RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 69.330 van 3 november 1997
in de zaak A. 51.246/IX-250.

In zake : Marcus GABRIELS,
wonende te MALLE,
Oude Meirstraat 18

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de Minister van Landsverdediging.

D E R A A D V A N S T A T E, IXe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Marcus GABRIELS op 20 april 1993 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van :

> "Akte 1 : Weigering van de aanvraag dat de benoeming tot Majoor van verzoeker, verleend in December 92, zou terugwerken op 26 juni 1992.
> Deze weigering werd gemotiveerd als volgt :
> 'Een benoeming met terugwerkende kracht kan slechts geschieden onder de voorwaarden bepaald in Art. 45 van de wet van 01 Maart 1958 (Reg A16-B1). Aan deze voorwaarde is niet voldaan'
> Akte 2 : Impliciete weigering, vervat in het benoemingsbesluit K.B. n° 28.289 van 22 December 1992, om de benoeming van verzoeker tot de graad van Majoor te laten terugwerken op 26 Juni 1992";

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door Eerste Auditeur W. VAN NOTEN;

Gelet op de beschikking van 28 juni 1996 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de regelmatig gewisselde laatste memories;

Gelet op de beschikking van 23 september 1997 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 oktober 1997;

Gehoord het verslag van Staatsraad A. BEIRLAEN;

Gehoord de opmerkingen van verzoeker, en van Majoor R. GERITS, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Eerste Auditeur W. VAN NOTEN;

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

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. Verzoeker is beroepsofficier in het korps van de troepen van de medische dienst (TMD). Op 26 juni 1985 wordt hij benoemd tot kapitein en op 26 juni 1990 tot kapitein-commandant. In 1990 slaagt hij voor het beroepsexamen voor kandidaat majoor.

1.2. Verzoeker wordt ingeschreven op de kandidatenlijst voor de benoeming tot majoor in het korps TMD die op 22 april 1992 door de Minister van Landsverdediging wordt goedgekeurd.

De lijst vermeldt dat het gaat om "kapitein-commandanten met bevorderingsanciënniteit 26 Dec. 1990 en vroeger" die in aanmerking komen voor "benoemingen vanaf 26 Dec. 1992".

1.3. Op 16 november 1992 wordt verzoekers kandidatuur voor de bevordering tot majoor door het bevorderingscomité aan de Minister van Landsverdediging aanbevolen.

1.4. Op 17 november 1992 vraagt verzoeker via "Model B", gericht aan de Divisie Personeel van de Krijgsmacht (JSP-A/C) om met terugwerkende kracht tot majoor benoemd te worden op 26 juni 1992. Hij stelt onder meer :

> "... dat aan alle voorwaarden voldaan wordt om een benoeming in de graad van Majoor te voorzien met terugwerkende kracht tot datum van 26 Juni 92, temeer daar een onderzoek door het Bevorderingscomité in 1991 mij de mogelijkheid zou hebben geboden tot een benoeming op deze vermelde datum".

1.5. Op 3 december 1992 adviseert het eerste echelon Medisch Commando Basis de aanvraag "gunstig" voor zover aan de wettelijke voorschriften is voldaan.

1.6. Op 18 december 1992 geeft de Staf van de Medische Dienst een ongunstig advies. Luitenant-kolonel MAB GYDE stelt :

> "Is uitgesloten volgens de vigerende wettelijke en reglementaire bepalingen (A16)
> Voorwaarden : - 2 jaar tussen Cdt en Maj
> - weerhouden zijn";

1.7. Op 21 januari 1993 dient verzoeker een verweerschrift in. Hij stelt, onder meer, dat aan beide voorwaarden voor de bevordering tot majoor zou zijn voldaan "indien (zijn) kandidatuur voor de eerste maal onderzocht zou zijn geworden door het Bevorderingscomité in het vierde kwartaal van 1991".

