

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 203.937 van 18 mei 2010
in de zaak A. 167.975/XII-5738**

In zake: de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de gouverneur
van de provincie Oost-Vlaanderen

Tussenkomende partij:

XXXX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Sutter
kantoor houdend te Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 30 november 2005, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 21 september 2005 van de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen, waarbij het besluit van 23 juni 2005 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent houdende het opleggen van de tuchtstraf berisping aan XXXX niet wordt goedgekeurd.

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.

XXXX heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 23 januari 2006. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Rudi Van Der Gucht heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de tussenkomende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 april 2010.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrick Devers, die verschijnt voor de verzoekende partij, adviseur Wim Vandenhaute, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Tom De Sutter, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Rudi Van Der Gucht 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. M.G., adjunct van de directie in dienst van de stad Gent, is sinds jaren leidinggevende van de cel Woonbeleid van de dienst Wonen (voorheen Huisvesting), die zelf een onderdeel is van het departement Ruimtelijke Planning, Mobiliteit en Openbaar Domein. De cel Woonbeleid telt twaalf of dertien personeelsleden.

3.2. Op 23 november 2004 wordt M.G. door haar departementshoofd gehoord in het kader van een tuchtprocedure. Haar wordt ten laste gelegd dat zij door haar gedrag op woensdag 10 november 2004 de waardigheid van haar ambt in

het gedrang heeft gebracht, en dat zij op woensdag 3 november 2004 “iets na 14 uur” niet aanwezig was en pas na 15 uur heeft teruggebeld en dat zij ook op 17 november 2004 om 14.15 uur niet bereikbaar was, zodat zij, door meermaals afwezig te zijn tijdens de diensturen, tekort schiet in haar beroepslichten.

M.G. legt aldaar de volgende verklaring af:

“Het klopt dat ik af en toe na twee uur binnen kom maar ik ben hier wel van kwart voor acht en meestal ook tot kwart voor zes ’s avonds. Ik ben ervan overtuigd dat ik zeker voldoende uren presteer, ik neem soms werk mee naar huis en dus zeker niet tekort schiet in mijn beroepslichten en dat ik niet de enige ben die dergelijke zaken doe”.

Met een brief van 1 december 2004 legt M.G. een “aanvullende en deels ook rechtzettende verklaring” af betreffende de haar ten laste gelegde feiten, waarbij zij onder meer “ten stelligste” ontkent tijdens de diensturen ongewettigd afwezig te zijn geweest. Zij verklaart elke dag te beginnen voor 8.00 u ’s morgens en te eindigen om 17.40 à 17.45 u. Over het gebruik van haar middagpauze geeft zij in deze brief geen nadere informatie.

3.3. Op 2 december 2004 wordt M.G. andermaal door haar departementshoofd verhoord.

Gesteld wordt in het verslag van het verhoor dat via de toegangsbadge werd vastgesteld dat M.G. zeer vaak ’s middags na 14.00 uur het werk hervat en dat zij dus geen rekening houdt met de geldende stamtijden.

3.4. In een schrijven van 8 december 2004 aan de burgemeester merkt M.G. het volgende op:

“Op uw uitnodiging hadden wij op 2 december 2004 in de namiddag een informeel gesprek betreffende de feiten die men mij wil ten laste leggen in het kader van een eventuele tuchtprocedure.

Behalve uzelf en de schepen van sociale zaken, huisvesting en emancipatie waren bij dit informeel gesprek ook de schepen van personeelszaken en informaticabeleid evenals het departementshoofd bevolking en welzijn aanwezig.

Het gesprek handelde over mijn tijdsbesteding tijdens mijn diensturen in de namiddag in functie van het tijdstip wanneer ik het gebouw betrééd (wat niet gelijk staat met het moment van werkhervatting in de namiddag).

Voor het verifiëren van mijn tijdsbesteding in de namiddag werd een outprint van het gebruik van mijn elektronische toegangskaart gebruikt. Ik stel vast dat uit het gebruik van deze kaart geen enkele onregelmatigheid kan worden afgeleid aangezien deze kaart niet wordt gebruikt om het gebouw te betreden

voor werkhervatting na de middagpauze, maar enkel om het gebouw binnen te komen na het sluiten van de deuren in de loop van de namiddag. De kaart diende bijvoorbeeld telkens te worden gebruikt wanneer ik het gebouw verliet om dienstredenen, om naar de bibliotheek of eventjes naar blok A te gaan, of zelfs gewoon om iemand van het personeel die buiten (aan het roken) was naar binnen te roepen of iets te vragen wanneer dit onmiddellijk vereist was (mijn bureel bevindt zich immers slechts op een vijftal meter afstand van de toegangsdeur tot blok B), enz.

