RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 102.509 van 14 januari 2002
in de zaak A. 79.720/IX-1331.

In zake : Kelly BAUWENS,
die woonplaats kiest bij
advocaat T. VERMEIRE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Keverslaan 11

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 Kelly BAUWENS op 7 augustus 1998 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van :

"- de beslissing van 3 juli 1998 van de Deliberatiecommissie van de Koninklijke Militaire School - 3de jaar polytechniek - 1ste Zittijd, waarbij (zij) 'definitief mislukt' wordt verklaard;
- de beslissingen, opgenomen in een akte van 22 juli 1998, waarbij (haar) de hoedanigheid van kandidaat-beroepsofficier ontnomen wordt, waarbij (haar) graad van onderluitenant-leerling ingetrokken wordt en de dienstneming verbroken";

Gelet op het arrest nr. 77.270 van 30 november 1998 waarbij de afstand van de vordering tot schorsing en de afstand van de vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen worden toegewezen;

Gezien het verzoek tot voortzetting van de rechtspleging van verzoekster;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur R. AERTGEERTS;

Gelet op de beschikking van 19 februari 2001 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 laatste memories;

Gelet op de beschikking van 12 december 2001 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 7 januari 2002;

Gehoord het verslag van staatsraad A. VANDENDRIESSCHE;

Gehoord de opmerkingen van verzoeker, van advocaat G. VAN GRIEKEN die, loco advocaat T. VERMEIRE verschijnt voor verzoeker, en van luitenant-kolonel militair administrateur R. GERITS, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur R. AERTGEERTS;

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

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

1.1. Op 16 augustus 1995 wordt verzoekster toegelaten tot de Koninklijke Militaire School (hierna : KMS) in de polytechnische afdeling.

1.2.1. Bij het einde van haar tweede vormingsjaar behaalt verzoekster voor de bijkomende proeven van fysieke conditie het cijfer 5,6667 op 20. Op het globale militair gedeelte van de vorming behaalt zij het cijfer 9,63 op 20. De deliberatiecommissie beslist op 3 juli 1997 dat verzoekster geslaagd is.

1.2.2. Bij het einde van haar derde vormingsjaar behaalt verzoekster voor de bijkomende proeven van fysieke conditie het cijfer 3,3333 op 20. Op het globale militair gedeelte van de vorming behaalt zij het cijfer 9,48 op 20.

1.3. Uit het proces-verbaal van 3 juli 1998 (150ste promotie polytechniek - 1ste sessie) blijkt dat de deliberatiecommissie beslist heeft dat verzoekster "definitief mislukt" is omdat zij "onvoldoende fysieke hoedanigheden op het vlak van de fysieke conditie bezit".

1.4. Op 3 juli 1998 ondertekent verzoekster een "uittreksel uit het proces-verbaal van deliberatie" voor kennisneming en ontvangst.

In dit "uittreksel" wordt verwezen naar de artikelen 56 en 70 van het koninklijk besluit van 11 augustus 1994 betreffende de werving en de vorming van de kandidaat-militairen van het actief kader, naar de artikelen 61 tot 65 van het koninklijk besluit van 14 november 1968 betreffende de organisatie van de Koninklijke Militaire School, en naar de artikelen 7 en 8 van het ministerieel besluit van 20 februari 1975 betreffende de organisatie van de Koninklijke Militaire School. Er wordt tevens vermeld dat de deliberatiecommissie heeft gedelibereerd over "C. Fysieke hoedanigheden" en dat zij beslist dat verzoekster "definitief mislukt" is wegens "bezit onvoldoende fysieke hoedanigheden op het vlak van de fysieke conditie". Als motivatie wordt vermeld : "heeft één of meerdere punten onder 10/20 behaald, zoals hierboven vermeld (A, B of C)".

Dit is de eerste bestreden akte.