1.8. Bij koninklijk besluit van 22 december 1992 wordt verzoeker tot majoor benoemd op 26 december 1992.

1.9. Op 18 februari 1993 wordt de aanvraag van verzoeker voor een benoeming met terugwerkende kracht tot 26 juni 1992 door de Divisie Personeel geweigerd. Kolonel MAB G. LEFEVER stelt :

> "Een benoeming met terugwerkende kracht kan slechts geschieden onder de voorwaarden bepaald in Art. 45 van de wet van 01 Mar 58 (Reg A16-B1)".

Deze beslissing wordt op 17 maart 1993 aan verzoeker ter kennis gebracht.

2. Over de ontvankelijkheid van het beroep.

2.1. Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat de eerste bestreden beslissing een "louter bevestigende beslissing" is en dat, wat de tweede bestreden beslissing betreft (het koninklijk besluit van 22 december 1992), de beroepstermijn sinds 24 februari 1993 verstreken is, omdat "verzoeker zeker sinds 26 december 1992 kennis had van deze beslissing, gezien hij sinds die dag, overeenkomstig het koninklijk besluit Nr. 28.289 van 22 december 1991 de graad van Majoor draagt";

2.2. Overwegende dat verzoeker in zijn repliek betwist dat de eerste bestreden beslissing een bevestigende handeling zou zijn, aangezien zijn aanvraag nooit aan de bevoegde overheden, zijnde de Minister van Landsverdediging en de Koning, werd overgemaakt; dat hij meent, wat het beroep tegen het tweede bestreden besluit betreft, dat hij de mededeling van de motieven om aan het koninklijk besluit geen terugwerkende kracht te verlenen mocht afwachten;

2.3.1. Overwegende dat, naar luid van artikel 4, derde lid, van het procedurereglement de vernietigingsberoepen verjaren zestig dagen nadat de bestreden akten, reglementen of beslissingen werden bekendgemaakt of betekend; dat, indien ze noch bekendgemaakt noch betekend dienen te worden, de termijn ingaat met de dag waarop verzoeker er kennis van heeft gehad; dat een beslissing waarbij op individuele wijze een element van de rechtspositie van een persoon wordt bepaald of gewijzigd individueel aan de betrokkene ter kennis moet worden gebracht; dat alleen de individuele aanzegging de beroepstermijn doet ingaan;

2.3.2. Overwegende dat uit het administratief dossier niet blijkt dat het koninklijk besluit van 22 december 1992 waarbij verzoeker op 26 december 1992 tot majoor benoemd werd, meer dan zestig dagen voor het instellen van het annulatieberoep aan verzoeker persoonlijk werd ter kennis gebracht; dat het beroep tegen dit besluit ontvankelijk is;

2.3.3. Overwegende dat de aanvraag om met terugwerkende kracht op 26 juni 1992 tot majoor te worden bevorderd, die verzoeker op 17 november 1992 heeft ingediend en het daaropvolgend verweerschrift van 21 januari 1993 kunnen gezien worden als een willig beroep; dat de beroepstermijn door een tijdig ingesteld willig beroep wordt gestuit indien in het beroep nieuwe gegevens worden aangebracht en de overheid blijk heeft gegeven van haar bedoeling om de zaak opnieuw te onderzoeken; dat de vraag van verzoeker om met terugwerkende kracht tot 26 juni 1992 tot majoor benoemd te worden, beschouwd dient te worden als een nieuw gegeven, aangezien niet blijkt dat de argumenten die verzoeker tot staving van die vraag heeft aangevoerd eerder door de overheid onderzocht werden; dat de vraag van verzoeker

geleid heeft tot een nieuw onderzoek, waarbij op verschillende hiërarchische niveaus adviezen werden uitgebracht; dat de beslissing van 18 februari 1993 waarbij de aanvraag van verzoeker werd afgewezen, niet als een louter bevestigende beslissing kan worden aangezien; dat de exceptie niet gegrond is;