Ik acht het niet billijk dat dit alles niet mocht gekaderd worden in volgende context:

- 's morgens ben ik nagenoeg altijd om iets vóór 8 uur op het werk aanwezig.
- 's avonds stop ik nagenoeg altijd met werken om 17.40 uur.
- Het moment van binnenkomen na de middag moet ook gerelateerd worden aan het tijdstip waarop ik 's middags het gebouw verlaat (soms heb ik 's middags een informele bespreking met één of meerdere medewerkers, een andere keer is er onder de middag een brainstorming, en dan komt het voor dat ik na 14 uur een pauze neem).

Van voornoemde feiten kan in mijn geval geen elektronische registratie worden gemaakt aangezien ik niet pointeer en ik geen elektronische toegangskaart nodig heb om 's morgens binnen te komen (de deuren zijn altijd geopend om 7.30 uur). Wanneer men het gebouw overdag verlaat, doet men dit ongehinderd tot 17 uur. En wanneer ik 's avonds het gebouw wil verlaten, dan moet ik dit doen via een alternatieve uitgang, want het B-gebouw kan men na 17 uur niet meer normaal verlaten.

Vervolgens ga ik voorbij aan het feit dat tot op heden aangaande mijn tijdsbesteding nooit enige opmerking is gemaakt.

Tenslotte, aangezien ik vaststel dat er in uwen hoofde ongewettigde verdenking rijst betreffende mijn tijdsbesteding had ik graag vernomen of u het nodig en billijk acht dat ik in de toekomst pointeer. Als ambtenaar van niveau A heb ik daartoe volgens het personeelsreglement, en overeenkomstig de gebruiken binnen ons departement, geen verplichting”.

3.5. In de periode tussen 21 december 2004 en 7 januari 2005 worden twaalf medewerkers van M.G. door het departementshoofd gehoord. Sommige medewerkers verklaren dat M.G. een middagpauze neemt van meer dan twee uur. Anderen verklaren dit niet te weten of gaan voort op indrukken.

3.6. Op 14 januari 2005 verhoort het departementshoofd M.G. andermaal. Zij verwijst hier onder meer naar :

- het eerste verslag van 2 december 2004 in verband met het tijdstip waarop M.G. 's middags het werk aanvat “gebaseerd op de registraties van de toegangsbadge”;
- de brief van M.G. van 8 december 2004 waarin aangehaald wordt dat de toegangsbadge niet noodzakelijk aangeeft wanneer het werk daadwerkelijk wordt aangevat;
- de verklaringen van personeelsleden van de cel woonbeleid waaruit blijkt, eensdeels, dat M.G. meestal in middagpauze gaat rond 11.45 à 12.00 uur en het werk gewoonlijk hervat tussen 14.30 en 15.00 uur “zoals aangegeven door de registraties van de toegangsbadge” in de periode 30 augustus 2004 tot 23 november

2004, wat betekent “dat er meestal geen 7.36 uur wordt gepresteerd door MG” en waaruit blijkt, anderdeels, dat er tijdens de pauze geen vergaderingen met hen zijn; - “verder onderzoek van de registraties via de toegangsbadge” waaruit blijkt dat middagpauzes buiten de stamtijden zich sedert 6 november 2003 meermaals per week voordoen.

M.G. ontkent dat zij gewoonlijk in pauze gaat vóór 12.00 uur. Veel personeelsleden hebben daar volgens haar geen zicht op omdat ze zelf om 11.30 u in pauze gaan. Zij vraagt een confrontatie met haar collega's.

3.7. Bij schrijven van 18 januari 2005 verzoekt het departementshoofd van M.G. aan de stadssecretaris om een tuchtprocedure op te starten omdat er ernstige indicaties zijn dat M.G. zich niet aan de stamtijden houdt en niet de 7.36 uur per dag presteert die van haar verwacht wordt.

3.8. Op 20 januari 2005 zendt M.G. aan de stadssecretaris het volgend schrijven:

“Mijnheer de stadssecretaris,

Op 2 december 2004, tijdens het onderhoud dat ik had met de heer burgemeester, in aanwezigheid van schepenen M. De Regge en M. Hoornaert en van mijn departementshoofd [...] werd mij een lijst voorgelegd met tijdsregistratiegegevens uit het toegangsbadgebestand. Uit die gegevens werden bepaalde vermoedens afgeleid en conclusies getrokken met betrekking tot mijn uurregeling en mijn arbeidstijd. Aansluitend op dit gesprek heeft mijn departementshoofd het initiatief genomen tot een administratief onderzoek in dit verband. Dit onderzoek neemt nu al geruime tijd in beslag en vermits mij tot op heden nog geen enkele ernstige gelegenheid werd geboden mijn standpunt en argumenten met betrekking tot deze zaak uiteen te zetten, lijkt onderhavige brief de enige mogelijkheid waarover ik beschik om dit alsnog te doen.

[...]

