officieren in

disponibiliteit zou plaatsen die daar zelf om hebben verzocht (*La Libre Belgique* van 24 januari 1998, "succès du plan ministériel ?").

4.d. De omstandigheid dat een tijdelijke ambtsontheffing wegens loopbaanonderbreking (tijdelijke maatregel) kan worden verkregen, heeft dus soortgelijke gevolgen als de pensionering of de toelating tot het emeritaat. In dit verband is geoordeeld dat "het risico op een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling zou berokkenen, moet worden beoordeeld met inachtneming van alle omstandigheden van de zaak.". In casu zal alleen de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling ertoe kunnen bijdragen dat verzoeker geen onherstelbaar ernstig nadeel ondervindt van die handeling, aangezien hij binnenkort gepensioneerd zal worden. (R.v.St., nrs. 46.106 en 46.107 van 15 februari 1994);

Overwegende dat de verwerende partij in geval van vernietiging van de bestreden bevorderingen bij de herziening van de procedure niet op rechtsgeldige wijze rekening zou kunnen houden met de ervaring die gegadigden zouden hebben opgedaan in een graad waarin zij op onregelmatige wijze zouden zijn benoemd; dat de geldigheid van de in die hoedanigheid gestelde handelingen gegarandeerd wordt door de theorie van de feitelijke ambtenaar en dat het feit dat het verschil tussen de weddes niet wordt teruggevorderd slechts de toepassing is van de regel van de vervulde dienst; dat de door verzoeker gehekelde onwettigheden niet kunnen worden gerekend tot de onregelmatigheden die de Raad van State dermate ernstig heeft geacht dat ze doorslaggevend zijn voor de ernst van het nadeel voor degene die verklaart daarvan het slachtoffer te zijn; dat het gevaar dat verzoeker geen loopbaanonderbreking meer zou kunnen vragen geen ernstig nadeel oplevert; dat de gevolgen van de vrije keuze van verzoeker om een loopbaanonderbreking te vragen niet aan de tenuitvoerlegging van de bestreden handelingen te wijten zijn; dat het gevaar voor een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet bewezen is;

Overwegende dat niet is voldaan aan een van de voorwaarden gesteld in artikel 17, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten die vervuld moeten zijn opdat de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling kan bevelen; dat de vordering tot schorsing niet kan worden toegewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt afgewezen.

Artikel 2.

De beslissing over de kosten wordt in beraad gehouden.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting, op zestien juli 1900 achtennegentig door :

de Hr.	GEUS,	kamervoorzitter,
Mevr.	HONDERMARCQ,	griffier.

De Griffier, **De Voorzitter,**

M.-Cl. HONDERMARCQ. **J.-Cl. GEUS.**

**VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.**