3. Over de gegrondheid van het beroep.

3.1.1. Overwegende dat verzoeker als middel de schending aanvoert van artikel 45, § 2, 4°, van de wet van 1 maart 1958 betreffende het statuut der beroepsofficieren van de land-, lucht-, de zeemacht en de medische dienst en der reserveofficieren van alle krijgsmachtdelen en van de medische dienst, waarin wordt bepaald dat met terugwerkende kracht kan worden benoemd : "4° de officier ten aanzien van wie het onderzoek van de kandidatuur (...) door redenen te wijten aan de administratie, werd vertraagd"; dat hij stelt dat zijn aanvraag om zijn benoeming tot majoor te doen terugwerken tot 26 juni 1992 ten onrechte werd afgewezen, aangezien hij in zijn aanvraag en verweerschrift heeft aangetoond dat de vertraging in het onderzoek van zijn kandidatuur aan de administratie te wijten was;

3.1.2. Overwegende dat de verwerende partij hierop antwoordt dat verzoeker ten onrechte van oordeel is dat hij reeds op de kandidatenlijst 1991 diende ingeschreven te worden, daar waar uit de wettelijke bepalingen volgt dat op de kandidatenlijst majoors 1991 slechts de kapiteins-commandanten dienden ingeschreven te worden die op de voorziene benoemingsdatum, namelijk 26 december 1991, een anciënniteit van minstens twee jaar in deze graad hadden, dat verzoeker die op 26 juni 1990 tot kapitein-commandant bevorderd werd, op 26 december 1991 slechts een anciënniteit van 1 jaar en 6 maanden bezat en bijgevolg niet op de lijst 91 diende

ingeschreven te worden, dat er dus geen sprake is van "een vertraging van het onderzoek van de kandidatuur door redenen te wijten aan de administratie" zodat verzoeker niet in aanmerking komt om met terugwerkende kracht benoemd te worden; dat zij subsidiair stelt dat de Koning overeenkomstig artikel 45, § 2, van de wet van 1 maart 1958 over een discretionaire bevoegdheid beschikt om een benoeming te doen terugwerken, maar daartoe niet verplicht is, zelfs niet indien zou blijken dat er een vertraging heeft plaats gehad;

3.1.3. Overwegende dat verzoeker repliceert dat de verwerende partij een restrictieve interpretatie van het begrip "voorziene benoemingsdatum" toepast, die berust op de versie van artikel 6 van het koninklijk besluit van 7 april 1959, zoals dat artikel luidde vóór de wijziging door het koninklijk besluit van 25 juni 1991, dat door die restrictieve interpretatie het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden, aangezien deze interpretatie tot gevolg heeft dat sommige officieren na twee jaar anciënniteit tot majoor kunnen benoemd worden, terwijl anderen genoegen moeten nemen met twee jaar en zes maanden anciënniteit of zelfs meer, dat de opgelopen vertraging in zijn geval duidelijk aan de administratie te wijten is, dat, wat het argument van de discretionaire bevoegdheid betreft, de benoemingen naar keuze gebeuren, maar dat eenmaal een verdienstelijke kandidaat door de Koning benoemd wordt, bij het bepalen van de anciënniteitsdatum met de opgelopen administratieve vertraging rekening moet worden gehouden;

3.1.4.1. Overwegende dat naar luid van artikel 6, § 2, van het koninklijk besluit van 7 april 1959 betreffende de stand en de bevordering van de beroepsofficieren van de land-, lucht- en zeemacht en de medische dienst een kandidaat voor de eerste maal op een lijst (van officieren wier kandidatuur aan het bevorderingscomité zal voorgelegd worden) wordt ingeschreven "indien

hij, op de voorziene benoemingsdatum, voldoet aan de bij artikel 21 voor zijn graad en korps vastgestelde anciënniteitsvoorwaarden"; dat artikel 21 van het koninklijk besluit bepaalt dat voor de bevordering tot majoor de minimumanciënniteit in de graad van kapitein-commandant twee jaar bedraagt; dat volgens de door de verwerende partij toegepaste administratieve praktijk de in het voormeld artikel 6 bedoelde "voorziene benoemingsdatum" vastgesteld wordt in de door de Minister van Landsverdediging goedgekeurde kandidatenlijst; dat die administratieve praktijk ertoe leidt dat aan de kandidaten een grotere minimumanciënniteit wordt opgelegd, dan door het voormeld artikel 21 wordt voorgeschreven; dat die anciënniteit bovendien van kandidaat tot kandidaat kan verschillen;