De registratiegegevens uit het toegangsbadgebestand kunnen niet rechtsgeldig worden aangewend teneinde er bepaalde negatieve gevolgtrekkingen met betrekking tot mijn arbeidsprestaties uit af te leiden; het gebruik ervan vormt zelfs een rechtsinbreuk.

Ik ontken ten stelligste enige inbreuk te hebben gepleegd op de arbeidstijdregeling die op mij (en diverse andere medewerkers van het departement) van toepassing is, met name het stelsel van de vaste uurregeling zonder gebruik van de prikklok, waarbij een werkdag wordt gerekend aan 7.36 uur en waarbij het opbouwen van tegoeden en het nemen van compensatieverlof uitgesloten worden. [...]

De toegangsbadge wordt nu blijkbaar als een soort ‘verkapte prikklok’ tegen mij aangewend, hetgeen manifest onrechtmatig en strijdig is met een normale en aanvaardbare toezichts- en controleregeling op mijn arbeidstijd. [...]

Het is mijn eerlijke overtuiging dat het thans jegens mij gevoerde onderzoek onbillijk is en manifest buiten elke redelijke verhouding (en verantwoording) is tot de ‘feiten’ die men mij eventueel ten laste denkt te kunnen leggen. Die

‘feiten’ kunnen op geen enkele manier een werkwijze rechtvaardigen die mijn integriteit en mijn beroepseer publiekelijk in opspraak brengt. Ik protesteer dan ook met klem tegen het initiatief van mijn departementshoofd medewerkers van mijn dienst te ondervragen over mijn doen en laten tijdens en buiten de werkuren, in het kader van het onderzoek. [...] Op geen enkel moment werd ik door mijn departementshoofd in de gelegenheid gesteld de zogenaamde ‘getuigenverklaringen’ - indien nodig - te nuanceren, te corrigeren of tegen te spreken. Er werd mij ook geen inzage verleend in kwestieuze verklaringen. [...]”.

3.9. Bij beslissing van 21 januari 2005 wordt aan M.G. door het departementshoofd een nieuwe opdracht gegeven “in staffunctie bij de Dienst Huisvesting” en wordt de leiding van de cel Woonbeleid aan een ander toevertrouwd.

Op 23 januari 2005 dient M.G. een klacht in bij het college van burgemeester en schepenen, waarin zij weergeeft dat de beslissing over haar nieuwe opdracht een verkapte tuchtmaatregel is, door haar departementshoofd genomen naar aanleiding van een onderzoek naar haar arbeidstijd.

Zij klaagt andermaal aan dat dit onderzoek op onrechtmatige wijze is geschied -met gebruikmaking van onrechtmatige middelen zoals toegangsbadge en elektronisch agenda- dat een en ander niet objectief en neutraal is verlopen en dat zij geen kans heeft gekregen om de verklaringen van het personeel te nuanceren, corrigeren of tegen te spreken.

Nadat M.G. er ook een verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State tegen indient (zaak A. 159.711/XII-4381), wordt de beslissing van 21 januari 2005 ingetrokken op 7 februari 2005.

3.10. Op 6 april 2005 stelt de stadssecretaris over M.G. het volgend tuchtverslag op:

“Uit het dossier mij door de Dienst Personeelsbeheer op 31 maart 2005 overgemaakt blijkt, minstens wat betreft de tweede helft van de maand november 2004:

- dat [M.G.] verklaart dat het af en toe gebeurt dat ze pas na 14.00 haar dienst vervoegt (verklaring van 23 november 2004, stuk 1), hieraan toevoegende dat ze deze wel aanvangt om 07.45 of 08.00, zie haar brief van 1 december 2004, stuk 2) ’s morgens, om deze pas tegen 17.45 te beëindigen;
- dat, volgens de overgrote meerderheid van de personeelsleden van haar dienst (de cel woonbeleid) [M.G.] de gewoonte heeft haar middagpauze aan te vangen

tussen 11.45 en 12.00 om de dienst pas terug te vervoegen, in het beste geval, tussen 14.30 en 15.00, terwijl inderdaad ingevolge die verklaringen aan te nemen is dat ze de dienst pas tussen 17.30 en 18.00 beëindigt (verklaring 21 december 2004 van [zes medewerkers] en van 5 januari 2005 van [twee medewerkers]) (stukken 6-11, 13-14);

Het voorgaande staat m.i. op gespannen voet met de verplichting ex artikel 14, § 1, eerst lid van het Algemeen Personeelsreglement, waar de gemiddelde wekelijkse arbeidsduur wordt vastgesteld op 38 uren en de waarde van een gemiddelde werkdag in functie van een vijfdaagse werkweek, zoals in casu, 7.36u bedraagt.

In toepassing van artikel, 14, § 1, tweede lid van datzelfde reglement heeft het College van Burgemeester en Schepenen bij Circulaire P300 van 25 oktober 2002 de regels van de glijdende uurregeling vastgesteld als volgt:

‘De glijtijd is de periode tijdens dewelke u het werk naar believen mag starten en eindigen. Vanaf nu is de norm van 7.30 uur tot 9 uur, van 11.30uur tot 14 uur en van 16 uur tot 18 uur.