1.5. Op 3 juli 1998 stelt de promotiecommandant verzoekster voor voor het verlies van de hoedanigheid van kandidaat beroepsofficier gezien zij bij beslissing van de deliberatiecommissie definitief mislukt is wegens onvoldoende fysieke hoedanigheden. Hij verwijst naar artikel 70 van het koninklijk besluit van 11 augustus 1994 betreffende de werving en de vorming van de kandidaat-militairen van het actief kader en naar artikel 20 van het koninklijk besluit van 13 november 1991 tot bepaling van de regels die gelden bij de beoordeling van de fysieke hoedanigheden van sommige kandidaten en leerlingen van de krijgsmacht. Hij stelt tevens voor dat verzoekster terugkeert naar het burgerleven met attest van afdanking.

1.6. Op 22 juli 1998 zendt de Chef van de Generale staf de volgende nota aan de Commandant van de Koninklijke Militaire School :

"Onderwerp : Verlies van de hoedanigheid van kandidaat-beroepsofficier
Bevestiging
(...)

1. Belanghebbende verliest van rechtswege de hoedanigheid van KBO op 01 Aug 98, omdat de deliberatiecommissie, gehouden in KMS op 03 Jul

98, beslist heeft, dat zij definitief mislukt is omdat zij de vereiste fysieke hoedanigheden op het vlak van de fysieke conditie niet meer bezit. (...)

2. Op 01 Aug 98 :
   a. wordt haar dienstneming als kandidaat-beroepsofficier, ondertekend op 16 Aug 95 van rechtswege verbroken. (...)
   b. wordt de aanstelling in de graad van Kpl, Sgt, Adjt en OLt van rechtswege ingetrokken. (...)

(...)".

Dit is de tweede bestreden akte. Verzoekster neemt er kennis van op 31 juli 1998;

2.1. Overwegende dat verzoekster in het tweede onderdeel van het eerste middel aanvoert dat zij mislukt is omdat zij op de bijkomende proeven voor de fysieke hoedanigheden (DI 332) 3,3 punten op 20 heeft behaald, dat die beslissing waarschijnlijk steunt op het bij koninklijk besluit van 30 oktober 1997 goedgekeurd reglement houdende de gegevens voor de beoordeling van de kandidaten, waarin bepaald is dat het "uitsluitingscijfer van 50%" ook geldt "voor het geheel van bijkomende proeven van fysieke conditie" maar dat die bijkomende proeven -een loopproef, een zwemproef en krachtproeven- "worden ingericht en afgenomen" zonder dat daarvoor een reglementaire basis bestaat; dat zij betoogt dat artikel 9 van het koninklijk besluit van 13 november 1991 vermeldt welke "normale proeven van fysieke conditie" afgelegd moeten worden en dat hetzelfde besluit ook de slaag-criteria voor die "normale" proeven aangeeft, maar dat dergelijke reglementering met betrekking tot de bijkomende proeven ontbreekt, wat dan tot gevolg heeft dat haar "resultaten voor de bijkomende proeven (...) worden getoetst aan criteria die kennelijk niet zijn opgenomen in een afdwingbare reglementering, die zou zijn uitgevaardigd door de bevoegde overheid (in casu de Koning)", terwijl het koninklijk besluit van 30 oktober 1997, in zoverre het een (lagere) overheid zou machtigen om de reglementering van de bijkomende proeven uit te vaardigen, overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet blijven;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij verwijst naar het antwoord dat zij in haar nota met opmerkingen in de schorsingszaak had geformuleerd; dat zij daarin uiteenzet dat artikel 10, § 2, van het koninklijk besluit van 13 november 1991 toelaat dat de minister van Landsverdediging voor kandidaten van bepaalde eenheden, diensten, scholen of groepen van functies "bijkomende proeven" bepaalt, dat in de bijlage bij het koninklijk besluit van 30 oktober 1997, die ondertekend is door de Koning en door de minister van Landsverdediging, die bijkomende proeven worden vastgesteld terwijl in die bijlage ook is bepaald en dat voor die proeven een

uitsluitingscijfer van 50% geldt; dat zij, subsidiair, stelt dat de "beoordelingsroosters" voor de bijkomende proeven op 16 mei 1997 aan de minister van Landsverdediging zijn voorgelegd en dat toch niet kan geëist worden dat die beoordelingscriteria in een koninklijk besluit zouden opgenomen worden;