3.1.4.2. Overwegende dat verzoeker terecht stelt dat de door de verwerende partij toegepaste administratieve praktijk mogelijk steun kon vinden in de bepalingen van artikel 6 van het koninklijk besluit van 7 april 1959, zoals dat artikel luidde vóór de wijziging door het koninklijk besluit van 25 juni 1991; dat vóór die wijziging aan de Minister van Landsverdediging de bevoegdheid was verleend om "voor ieder korps en voor iedere graad, de minimumanciënniteit (te bepalen) om voor de eerste maal op deze lijst ingeschreven te worden"; dat sinds de wijziging door het koninklijk besluit van 25 juni 1991 aan de Minister van Landsverdediging niet langer de bevoegdheid is toegekend om de minimumanciënniteit te bepalen om voor de eerste maal op de kandidatenlijst te worden ingeschreven; dat onder de bepalingen van het koninklijk besluit van 7 april 1959 onder het begrip "op de voorziene benoemingsdatum" dan ook niet de door de Minister van Landsverdediging bepaalde datum dient te worden verstaan, maar wel de datum waarop de kandidaat voor de eerste maal in aanmerking komt om in een vacante betrekking benoemd te worden; dat, aangezien verzoeker op 26 juni 1990 benoemd

werd tot kapitein-commandant de voorziene benoemingsdatum voor zijn benoeming tot majoor 26 juni 1992 was; dat volgens de door de verwerende partij toegepaste administratieve praktijk de bevorderingscomités jaarlijks vergaderen in de maand november; dat de kandidatuur van verzoeker voor de eerste maal moest worden ingeschreven op de lijst 1991 en in november 1991 door het bevorderingscomité worden onderzocht; dat zijn kandidatuur pas de eerste maal ingeschreven werd op de lijst 1992 en in november 1992 door het bevorderingscomité onderzocht; dat vastgesteld dient te worden dat het onderzoek van de kandidatuur van verzoeker om redenen te wijten aan de administratie vertraging heeft opgelopen; dat naar luid van artikel 45, § 2, 4°, van de wet van 1 maart 1958 met terugwerkende kracht kan worden benoemd :

> "4° de officier ten aanzien van wie het onderzoek (...) door redenen te wijten aan de administratie, werd vertraagd";

dat verzoeker de voorwaarden vervulde om, overeenkomstig voormeld artikel 45, § 2, 4°, met terugwerkende kracht op 26 juni 1992 tot majoor benoemd te worden; dat de verwerende partij hiertegen, als subsidiair argument, aanvoert dat artikel 45, § 2, 4°, de benoemende overheid een discretionaire bevoegdheid zou verlenen, zodat, zelfs indien de voorwaarden vervuld zijn, de Koning niet verplicht was om verzoeker met terugwerkende kracht te benoemen; dat niet valt in te zien op grond van welke criteria aan een officier wiens kandidatuur om redenen te wijten aan de administratie met vertraging onderzocht werd, het voordeel van een benoeming met terugwerkende kracht zou kunnen geweigerd worden; dat het middel gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd worden :

"Akte 1 : Weigering van de aanvraag dat de benoeming tot Majoor van verzoeker, verleend in December 92, zou terugwerken op 26 juni 1992.
Deze weigering werd gemotiveerd als volgt :
'Een benoeming met terugwerkende kracht kan slechts geschieden onder de voorwaarden bepaald in Art. 45 van de wet van 01 Maart 1958 (Reg A16-B1). Aan deze voorwaarde is niet voldaan'
Akte 2 : Impliciete weigering, vervat in het benoemingsbesluit K.B. n° 25.289 van 22 December 1992, om de benoeming van verzoeker tot de graad van Majoor te laten terugwerken op 26 Juni 1992";

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op vierduizend frank, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op drie november 1900 zevenennegentig, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	G. BAETEMAN,	eerste voorzitter van de Raad van State
	A. BEIRLAEN,	staatsraad,
	J. SMETS,	staatsraad,
	M. MILOJKOWIC,	toegevoegd griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

M. MILOJKOWIC. **G. BAETEMAN.**