De stamtijd is de periode dat u zeker aan het werk moet zijn. Vanaf nu is de norm van 9 uur tot 11.30 uur en van 14 uur tot 16 uur.’

Op deze glijtijden en stamtijden bestaat er voor de dienst van [M.G.] geen afwijking.

Volgens haar schrijven van 20 januari 2005 (stuk 22) heeft [M.G.], in toepassing van de voornoemde circulaire en van de dienstnota van 27 november 2002, gekozen voor de vaste uurregeling, zonder gebruik van de prikklok, waarbij het opbouwen van tegoeden en het nemen van compensatieverlof uitgesloten is, wat volgens dezelfde circulaire betekent dat:

‘de arbeidsdag 7.36 uur bedraagt: de arbeidsdag wordt opgesplitst in twee gelijke werkblokken van 3.48 uur of twee ongelijke werkblokken van elk minimaal 2 uur; de pauze tussen de twee werkblokken 30 minuten bedraagt.’

Uit het voorgaande volgt, welk stelsel ook gehanteerd wordt, dat het houden van een (middag)pauze beginnende tussen 11.45 en 12 uur en eindigend tussen 14.30 en 15 uur een inbreuk uitmaakt op door het College van Burgemeester en Schepenen conform het Algemeen Personeelsreglement bepaalde dagelijkse diensturen.

De door het College van Burgemeester en Schepenen ingestelde uurregeling heeft als bedoeling de combinatie arbeid-gezin makkelijker te maken, en is derwijze soepel dat onrechtmatige afwijkingen in geen geval kunnen getolereerd worden, wil de goede werking van de openbare dienst zelf niet onmiddellijk in gevaar gebracht worden. Dat is des te meer het geval in hoofde van een leidinggevende zoals [M.G.], die niet alleen een voorbeeldfunctie vervult, maar tevens dient in te staan voor de goede werking van haar dienst. Dat het departementshoofd [M.G.] desaangaande overigens al een mondelinge opmerking had gemaakt, hetgeen deze laatste beaamt (verhoor [M.G.] van 2 december 2004, stuk 19).

Zodat hoofdens [M.G.] een tuchtfait, als tekortkoming aan beroepsplichten (art. 282 N.Gem.W), uitmaakt: inbreuken op de regelgeving ter zake de arbeidsduur en werktijden, zoals vastgesteld door art. 14, § 1 van het Algemeen Personeelsreglement, de Circulaire P300 van 25 oktober 2002 (en de dienstnota van 27 november 2005), te weten (minstens) gedurende de tweede helft van de maand november 2004, het veelvuldig nemen van een middagpauze aanvangende tussen 11.45 uur en 12 uur en eindigend, in het beste geval tussen 14.30 uur en 15 uur.

Gelet op het voornoemd tuchtfait, komt het gepast voor een principiële tuchtsanctie op te leggen”.

3.11. Op 19 mei 2005 worden M.G. en haar raadsman door het college gehoord over de twee feiten, vermeld in het tuchtverslag.

3.12. Op 23 juni 2005 beslist het college van burgemeester en schepenen M.G. de tuchtstraf van de berisping op te leggen.

3.13. Bij schrijven van 26 juli 2005 tekent M.G. bij de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen beroep aan tegen de voornoemde tuchtbeslissing.

Op 21 augustus 2005 beslist de gouverneur met de thans bestreden beslissing om het tuchtbesluit van 23 juni 2005 niet goed te keuren en dit op grond van de volgende overwegingen:

“Overwegende art. 9 WVP en het advies van 19 januari 2005 van de Commissie Voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer in verband met de registratiegegevens op basis van het toegangsbadgebestand; dat dit advies luidt dat art. 9 WVP stelt dat om te voldoen aan de informatieplicht, de naam en het adres van de verantwoordelijke voor de verwerking, het doeleinde van de verwerking, het bestaan van het recht op toegang en op verbetering van de persoonsgegevens van de betrokkenen alsook de ontvangers of categoriën van ontvangers van de gegevens moeten meegedeeld worden aan de persoon wiens gegevens worden verwerkt, dat al deze informatiegegevens door de werkgever aan de personeelsleden dienen te worden meegedeeld alvorens overgegaan wordt tot registratie van het moment van het betreden en verlaten van de werkplaats; dat de niet-naleving van deze informatieplicht strafbaar is gesteld; dat niet blijkt dat de stad de informatieplicht heeft nageleefd en dus niet blijkt dat het gebruiken van de registratiegegevens rechtmatig geschiedde; dat dit kan verklaren waarom het college repliceert de berisping niet te steunen op basis van deze registratiegegevens in het dossier; dat echter vastgesteld wordt dat het onderzoek naar de arbeidsprestaties, inzonderheid naar de duur van de middagpauze van [M.G.], gesteund is geworden op de registratiegegevens van het toegangsbadgebestand; dat onder andere het verhoor van [M.G.] d.d. 2/12/2004 daarvan getuigt; dat in de hoorzitting van 19 mei 2005 voor het college naar dit verhoor wordt verwezen door de schepenen van Personeelsbeleid en Informatica; dat het verslag van dit verhoor mee de grondslag vormt van de bestreden berisping; dat derhalve onterecht voorgehouden wordt dat de eindbeslissing houdende het opleggen van een berisping enkel steunt op de eigen verklaring van [M.G.] en op verklaringen van haar medewerkers en dat de registratiegegevens van het toegangsbadgebestand geen rol zouden hebben gespeeld; dat er niet in redelijkheid kan worden aangenomen dat het departementshoofd bij het vooronderzoek (en het resultaat ervan) en de tuchtoverheid bij het opleggen van de berisping niet beïnvloed werden door deze onrechtmatige bewijsgegevens in het tuchtdossier; dat volgens advocaat Devers (PV 29/8/2005) [M.G.] het recht had om de verwijdering van stukken uit het dossier te vragen maar daar geen gebruik van gemaakt heeft; dat evenwel vastgesteld wordt dat [M.G.] in plaats van de verwijdering, de nietigheid van de procedure heeft opgeworpen op basis van deze registratiegegevens;

dat op grond van het bovenstaande besloten kan worden dat zij deze nietigheid terecht opwerpt; dat hierom de niet-goedkeuring van het besluit tot het opleggen van de tuchtstraf berisping gerechtvaardigd voorkomt;

Overwegende dat [M.G.] betwist dat ze te weinig arbeidsprestaties zou leveren, laat staan dat ze dit systematisch (gewoonlijk) zou doen; dat haar eigen verklaring van 23 november 2004 op zich de tenlastelegging niet bewijst en de verklaringen van medewerkers van de cel Woonbeleid evenmin bewijs leveren van de tenlasteleggingen nu:

- er geen rekening werd gehouden met het feit dat een aantal van hen slechts deeltijds of halftijds werkt

- in juli 2004 dezelfde medewerkers een lovende (anonieme) bottom-up over [M.G.] ingevuld hebben

- sommige van deze medewerkers achteraf aan [M.G.] verklaard hebben dat zij een slecht gevoel hadden bij de ondervragingen van het departementshoofd

- de verklaringen wisselen, bol staan van gissingen en vermoedens en afgelegd zijn met gebrek aan kennis van zaken

- sommige verklaringen zijn niet objectief.

- sommige verklaringen zijn genegeerd (wegens niet bruikbaar voor de tenlastelegging - verklaring à décharge of te genuanceerd)

dat het college voorhoudt dat de berisping op de eigen verklaring van [M.G.] en op verklaringen van haar medewerkers steunt doch geen expliciet standpunt inneemt omtrent de betrouwbaarheid van de aangevochten verklaringen van de medewerkers van [M.G.];

dat de eigen verklaring van 23 november 2004 van [M.G.] op zich niet bewijst dat ze gewoonlijk en onwettig de dienst zou vervoegen na 14 u;

dat het college zonder meer vertrouwd heeft op de verklaringen van de medewerkers terwijl het gaat om verklaringen die werden afgelegd op verhoor van het departementshoofd [...]; dat het college aldus voorbijgegaan is aan het feit dat dit departementshoofd op 21 januari 2005 een twijfelachtige beslissing had getroffen ten aanzien van [M.G.]; dat dit des te meer wringt nu dit departementshoofd het vooronderzoek tegen [M.G.] voerde, met gebruikmaking van onregelmatig verkregen registratiegegevens, én dit onderzoek ook na de intrekking van haar besluit van 21 januari 2005 is blijven verder voeren;

dat deze gang van zaken, die door [M.G.] ook werd gelaakt, er op zijn minst toe noodde dat het college uit zorgvuldigheid één en ander zelf zou verifiëren in plaats van zonder meer te vertrouwen op verklaringen afgelegd tijdens verhoren die het departementshoofd afnam van de medewerkers van de cel Woonbeleid tijdens het vooronderzoek; dat minstens diende omstandig gemotiveerd te zijn waarom het college dit niet heeft gedaan;

dat bijvoorbeeld de medewerkers niet is gevraagd of zij vanuit hun bureau konden zien wanneer [M.G.] het gebouw verliet of betrad en evenmin is hen gevraagd wanneer zij aanwezig waren en of zij halftijds of deeltijds werkten; dat dit nochtans allemaal gegevens waren die informatie konden verschaffen over de betrouwbaarheid van hun verklaringen;

dat gelet op het bovenstaande derhalve moet besloten worden dat het college tekortgeschoten is in haar zorgvuldigheidsplicht ten aanzien van de feitenvinding; dat er geen afdoende bewijs voorligt dat zonder gerede twijfel toelaat te beslissen dat [M.G.] de gewoonte heeft een onregelmatige middagpauze te nemen;

Overwegende dat op grond van al het bovenstaande is komen vast te staan dat de niet-goedkeuring van de beslissing van 23 juni 2005 waarbij het college de tuchtstraf berisping oplegt aan [M.G.] gerechtvaardigd is”.