2.3. Overwegende dat verzoekster in de memorie van wederantwoord stelt dat niet blijkt dat de minister van Landsverdediging uitdrukkelijk zijn instemming heeft verleend met de "tabellen en beoordelingsgegevens" die hem in de nota van 16 mei 1997 door de opleidings- en verbeteringsraad van de KMS was toegezonden, dat het dus 'a fortiori' vast staat dat de Koning die roosters en barema's niet heeft vastgesteld en dat in ieder geval het koninklijk besluit van 30 oktober 1997 die barema's niet bevatte; dat zij vervolgt dat de bestreden beslissing van de deliberatieraad niet formeel aanduidt op grond van welk reglement met barema's zij beoordeeld en gequoteerd werd en dat de beoordelingsroosters niet gepubliceerd werden noch bekrachtigd; dat, naar haar oordeel, de Koning ter zake bevoegd was -zoals dat gebeurde met de beoordelingscriteria voor de normale fysieke proeven in het koninklijk besluit van 24 november 1991- en dat, indien aangenomen wordt dat de minister bevoegd was, er geen uitdrukkelijk besluit ter zake bestaat;

2.4.1. Overwegende dat de verwerende partij in haar laatste memorie stelt dat de schending van artikel 10, § 2, van het koninklijk besluit van 13 november 1991 -en bijgevolg de vraag om het reglementair besluit op grond waarvan verzoekster niet geslaagd is verklaard buiten toepassing te laten-, vroeger dan in de memorie van wederantwoord ingeroepen had kunnen worden, dat dergelijk middel niet van openbare orde is en dat het daarom laattijdig geformuleerd is;

2.4.2. Overwegende dat, inhoudelijk, de verwerende partij in haar laatste memorie betoogt dat de bijkomende proeven niet vastgelegd zijn in een ministerieel besluit, maar in het koninklijk besluit van 30 oktober 1997, meer bepaald in het bij dat besluit gevoegde reglement, dat medeondertekend is door de minister van Landsverdediging, die daarvoor gesteund heeft op het proces-verbaal van de vergadering van 11 december 1996 van de verbeteringsraad van de KMS; dat aldus, in de zin van artikel 10, § 2, de minister van Landsverdediging de bijkomende proeven bepaald heeft; dat zij van oordeel is dat, aangezien dat proces-verbaal van de verbeteringsraad ook de inhoud van de bijkomende proeven nader heeft bepaald en een beoordelingstabel heeft opgesteld, het "totaal onredelijk en onlogisch (zou zijn)" om niet te aanvaarden dat de minister, wanneer hij de "bijkomende proeven"

in het koninklijk besluit van 30 oktober 1997 liet opnemen, daarin ook niet de inhoud en de beoordelingstabel zou begrepen hebben;

2.5.1. Overwegende, wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, dat verzoekster in haar verzoekschrift klaar en duidelijk heeft aangevoerd dat zij bijkomende proeven van fysieke conditie heeft moeten afleggen zonder dat de verwerende partij daarvoor beschikte over een reglementaire basis, uitgevaardigd door de bevoegde overheid; dat naar haar oordeel -voortgaande op de reglementering inzake de (gewone) proeven van fysieke conditie vermeld in artikel 9, § 1, van het koninklijk besluit van 13 november 1991- die bevoegde overheid de Koning is terwijl elk reglement, dat aan een lagere overheid die bevoegdheid zou verleend hebben, overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet blijven; dat in de memorie van wederantwoord wordt gesteld dat de beoordelingsroosters niet bekendgemaakt zijn noch bekrachtigd en dat daarom de mislukking van verzoekster geen reglementaire grondslag heeft; dat verzoekster daarmee geen nieuw middel aanvoert, maar dat het volledig in de lijn ligt van de argumentatie in het verzoekschrift;