IV. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

4. Als enig middel voert verzoekster de schending aan van de materiële motiveringsplicht. Zij stelt vast dat de bestreden beslissing van 21 september 2005 zegt te steunen op twee groepen van motieven: eensdeels, dat de tuchtbeslissing van 23 juni 2005 steunt op onrechtmatig gebruik van registratiegegevens van het toegangsbestand (van het Gents Administratief Centrum) en, anderdeels, dat verklaringen van M.G. zelf en een aantal van haar medewerkers, onvoldoende zijn om te besluiten tot een overtreding van de werktijdregeling, terwijl beide motieven feitelijk onjuist, dan wel rechtens onaanvaardbaar zijn.

Wat de registratiegegevens betreft, wijst zij er op dat deze gegevens niet voorradig waren ten tijde van het eerste verhoor van M.G. op 23 november 2004 en het schrijven van M.G. van 1 december 2004, dat er met geen woord over gerept wordt in de verhoren van de personeelsleden van de dienst Huisvesting eind december 2004/begin januari 2005, dat het tuchtbesluit uitdrukkelijk stelt niet te steunen op deze gegevens maar wel op de eigen verklaringen van M.G. en op de verklaringen van haar medewerkers en dat dit bij lezing van de verdere motieven van het tuchtbesluit ook effectief zo is. Verzoekster besluit dat de registratiegegevens geen enkele rol gespeeld hebben bij de besluitvorming van het college.

Volgens verzoekster is voorts wel afdoende bewijs geleverd van het tuchtfact dat M.G. in overtreding was met de werktijdregeling: dat dit “af en toe” gebeurde heeft M.G. zelf toegegeven in haar eerste verklaring van 23 november 2004 en dat dit “een gewoonte” was wordt bevestigd door acht medewerkers van haar dienst, terwijl de verklaringen van de vier andere medewerkers zulks niet tegenspreken. Alle medewerkers hebben hun verklaringen ondertekend, wie het verhoor afnam is volgens verzoekster niet relevant.

5. Verwerende partij antwoordt het ongeloofwaardig te vinden dat de stad Gent de tuchtstraf niet zou steunen op de onrechtmatig verzamelde registratiegegevens. Zij verwijst naar het verhoor van 2 december 2004 waarin herhaaldelijk verwezen wordt naar de toegangsbadge en de daarop gesteunde

vaststellingen van de afwezigheden van M.G., en dit nog voor enig medewerker een verklaring heeft afgelegd. Het verslag van de hoorzitting van 2 december 2004 vormt voorts mee de grondslag van de bestreden berisping. Ook het verhoor van 14 januari 2005 geeft aan dat de middagpauze van M.G. werd onderzocht via de gegevens van de toegangsbadge. Er valt ook uit af te leiden dat M.G. deze gegevens betwistte en dat ten gevolge hiervan haar medewerkers zijn verhoord. Voor verwerende partij komt het voor dat het resultaat van het vooronderzoek gesteund is op, verder bouwt op en verstrengeld is met deze registratiegegevens.

Volgens verwerende partij kan niet in redelijkheid worden aangenomen dat het departementshoofd bij het vooronderzoek en de tuchtoverheid bij het opleggen van de berisping niet beïnvloed werden door deze onrechtmatige bewijsgegevens in het tuchtdossier.

Verwerende partij argumenteert voorts dat de verklaring van M.G. op zich geen bewijs levert in haar nadeel en dat de betrouwbaarheid van de verklaringen van haar medewerkers, nochtans door M.G. in twijfel getrokken, door het college niet verder is onderzocht. Het college is ook voorbijgegaan aan het argument dat het departementshoofd M.G. “zocht”, zoals ook de naderhand ingetrokken beslissing aantoont.

6. Volgens tussenkommende partij spreekt het tuchtbesluit zelf tegen dat de gegevens uit het toegangsbadgebestand niets te maken hebben met de tuchtstraf, aangezien het besluit uitdrukkelijk stelt:

“dat het evenwel niet zo is omdat de gegevens uit het toegangsbadgebestand als basis deel uitmaken van het tuchtdossier, de tuchtoverheid zich op die elementen steunt om de feiten voor bewezen te houden”.

Zij schaart zich voorts achter de motieven van de bestreden beslissing.

Beoordeling

7. Uit formeel oogpunt is de tuchtprocedure ten laste van M.G. opgestart nadat haar departementshoofd de stadssecretaris ervan op de hoogte bracht dat M.G. zich niet zou houden aan de stamtijden. De stadssecretaris heeft daarover ten behoeve van de tuchtoverheid een tuchtverslag opgesteld. In dat tuchtverslag brengt de stadssecretaris enkel de verklaringen van M.G. van 24 november 2004 en 1 december 2004 en de verklaringen van haar medewerkers te berde als de aanleiding om aan het college voor te stellen aan M.G. “een principiële tuchtsanctie op te leggen” wegens “inbreuken op de regelgeving inzake de arbeidsduur en werktijden”, “te weten (minstens) gedurende de tweede helft van de maand november 2004, het veelvuldig nemen van een middagpauze aanvangende tussen 11.45 uur en 12 uur en eindigend, in het beste geval tussen 14.30 uur en 15 uur”.

Nergens vermeldt het tuchtverslag van de stadssecretaris de toegangsbadge van M.G. of de gegevens die daarmee werden geregistreerd.

Het college heeft zich vervolgens aan die feiten gehouden en, ze voor bewezen houdende en als tuchtfeiten kwalificerende, aan verzoekster een berisping opgelegd:

“Overwegende dat in de loop van november 2004 gebleken is dat mevrouw [M.G.] zich minstens in de loop van november 2004 schuldig heeft gemaakt aan het niet-respecteren van de bepalingen uit circulaire P 300 door een middagpauze te nemen minstens van meer dan 2 uur; dat mevrouw [M.G.] in het verhoor dd. 23 november 2004, volgens haar eigen verklaring, erkent dat zij af en toe ‘ná 14u binnenkomt’ om het werk te hervatten; dat één en ander overduidelijk blijkt uit de verklaringen van de rechtstreekse medewerkers van mevrouw [M.G.] onder meer de verklaring van mevrouw [...] dd. 21 december 2004, de verklaring van de heer [...] dd. 21 december 2004, de verklaring van mevrouw [...] dd. 21 december 2004, de verklaring van mevrouw [...] dd. 21 december 2004, de verklaring van de heer [...] dd. 21 december 2004, de verklaring van mevrouw [...] dd. 21 december 2004, de verklaring van mevrouw [...] dd. 5 januari 2005, die allen verklaren dat mevrouw [M.G.] in middagpauze gaat vanaf 11.45-12u om ten vroegste na 14.30u terug het werk te hervatten;
Overwegende dat mevrouw [M.G.] op die manier misbruik heeft gemaakt van de arbeidstijden en een inbreuk heeft gepleegd op artikel 14 van het Algemeen personeelsreglement”.

Lectuur van het tuchtbesluit spreekt bijgevolg niet tegen dat, zoals er ook in is te lezen, “voor het college immers voldoende uit de getuigenverhoren blijkt dat [M.G.] de onderrichtingen met betrekking tot de arbeidstijden niet conform

de geldende reglementering heeft gevolgd” en dat het college “zich bij de beslissing niet baseert op voornoemde gegevens [versta : gegevens die in strijd met de privacywetgeving als bewijsmiddel zouden worden gebruikt] maar wel op eigen verklaringen en het verhoor van [M.G.] in samenlezing met de voorliggende verklaringen van de medewerkers uit de dienst waar [M.G.] werkt”.

8. In haar verklaring van 23 november 2004 erkent M.G. op twee dagen in november niet in haar bureau aanwezig te zijn geweest na 14.00 uur. Weliswaar voert zij aan dat die afwezigheid niet ongewettigd is, omdat zij ruimschoots vroeger het werk zou aanvangen en langer zou blijven werken -ook in het weekend- dan vereist is. Dit verweer is echter niet ter zake, zoals de tuchtoverheid opmerkt. Wat verzoekster in de eerste plaats ten laste werd gelegd was immers het negeren van de stamtijden, dit wil zeggen de tijden waarin zij hoe dan ook aanwezig moest zijn op de dienst. Dat zij afwezig was, heeft zij reeds op 23 november 2004 erkend. Daarmee staat dan ook vast dat verzoekster de stamtijd niet heeft gerespecteerd, tenzij zij alsnog zou kunnen aantonen dat haar afwezigheid op die twee dagen als dienststopdracht te verklaren was. Door louter te beweren dat zij niet ongewettigd afwezig was, toont zij evenwel niets aan.

Nadat de tuchtoverheid die verklaring aldus heeft beoordeeld, heeft zij daarvan een bijkomende bevestiging gezien in de verhoren van de medewerkers van de dienst die verklaren dat M.G. in de loop van de maand november 2004 meermaals afwezig was tijdens de stamtijden. Acht van de medewerkers van M.G. leggen verklaringen af in die zin. De overige medewerkers spreken die vaststellingen niet tegen; die medewerkers verklaren enkel zelf hiervan geen getuige te zijn geweest. M.G. heeft, wat zij daarover ook voordien heeft geschreven, in de loop van het eigenlijke tuchtverhoor nooit om een confrontatie met haar medewerkers gevraagd. De Raad van State ziet niet in waarom de tuchtoverheid uit de gelijklopende verklaringen van de medewerkers dan niet de bevestiging mocht zien dat M.G. in de maand november 2004 misbruik heeft gemaakt van de arbeidstijden.