2.6.1.1. Overwegende dat artikel 9, § 1, van het koninklijk besluit van 13 november 1991 tot bepaling van de regels die gelden bij de beoordeling van de fysieke hoedanigheden van sommige kandidaten en leerlingen van de krijgsmacht, bepaalt dat de "proeven van fysieke conditie" vier proeven omvatten : een armspierproef, een buikspierproef, een loopproef van 2 400 meter en een zwemproef; dat naar luid van artikel 10, § 1, van hetzelfde besluit de kandidaten voor de vier proeven gezamenlijk 50 punten op 100 moeten behalen en dat de punten worden toegekend op basis van een als bijlage D bij het besluit gevoegde beoordelingstabel; dat het koninklijk besluit van 13 november 1991 niet formeel bepaalt welke proeven precies moeten worden afgelegd, maar dat -de bijlage D bij dat besluit- er wel een "beoordelingstabel" bijgevoegd wordt die toelaat de prestaties van de kandidaten om te zetten in punten;

2.6.1.2. Overwegende dat artikel 10, § 2, van hetzelfde besluit bepaalt dat kandidaten voor bepaalde eenheden, diensten, scholen of groepen van functies slechts de vereiste hoedanigheden inzake fysieke conditie bezitten indien zij "bovendien (...) geslaagd zijn voor één of meer bijkomende proeven (...) bepaald door de minister van Landsverdediging";

2.6.2. Overwegende dat met het koninklijk besluit van 30 oktober 1997 het "reglement houdende de gegevens voor de beoordeling van de hoedanigheden van de kandidaten in de Koninklijke Militaire School en het programma van de cursussen van de polytechnische afdeling en van de afdeling Alle Wapens voor het academiejaar 1997-1998" vastgesteld is; dat koninklijk besluit getroffen is op voorstel van de minister van Landsverdediging; dat, volgens dat reglement, het programma voor het -door verzoekster gevolgde- derde jaar polytechniek 150 Pol, de cursus DI 330 ("fysieke hoedanigheden") omvat en dat die cursus opgesplitst is in "proeven van fysieke conditie" enerzijds (cursusnummer DI 331, met waardecoëfficiënt 10) -waarbij verwezen wordt naar de sub 2.6.1.1. vermelde vier proeven van fysieke conditie- en "bijkomende proeven" anderzijds (cursusnummer DI 332) die nader worden bepaald als volgt: een "loopproef" (DI 332A), een "zwemproef" (DI 332B) en "krachtproeven" (DI 332C), en die elk een waardecoëfficiënt 10 krijgen; dat het reglement ook bepaalt dat zowel "voor het geheel van de proeven van fysieke conditie" als "voor het geheel van de bijkomende proeven van fysieke conditie" een uitsluitingscijfer van 50% geldt; dat in die zin, voor de beoordeling van de fysieke hoedanigheid van de leerlingen, aan de "bijkomende proeven" een groot, zo al niet overwegend, belang wordt gehecht;

2.6.3. Overwegende dat, in het kader van het hier besproken middel, de vraag rijst of de deliberatiecommissie, bij de vaststelling van het examenresultaat van verzoekster, in het koninklijk besluit van 30 oktober 1997 een afdoende rechtsgrond kon vinden om te stellen dat verzoekster definitief mislukt was, aangezien zij op de bijkomende fysieke proeven 3,3 punten op 20 had behaald;

2.7.1. Overwegende dat de Koning in artikel 10, § 2, van het koninklijk besluit van 13 november 1991 aan de minister van Landsverdediging de bevoegdheid heeft verleend om de bijkomende proeven van fysieke conditie te bepalen; dat evenwel, rekening houdend met de hiërarchie van de normen, die bevoegdheidsdelegatie niet belet dat de Koning toch zelf nog ter zake een regeling uitwerkt; dat trouwens het koninklijk besluit van 30 oktober 1997 getroffen is op de voordracht van de minister van Landsverdediging;

2.7.2.1. Overwegende dat het koninklijk besluit van 30 oktober 1997 geen nadere criteria bevat betreffende de inhoud en de beoordelingswijze van de bijkomende proeven van fysieke bekwaamheid; dat de verwerende partij ook niet aantoont dat de minister van Landsverdediging de inhoud van de proeven en de

beoordelingscriteria heeft vastgelegd in het licht van de hem door artikel 10 § 2, van het koninklijk besluit van 13 november 1991 verleende bevoegdheidsdelegatie en met eerbiediging van de rechtsregels die in het algemeen de totstandkoming van dergelijk ministerieel besluit regelen;

2.7.2.2. Overwegende dat de verwerende partij verwijst naar de stilzwijgende instemming die de minister van Landsverdediging zou gehecht hebben aan de uiteenzetting opgenomen in een proces-verbaal van een vergadering van 11 december 1996 van de opleidings- en verbeteringsraad van de KMS; dat in dat proces-verbaal inderdaad verwezen wordt naar een voorstel van de KMS om, teneinde onder meer "de fysieke training meer uitdagend te maken", bijkomende fysieke proeven in te stellen, te weten "een loopproef van 10 km, een zwemproef van 400y en krachtproeven" terwijl, in een bijlage, die proeven concreet worden omschreven en de puntentoekenning geregeld;

Overwegende dat, door die verwijzing te maken, de verwerende partij erkent dat het koninklijk besluit van 30 oktober 1997 op zich aan de militaire overheid geen voldoende rechtsgrond biedt om bepaalde bijkomende fysieke proeven verplicht te stellen en om ze op een bepaalde manier te quoteren; dat in alle geval, mede in het licht van artikel 184 van de grondwet, een algemene regeling waarbij aan de militairen verplichtingen worden opgelegd -te dezen het afleggen van bepaalde proeven en het opstellen van een prestatietabel-, slechts verbindend kan zijn indien zij steunt op een uitdrukkelijke beslissing van de bevoegde overheid;

Overwegende dat uit wat voorafgaat volgt dat de verwerende partij in het koninklijk besluit van 30 oktober 1997 geen afdoende juridische grondslag kan vinden om de bijkomende proeven van fysieke geschiktheid, zoals die zijn vastgesteld in het voorstel van de opleidings- en verbeteringsraad van de KMS in de cursus DI 330 van het derde jaar Pol op te nemen; dat zij ook geen andere deugdelijke rechtsgrond aanwijst die haar zulks toeliet;

2.7.3. Overwegende dat de verwerende partij niet betwist dat verzoekster niet geslaagd is verklaard om reden dat zij, blijkens de barema's opgesteld door de opleidings- en verbeteringsraad van de KMS, onvoldoende had gepresteerd op de bijkomende proeven van fysieke conditie zoals die daar nader zijn bepaald; dat de deliberatiecommissie evenwel, bij gebrek aan uitdrukkelijke bepaling waarbij het voorstel van de opleidings- en verbeteringsraad in een afdwingbare regel werd

omgezet, in dat voorstel geen rechtsgrond kon vinden om verzoekster mislukt te verklaren; dat het middel gegrond is;

3. Overwegende dat de beslissingen, die verzoekster in het tweede voorwerp van het annulatieberoep betrekt, hun noodzakelijke en uitsluitende grondslag vinden in de -hiervoor onregelmatig bevonden- beslissing van 3 juli 1998 van de deliberatiecommissie; dat zij, als gevolg-beslissingen, door dezelfde onregelmatigheid zijn aangetast,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt :

- de beslissing van 3 juli 1998 van de deliberatiecommissie van de Koninklijke Militaire School - 3de jaar polytechniek - 1ste Zittijd, waarbij verzoekster "definitief mislukt" wordt verklaard;
- de beslissingen, vermeld in de nota van de Chef van de Generale Staf van 22 juli 1998, waarbij verzoekster beroofd wordt van de hoedanigheid van kandidaat-beroepsofficier, waarbij haar graad van onderluitenant-leerling ingetrokken wordt en waarbij haar dienstneming verbroken wordt.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op driehonderd zevenenveertig euro zes cent, komen ten laste van de Belgische Staat.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op veertien januari 2000 en twee, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
	L. HELLIN,	staatsraad,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
Mevr.	V. WAUTERS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

V. WAUTERS. **J. DE BRABANDERE.**