9. Volgens het bestreden besluit is tijdens het administratief vooronderzoek op onwettige wijze bewijsmateriaal verzameld, dat door de tuchtoverheid tegen M.G. is gebruikt.

De tuchtoverheid spreekt niet tegen dat in het tuchtdossier dergelijke gegevens zijn opgenomen, maar argumenteert er geen rekening mee te hebben gehouden.

Het tuchtbesluit zélf doet, als gezien, er inderdaad niet van blijken dat toch op dat bewijsmateriaal is gesteund. Mocht het departementshoofd tijdens het vooronderzoek al hebben willen aantonen -grotendeels aan de hand van de registratiegegevens van de toegangsbadge van M.G.- dat de misbruiken mogelijk al sinds 2003 te identificeren waren, dan heeft de stadssecretaris die argumentatie in zijn tuchtverslag niet overgenomen noch er zelfs maar op gealludeerd en is er in het tuchtbesluit bij de bewijsvoering of de straftoemeting ook niet aan gerefereerd.

Het enkele feit dat er dan onbruikbaar of ontoelaatbaar materiaal in het dossier is opgenomen, volstaat op zich niet om de tuchtprocedure ongeldig te maken en, bijgevolg, aan de tuchtoverheid elke mogelijke rechtzetting of regularisatie te verhinderen. De tuchtoverheid kan na beoordeling van het bewijsmateriaal en van de argumentatie over en weer concluderen dat een welbepaald feit onbestaande is, dat het niet genoegzaam bewezen is of dat het geen laakbare gedraging uitmaakt. Dat over zo een feit stukken in het dossier zijn opgenomen en dat het wel oorspronkelijk aan het personeelslid ten laste is gelegd, maakt de procedure niet ongeldig. Te dezen is er zelfs geen zulke tenlastelegging geweest.

Te dezen valt de Raad van State verzoekster bij, dat niet afdoende is aangetoond dat de in het vooronderzoek aan de hand van de registratiegegevens van de identificatiebadge verzamelde gegevens de opgelegde sanctie mede hebben bepaald.

De tuchtoverheid heeft verwezen naar de eigen verklaringen van M.G. -die genoteerd zijn alvorens de gegevens van de badge werden ingewonnen- en naar de verklaringen van haar medewerkers. Het aangenomen tuchtfeit is welomschreven naar de enkele afwezigheden in november 2004 en wordt geenszins doorgetrokken naar de periode waarop het toegangsbadgebestand betrekking had. Ook de opgelegde, lichte tuchtstraf, laat niet toe te vermoeden dat de tuchtoverheid méér heeft willen bestraffen dan het niet naleven van de arbeidstijden in de loop van november 2004 door een leidinggevende die een voorbeeldfunctie heeft.

De Raad valt dan ook verwerende partij niet bij waar zij in de bestreden beslissing motiveert dat niet in redelijkheid kan worden aangenomen dat de tuchtoverheid niet beïnvloed werd door de onrechtmatige bewijsgegevens in het tuchtdossier en dat de gehele procedure door het verzamelen van deze gegevens en het opnemen ervan in het dossier nietig is.

10. Dat er sprake is van animositeit -of ten minste een gespannen relatie- tussen M.G. en het departementshoofd doet er ook geen afbreuk aan dat de sanctie steunt op eigen verklaringen van M.G., gecorrobooreerd door die van haar medewerkers. Noch de stadssecretaris, noch de leden van het college van burgemeester en schepenen wordt verweten vijandig te staan tegenover M.G., die voorts tijdens het tuchtverhoor ten volle de mogelijkheid had om zich tegen de tenlasteleggingen te verdedigen.

11. Conclusie van wat voorafgaat, is dat het middel gegrond is.

V. Anonimisering

12. Met toepassing van artikel 2 van het koninklijk besluit van 7 juli 1997 betreffende de publicatie van de arresten en de beschikkingen van niet-toelaatbaarheid van de Raad van State vraagt de tussenkomende partij dat bij de publicatie van het arrest haar identiteit niet wordt opgenomen.

Dit verzoek wordt ingewilligd.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 21 september 2005 van de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen, waarbij het besluit van 23 juni 2005 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent houdende het opleggen van de tuchtstraf berisping aan XXXX niet wordt goedgekeurd.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

3. Bij de publicatie van dit arrest door de Raad van State wordt de identiteit van de tussenkomende partij niet bekendgemaakt.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 mei 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest