

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 200.810 van 15 februari 2010
in de zaak A. 159.667/IX-4774**

In zake: Jacques DUQUÉ
wonende te As
Nijverheidsstraat 83

tegen:

het Openbaar Psychiatrisch Ziekenhuis Rekem
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koen Geelen
kantoor houdend te Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 1 februari 2005, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de directieraad van het Openbaar Psychiatrisch Ziekenhuis Rekem van 20 december 2004 waarbij de verzoeker om tuchttreden wordt teruggezet in de graad van assistent.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoeker heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Marc Lefever heeft een verslag opgesteld.

De partijen hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 februari 2010.

Staatsraad Bert Thys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ingrid Martens, die verschijnt voor de verzoeker, en advocaten Kris Wauters en Chris Schijns, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Marc Lefever heeft een met dit arrest eensluidend 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. De verzoeker is ten tijde van de bestreden beslissing vastbenoemd ambtenaar met de graad van eerstaanwezend maatschappelijk assistent bij het Openbaar Psychiatrisch Ziekenhuis Rekem (hierna: het OPZ Rekem).

Hij oefent er de functie uit van vrijetijdscoördinator en beheerder van de bibliotheek en is eveneens vakbondsafgevaardigde van de ACOD.

3.2. Op 4 oktober 2002 formuleert het afdelingshoofd van de verzoeker een voorstel om hem de tuchtstraf van de afzetting op te leggen.

Aan de verzoeker worden drie (reeksen van) feiten ten laste gelegd. Samengevat wordt hem verweten:

- dat hij in een e-mail van 19 maart 2002 in verband met het nazicht van zijn onkostenstaat en steunend op een eerdere e-mail van 12 maart 2002 “lasterlijke aantijgingen” ten aanzien van de leidend ambtenaar heeft uitgebracht en blijk heeft gegeven van “een aanhoudende deloyale en niet correcte uitoefening van het ambt”;
- dat hij op het intranet zonder toestemming een aantal documenten heeft bekendgemaakt, waarvan sommige “lasterlijke aantijgingen” bevatten;
- dat hij, gebruikmakend van de telefoonaansluiting in zijn bureel en zonder daarvoor toestemming te hebben verkregen, een draagbare computer die geen eigendom is van de instelling, op het internet heeft aangesloten en illegaal geluidsbestanden heeft gedownload.

Het afdelingshoofd benadrukt ook “dat het ten toon gespreide gedrag en de achterliggende mentaliteit exemplarisch is voor [het] reeds langdurig disfunctioneren [van de verzoeker] in de instelling” en dat hij “de bevoegde overheid [zal] voorstellen om de aantekeningen in [verzoekers] persoonlijk dossier waaruit dit disfunctioneren blijkt, in aanmerking te nemen bij de beoordeling van de strafmaat conform art. IX. 25 van het stambesluit”.

Op 14 november 2002 wordt de verzoeker door de leidend ambtenaar gehoord. Hij dient een verweerschrift in.

Op 28 november 2002 beslist de leidend ambtenaar aan de verzoeker de tuchtstraf van de afzetting op te leggen.

Tegen deze beslissing stelt de verzoeker beroep in bij de raad van beroep voor sommige Vlaamse openbare instellingen. In zijn advies van 21 januari 2003 stelt deze raad van beroep dat het beroep van de verzoeker ontvankelijk en gegrond is.

3.3. Op 11 februari 2003 beslist de directieraad van het OPZ Rekem aan de verzoeker de tuchtstraf van het ontslag van ambtswege op te leggen.

Tegen deze beslissing stelt de verzoeker een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing in bij de Raad van State (zaak A. 134.364/IX-3739).

Nadat de Raad van State bij arrest nr. 121.112 van 30 juni 2003 de schorsing van de tenuitvoerlegging van deze beslissing heeft bevolen, vernietigt hij ze bij arrest nr. 136.581 van 25 oktober 2004. Deze vernietiging wordt uitgesproken op grond dat de tweede reeks van feiten die aan de verzoeker ten laste werd gelegd, verband hield met de uitoefening door de verzoeker van zijn prerogatieven als vakbondsafgevaardigde en derhalve niet met inachtneming van het gewone tuchtstatuut bestraft kon worden.

3.4. Ingevolge deze vernietiging spreekt de directieraad van het OPZ Rekem zich op 20 december 2004 opnieuw uit over het tuchtdossier van de verzoeker. De directieraad beslist om de tweede reeks van feiten die aan de verzoeker ten laste werd gelegd niet meer in aanmerking te nemen en om de

verzoeker voor de twee overige ten laste gelegde feiten de tuchtstraf van de terugzetting in de graad van assistent op te leggen.

Dit is de bestreden beslissing.

Ze wordt met een aangetekende brief van 21 december 2004 aan de verzoeker ter kennis gebracht.

IV. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Standpunt van de partijen

4.1. De verzoeker voert in het middel de schending aan van de materiële motiveringsplicht en van artikel 87 van het koninklijk besluit van 28 september 1984 tot uitvoering van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel.

Hij laat gelden dat “de door het OPZ Rekem aangehaalde motieven [...] ofwel geen steun vinden in de werkelijkheid -alleszins niet afdoende bewezen zijn- ofwel geen tuchtfeiten uitmaken”.

4.2. Met betrekking tot het tuchtfeit van de “lasterlijke aantijgingen” ten aanzien van de leidend ambtenaar en de “aanhoudende deloyale en niet correcte uitoefening van het ambt”, dat wordt afgeleid uit zijn e-mails van 12 en 19 maart 2002, betoogt de verzoeker dat het niet tuchtrechtelijk in aanmerking mag worden genomen, omdat hij de voormelde e-mails heeft verzonden in zijn functie van vakbondsafgevaardigde. Hij stelt dat hij als voorzitter van de ACOD OPZ Rekem beschikt over de prerogatieven van een vakbondsafgevaardigde, zoals vermeld in de artikelen 16 en 17 van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel, waaronder het verlenen van bijstand en het tussenkomen bij de overheid. Als zeer assertief vakbondsafgevaardigde maakt hij “zonder limiet” gebruik van zijn recht om opmerkingen te maken en tussen te komen bij de overheid.

De e-mail van de verzoeker van 12 maart 2002 heeft betrekking op een onkostenstaat die begin 2002 onder de verantwoordelijkheid van de leidend ambtenaar werd verbeterd, nadat er een discussie was ontstaan over de terugbetaling van bepaalde onkosten. In deze e-mail, zo stelt de verzoeker, signaleert hij dat hij niet akkoord gaat met de verbeterde onkostenstaat, dat hij een en ander wenst na te trekken en dat hij mogelijkserwijze met een open brief zal reageren. Volgens de verzoeker ziet de overheid daarin ten onrechte een terugkerend misprijzen voor elke normale hiërarchische verhouding. Het is immers niet omdat hij als syndicaal afgevaardigde een dossier uitdiept tot hij het kent, dat hij daarom als superieur overkomt. Hij verzet zich enkel in duidelijke bewoordingen tegen een eenzijdig verbeterde onkostenstaat. Dat hij eventueel met een open brief zal reageren, wil alleen zeggen dat deze brief gericht zal zijn aan de leidend ambtenaar, met een kopie aan de hiërarchische overste en aan de ACOD Nationaal.

De verzoeker beweert de e-mail van 19 maart 2002 te hebben opgesteld in de hoedanigheid van syndicaal afgevaardigde, nadat er een persoonlijk onderhoud had plaatsgehad tussen hemzelf en de leidend ambtenaar, dat niet tot een positief resultaat had geleid. Met deze e-mail beoogde hij te verkrijgen dat zijn onkostenstaat, zonder wijzigingen, integraal zou worden uitbetaald. Daarbij heeft hij gehandeld zoals hij ook zou hebben gedaan indien het om een ander personeelslid ging. Waar hij schreef dat de ACOD OPZ Rekem het dossier aan een hogere instantie zou overmaken indien ze geen resultaten boekte, heeft hij slechts gesteld wat gebruikelijk is: wanneer in de eerste syndicale lijn (de afgevaardigde) geen resultaat wordt geboekt, wordt het dossier overgemaakt aan de tweede (het gewest) of de derde lijn (nationaal). Dit heeft volgens de verzoeker niets te maken met dreigen en beledigen.

De verzoeker wijst er voorts op dat hij in de ganse discussie uiteindelijk gelijk heeft gekregen: het aangegeven aantal kilometers en de aangegeven uren van verplaatsing werden aanvaard en uitbetaald.

Hij merkt ten slotte op, zoals ook de raad van beroep heeft gedaan, dat in het dossier geen spoor is terug te vinden van enig verwijt of opmerking die de leidend ambtenaar voorafgaand aan de tuchtprocedure ingevolge één van beide e-mails zou hebben gemaakt. De directieraad verwijst dienaangaande in de bestreden beslissing naar een e-mail van de leidend ambtenaar van 7 december 2001 en naar een overleg van 8 april 2002 waarin de verzoeker erop werd gewezen dat hij

respectvol en loyaal moet zijn ten opzichte van zijn meerderen en niet beledigend en bedreigend. Volgens de verzoeker zijn deze gegevens evenwel niet relevant, omdat het bedoelde overleg dateert van na de hem ten laste gelegde feiten en de bedoelde e-mail slechts één verwittiging is, wat niet kan volstaan om plots een tuchtsanctie op te leggen.

4.3. Met betrekking tot het tuchtfeit van het illegaal downloaden van geluidsbestanden betoogt de verzoeker dat dit evenmin bewezen is.

Hij voert aan:

- de gegevens betreffende het telefoongebruik tonen slechts aan dat verzoekers telefoonlijn verbonden is geweest met het internet, maar bewijzen niet dat Kazaa constant liep tijdens de desbetreffende periodes.
- de betrouwbaarheid van de getuigenverklaringen van Jos Lambrigts en Elly de Maere kan in vraag worden gesteld, aangezien zij zelf stellen dat zij hun verklaringen hebben afgelegd op vraag van de administratief directeur, waarvan eerstgenoemde een ondergeschikte is en laatstgenoemde de secretaresse. Elly De Maere verklaart trouwens alleen dat zij een laptop heeft gezien op het bureau van de verzoeker, maar niet dat Kazaa full screen liep, terwijl de verklaring van Jos Lambrigts overeenstemt met deze van de administratief directeur die om de verklaring heeft verzocht.
- alle verklaringen zijn eensgezind over het feit dat de verzoeker op geen enkel moment in zijn bureel aanwezig was en dat de deur van het bureel niet op slot was, zodat iedereen toegang ertoe had. Geen enkele verklaring stelt dat de verzoeker de installateur of de bedienaar van de voormelde computeropstelling was.
- de administratief directeur verklaart dat hij zonder de computer aan te raken kon zien dat Kazaa liep, omdat er geen schermbeveiliging opstond, terwijl Jos Lambrigts en Elly De Maere verklaren dat zij eerder in het bureel waren geweest zonder dat zij konden zien welk programma liep, wat volgens de verzoeker erop wijst dat de administratief directeur liegt.
- derden hebben de voormelde computeropstelling aangebracht, omdat de telefoonlijn in de bibliotheek tijdelijk buiten dienst was.

De verzoeker wijst er voorts op dat de raad van beroep van oordeel is dat met onvoldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat de Kazaa-verbinding door de verzoeker werd tot stand gebracht. De raad van beroep aanvaardt

weliswaar dat de verzoeker heeft bijgedragen tot het creëren en het in stand houden van een internetverbinding zonder de toestemming van zijn oversten en dat hij niet het nodige heeft gedaan om deze illegale toestand te verhinderen, maar -zo stelt de verzoeker- dit is niet opgenomen in de aanklacht, zodat daarmee geen rekening kan worden gehouden.

Ten slotte betwist de verzoeker de elementen die volgens de directieraad aantonen dat de feiten wel bewezen zijn:

- het is normaal dat de verzoeker de persoon niet kan noemen die aan het downloaden was, aangezien hij de betrokkene niet kent en niet bezig heeft gezien.
- het is niet omdat de verzoeker de computer en de internetaansluiting heeft gebruikt, dat hij ook van Kazaa gebruik heeft gemaakt. Hij heeft enkel bestanden gemaild om professionele redenen.
- op sommige dagen dat de internetverbinding tot stand werd gebracht was de verzoeker niet in de kantoren aanwezig, meer bepaald op 7 augustus 2002 en op 20 en 21 augustus 2002.
- het feit dat op 28 augustus 2002 geen derde is komen controleren hoe het downloaden van bestanden verliep, is niet relevant, aangezien een derde persoon verzoekers bureel niet meer zal binnenkomen wanneer hij weet dat het gebruik van Kazaa werd vastgesteld.
- dat het downloaden op 28 augustus 2002 is gestopt, is logisch, want diegene die weet dat het downloaden werd vastgesteld, gaat niet onmiddellijk daarna nog eens de computer gebruiken om muziek te downloaden.

De verzoeker besluit dat op geen enkele manier werd bewezen dat hij de verbinding met Kazaa heeft tot stand gebracht, zodat hem daarvoor geen tuchtsanctie kan worden opgelegd.

5.1. Met betrekking tot het eerste ten laste gelegde tuchtfeit antwoordt de verwerende partij dat de verzoeker de materialiteit van de feiten niet betwist.

Voorts laat zij gelden dat het prerogatief van een vakbondsafgevaardigde om in die hoedanigheid bij de overheid op te komen voor een individueel personeelsbelang, enkel betrekking kan hebben op het belang van een ander personeelslid. Wanneer een vakbondsafgevaardigde opkomt voor zijn eigen belangen als personeelslid, dan oefent hij slechts het recht uit dat elk personeelslid heeft om voor zijn eigen belangen op te komen. Hij heeft daarvoor

geen bijzonder prerogatief nodig en hij oefent derhalve op dat ogenblik geen bijzonder prerogatief uit. Hij geniet daarbij dan ook niet de bijzondere bescherming van artikel 87 van het koninklijk besluit van 28 september 1984 tot uitvoering van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel. Het enige belang dat in de e-mails aan de orde kwam, was verzoekers eigen belang. De directieraad kwam bijgevolg terecht tot de bevinding dat de verzoeker geen beroep kon doen op zijn hoedanigheid van vakbondsafgevaardigde.

De verwerende partij wijst er ook op dat de leden van de raad van beroep unaniem, dus met inbegrip van de vertegenwoordigers van de vakbonden, van oordeel waren dat de ten laste gelegde feiten door de verzoeker niet als vakbondsafgevaardigde werden gesteld en in zijn hoofde als tuchtfeiten konden worden beschouwd.

Volgens de verwerende partij werden de feiten bovendien terecht als tuchtfeiten gekwalificeerd, nu het gaat om gratuite beweringen die de leidend ambtenaar ten onrechte in een kwaad daglicht stellen en de sfeer in de instelling teniet doen. Het kwestieuze gedrag van de verzoeker gaat in tegen de verplichting van het personeelslid om de waardigheid in de omgang met meerderen te respecteren en loyaal te zijn tegenover hen. De verwerende partij meent dan ook terecht te hebben besloten dat de desbetreffende feiten een ernstige aantasting inhouden van de gezagsstructuur van de instelling, waardoor een normaal functioneren als ambtenaar moeilijk wordt gemaakt, en dat een precedent terzake niet onbestraft kan blijven.

De verwerende partij wijst er nog op dat de verzoeker in zijn beroepschrift van 13 december 2002 geen ander verweer voerde dan dat het een ambtenaar toegelaten is kritiek uit te brengen. Op zich is dat volgens haar juist, maar is men ook bij het uitbrengen van kritiek gehouden tot loyauteit, respect en erkenning van bevoegdheden. Bovendien stelde de verzoeker zelf voor de raad van beroep dat “hij schrijft met vitriool” en overwoog ook de Raad van State in zijn arrest nr. 136.581 van 25 oktober 2004 dat de door de verzoeker ingenomen standpunten niet altijd getuigen van veel terughoudendheid of respect.

De verwerende partij betwist dat de verzoeker gelijk heeft gehaald in het geschil over zijn onkostenstaat. Deze werd wel degelijk pas na verbetering

uitbetaald. Hoe dan ook is dit niet van belang, vermits de tuchtstraf niet werd opgelegd omwille van de foutieve onkostennota, maar uitsluitend omwille van de beledigende en respectloze wijze waarop de verzoeker zijn argumentatie heeft ontwikkeld.

Op het argument van de verzoeker dat de leidend ambtenaar geen opmerkingen heeft gemaakt over zijn gedrag, antwoordt de verwerende partij dat geen enkele wettelijke bepaling een voorafgaande verwittiging vereist en dat de verzoeker in het verleden wel degelijk meermaals werd gewaarschuwd. De verzoeker geeft in zijn verzoekschrift overigens toe dat hij verwittigd is geweest met een e-mail van 7 december 2001.

5.2. Het tweede ten laste gelegde tuchtfeit is volgens de verwerende partij eveneens afdoende bewezen.

Zij betoogt dat de elementen waaruit de bestreden beslissing dit tuchtfeit afleidt, samen met de stukken van het dossier, een overeenstemmend geheel vormen, dat bewijst dat de verzoeker met een laptop de telefoonlijn in zijn bureel heeft gebruikt om illegaal geluidsbestanden te downloaden van het internet. Zij stelt dat verzoekers verweer nogal tweeslachtig is: enerzijds stelt hij dat derden met zijn medeweten de computeropstelling hebben aangebracht in zijn bureel, maar anderzijds beweert hij dat hij de laptop en de aansluiting heeft gebruikt om bestanden door te mailen.

De verwerende partij brengt het volgende in tegen de argumentatie van de verzoeker:

- het gebruik van een telefoonlijn voor een lange ononderbroken periode van 5 tot 6 uur wijst niet op het voeren van gesprekken, maar wel op het gebruik van het internet, en de enige reden waarom er langdurig ononderbroken op het internet wordt ingelogd is het downloaden van bestanden. De verzoeker had geen toelating om in te loggen op het internet. De toegang tot het internet is bij de verwerende partij gereguleerd. Door een eigen aansluiting op het internet te realiseren via de telefoon heeft de verzoeker de E-policy van de instelling overtreden.
- drie getuigen stelden vast dat het programma Kazaa was ingeschakeld. De insinuaties van manipulatie zijn uit de lucht gegrepen: de getuigen Kusters en Lambrigts verklaren nergens dat zij eerder in verzoekers bureel zijn geweest en

getuige Verborgh heeft na zijn vaststelling onmiddellijk de getuigen Lambrigts en Kusters erbij gehaald.

- het is volkomen ongeloofwaardig dat een derde persoon de verbinding zou gebruiken om te downloaden.
- de verzoeker beweert wel dat hij op bepaalde dagen en uren dat de internetverbinding actief was helemaal niet aanwezig was in het ziekenhuis, maar de tijdsregistratie moet door iedere werknemer zelf worden ingevuld en de verwerende partij twijfelt aan de correctheid van de registratie door de verzoeker.

De verwerende partij laat ten slotte gelden dat, hoewel zij in de bestreden beslissing heeft gesteld dat ook indien zou moeten worden aangenomen dat met onvoldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat de verzoeker de verbinding met Kazaa tot stand heeft gebracht, hij dan nog heeft bijgedragen tot het creëren en in stand houden van een internetverbinding zonder de toestemming van zijn oversten en hij niet de nodige maatregelen heeft genomen om illegale praktijken te verhinderen, wat verwijtbare gedragingen zijn, het hoe dan ook voldoende bewezen is dat de verzoeker de wederrechtelijk opgebouwde internetverbinding heeft gebruikt om in de maand augustus 2002 op een illegale manier bestanden van het internet te downloaden.

6.1. De verzoeker repliceert in zijn memorie van wederantwoord dat uit het advies van de raad van beroep helemaal niet blijkt dat deze raad oordeelt dat de eerst ten laste gelegde feiten tuchtfacten zijn en geen feiten in de uitoefening van zijn syndicaal mandaat.

Wat zijn eigen uitspraak betreft dat hij met vitriool schrijft, stelt de verzoeker dat deze enkel betrekking heeft op zijn vakbondsactiviteiten en dat hij daarmee bedoelt dat hij geen blad voor de mond neemt. Hij stelt dat hij er geen problemen mee heeft om zijn hoedanigheden van ambtenaar en vakbondsafgevaardigde uit elkaar te houden. Volgens hem is het logisch dat hij als vakbondsafgevaardigde een andere taal gebruikt dan als ambtenaar, daar hij in de eerstgenoemde hoedanigheid in een andere positie ten opzichte van de overheid staat dan in de laatstgenoemde hoedanigheid. Hij wijst erop dat de Raad van State in zijn arrest nr. 136.581 van 25 oktober 2004 weliswaar heeft gesteld dat hij soms strikte standpunten hanteert die niet altijd getuigen van veel respect of terughoudendheid, maar ook dat de verwerende partij te ver gaat wanneer zij daarin lasterlijke of kwetsende uitlatingen onderkent. Bovendien, zo stelt de verzoeker, betreft deze

overweging van de Raad van State alleen het tweede tuchtfact, dat nu niet meer in aanmerking is genomen.

De verzoeker beklemtoont nog dat zijn onkostenstaat wel degelijk integraal is uitbetaald. Het klopt volgens hem dat de opgegeven uren werden betwist, maar nadat hij er zijn tijdsregistratieformulieren bijhaalde, bleek dat alleen een verkeerde inschrijving van zijn afwezigheid op zijn onkostenstaat was gebeurd, zonder gevolgen evenwel voor zijn dagvergoeding. Het volstaat, aldus de verzoeker, dat de verwerende partij de onkostenstaat en de uitbetaling ervan voorlegt, opdat bewezen zal zijn dat een integrale betaling is gebeurd.

Voorts betoogt de verzoeker dat er inderdaad geen wettelijke bepaling bestaat die een verwittiging verplicht stelt alvorens een tuchtsraf kan worden opgelegd, maar dat een dergelijke verplichting wel volgt uit het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Wanneer aan een personeelslid iets wordt verweten, moet hem dat worden gemeld, zodat het de gelegenheid krijgt zijn gedrag aan te passen. De voorafgaande verwittigingen waarnaar de verwerende partij verwijst, werden volgens de verzoeker reeds weerlegd in zijn verzoekschrift.

6.2. Wat het tweede tuchtfact betreft, betwist de verzoeker dat zijn verweer tweeslachtig is. Hij stelt dat als uitgangspunt in aanmerking moet worden genomen dat de computer in het belang van het ziekenhuis op zijn bureau stond, namelijk om de internetverbinding in de bibliotheek, die niet meer functioneerde, te vervangen.

De verzoeker herhaalt voorts dat uit de uittreksels van de telefoontijdsbesteding inderdaad blijkt dat zijn telefoonlijn verbonden was met het internet, maar dat dit niet bewijst dat Kazaa constant liep en ook niet dat hij het was die de verbinding tot stand bracht. Hij wijst nogmaals op het feit dat hij niet in de gebouwen aanwezig was toen sommige van de verbindingen tot stand werden gebracht.

De verzoeker voegt eraan toe dat de E-policy van de verwerende partij volstrekt irrelevant is voor het tuchtfact dat hem wordt verweten en dat het feit dat hij als beheerder van de bibliotheek, die de verantwoordelijkheid had over het internetgebeuren aldaar, het initiatief nam om, na een periode van onbruikbaarheid

van de telefoon in de bibliotheek, een oplossing te zoeken en deze ook vond en toepaste, alleen maar positief kan zijn in het belang van het ziekenhuis.

Met betrekking tot de getuigenverklaringen wijst hij erop dat hij nooit heeft beweerd dat de leidend ambtenaar eerder in zijn bureel was geweest.

Wat zijn tijdsregistratie betreft, merkt de verzoeker op dat de directie daarover nooit opmerkingen heeft gemaakt, zodat moet worden aangenomen dat ze correct is gebeurd. Bovendien heeft hij herhaaldelijk gevraagd om de desbetreffende formulieren voor te leggen, maar werd dit steeds geweigerd, wat er volgens de verzoeker alleen maar kan op wijzen dat hij valselijk is beschuldigd.

7. In zijn laatste memorie betwist de verzoeker nog dat het prerogatief van een vakbondsafgevaardigde om bij de overheid op te komen voor een individueel personeelsbelang enkel betrekking kan hebben op het belang van een ander personeelslid. Volgens hem is er ook geen sprake van een beledigende en bedreigende toon in zijn e-mails van 12 en 19 maart 2002 en moeten deze e-mails in hun juiste context worden gelezen. Ten slotte stelt de verzoeker dat de e-mail van 7 december 2001 niet kan worden beschouwd als een verwittiging, vermits die e-mail niet slaat op het hem ten laste gelegde tuchtfeit van een misprijzende houding ten aanzien van zijn meerderen.

8. De verwerende partij benadrukt in haar laatste memorie dat zij naar recht en redelijkheid uit de gegevens van het dossier, die één overeenstemmend geheel uitmaken, mocht afleiden dat bewezen was dat de verzoeker met een draagbare computer in zijn bureel de telefoonlijn van de verwerende partij tijdens de werkuren heeft gebruikt om illegaal geluidsbestanden te downloaden van het internet.

Beoordeling

9.1. Het eerste aan de verzoeker ten laste gelegde tuchtfeit betreft een gebrek aan respect voor de leidend ambtenaar, dat wordt beschouwd als een inbreuk op de verplichting die voor elke ambtenaar geldt om zijn ambt op een loyale en correcte wijze uit te oefenen onder het gezag van zijn hiërarchische meerderen. Dit gebrek aan respect zou blijken uit een e-mail van 19 maart 2002 van de verzoeker aan de leidend ambtenaar van het OPZ Rekem, waarin hij diens bevoegdheid betwist

om onder meer onkostenstaten na te kijken, waarin hij ook dreigende en beledigende taal gebruikt en waarin hij de leidend ambtenaar beticht van machtsmisbruik en pesten op het werk.

De verzoeker houdt vooreerst voor dat hij die e-mail schreef in zijn hoedanigheid van vakbondsafgevaardigde en dat hij bijgevolg gelet op artikel 87 van het koninklijk besluit van 28 september 1984 tot uitvoering van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel, daarvoor niet tuchtrechtelijk kan worden gestraft.

Uit de stukken van het dossier blijkt dat de betwisting betrekking had op de uitbetaling van een door de verzoeker ingediende onkostenstaat. De verzoeker blijkt daarover een onderhoud te hebben gehad met de leidend ambtenaar, zonder dat dit voor hem tot een bevredigend resultaat leidde. Nadien zond hij de leidend ambtenaar de kwestieuze mail, die hij ondertekende als “voorzitter ACOD”, maar die wel uitsluitend zijn eigen geschil betrof.

De verwerende partij kan worden bijgevalen in haar standpunt dat de verzoeker niet geacht kan worden te dezen als vakbondsafgevaardigde te zijn opgetreden. Het prerogatief van een vakbondsafgevaardigde om in die hoedanigheid bij de overheid op te komen voor een individueel personeelsbelang betreft immers het behartigen van de belangen van andere personeelsleden. Elke ambtenaar heeft het recht om voor zijn eigen belangen op te komen. Een vakbondsafgevaardigde die opkomt voor zijn eigen belang als personeelslid oefent dan ook enkel het recht uit dat elk personeelslid toebehoort om voor zijn eigen belangen op te komen. Hij heeft daarvoor geen bijzonder prerogatief nodig en derhalve oefent hij op dat ogenblik geen bijzonder prerogatief uit. Hij geniet daarbij dan ook niet de bijzondere bescherming van artikel 87 van het koninklijk besluit van 28 september 1984.

Vervolgens rijst de vraag of de directieraad uit de e-mail van 19 maart 2002 van de verzoeker terecht een gebrek aan respect voor zijn meerdere heeft afgeleid. Deze afleiding betreft een discretionaire beoordeling die door de Raad van State niet in de plaats van de tuchtoverheid kan worden overgedaan, maar slechts marginaal kan worden getoetst, wat wil zeggen dat de Raad van State die beoordeling slechts als onwettig kan beschouwen indien ze kennelijk onredelijk is.

Een lezing van de kwestieuze e-mail van 19 maart 2002 laat er geen twijfel over bestaan dat de toon agressief is en dat de verzoeker ten aanzien van de leidend ambtenaar beschuldigingen uit en insinuaties maakt van machtsmisbruik en pestgedrag. Bezwaarlijk kan aan de directieraad een kennelijk onredelijk oordeel worden toegeschreven wanneer hij de kwestieuze e-mail als beledigend en als een uiting van gebrek aan respect voor de hiërarchische meerdere heeft beschouwd.

Het feit dat, zoals de verzoeker beweert, de onkostenstaat die voorwerp was van discussie uiteindelijk volledig zou zijn betaald, doet hieraan geen afbreuk, evenmin als het feit dat het dossier geen sporen zou bevatten van enig verwijt of opmerking van de leidend ambtenaar naar aanleiding van die e-mail.

Uit de bestreden beslissing blijkt ten slotte dat aan de verzoeker een steeds terugkerend misprijzen voor elke normale hiërarchische verhouding wordt verweten. De verzoeker geeft zelf toe dat hij reeds vroeger in een e-mail van 7 december 2001, voorafgaand aan het opstarten van de tuchtprocedure, werd verwittigd dat een dergelijke houding niet meer zou worden getolereerd. Het valt niet in te zien waarom de verzoeker nog meer verwittigingen had moeten krijgen vooraleer hem bij herhaling van zijn gedrag een tuchtstraf kon worden opgelegd.

9.2. Uit de bestreden beslissing blijkt dat aan de verzoeker als tweede tuchtfeit wordt ten laste gelegd dat hij zonder toestemming van zijn werkgever gebruik heeft gemaakt van een computerprogramma om van het internet geluidsbestanden te downloaden, voor ander dan professioneel gebruik, tijdens de diensturen en met gebruik van de infrastructuur van de instelling en op haar kosten. Deze tenlastelegging vindt zijn grondslag in hetgeen op 28 augustus 2002 werd vastgesteld, namelijk dat op verzoekers bureau een computer stond die zonder toestemming was aangesloten op het internet via verzoekers telefoonaansluiting en waarmee bij middel van het programma Kazaa geluidsbestanden werden gedownload, alsook in wat daarna nog werd vastgesteld, namelijk dat gespreid over twaalf werkdagen tussen 4 en 28 augustus 2002 de computer gedurende meer dan 76 uren aangelogd was via die telefoonlijn en dit telkens voor meerdere uren. De directieraad gaat ervan uit dat ook tijdens die periodes door de verzoeker muziekbestanden werden gedownload.

De verzoeker geeft toe dat hij met deze computer heeft aangelogd op het internet maar enkel voor professionele doeleinden. Hij ontkent dat hij hem zou hebben gebruikt om bestanden voor privé-doeleinden te downloaden.

De verzoeker kan niet worden bijgevalen waar hij stelt dat de getuigenverklaringen van Jos Lambrigts en van Elly de Maere niet betrouwbaar zouden zijn. Hij brengt geen enkel gegeven aan dat zijn insinuatie kan onderbouwen dat beiden hun verklaring hebben afgelegd onder druk van de administratief directeur. Er blijkt ook geen reden om te twijfelen aan de verklaring van de leidend ambtenaar, de administratief directeur en Jos Lambrigts dat zij konden vaststellen dat Kazaa liep op de laptop. Noch Jos Lambrigts, noch Elly De Maere hebben verklaard dat zij eerder in het bureel waren geweest zonder te kunnen zien welk programma er liep. Elly De Maere heeft slechts verklaard dat zij vanuit de deur niet kon zien wat er op het scherm stond. Jos Lambrigts verklaart dat hij eerst is komen kijken of de verzoeker aanwezig was. Er is geen reden om aan te nemen dat hij toen al het bureel van de verzoeker is binnengegaan, aangezien hij vanuit de gang kon vaststellen dat de verzoeker afwezig was. Hij verklaart voorts dat hij nadien, samen met de leidend ambtenaar en de administratief directeur, verzoekers bureel is binnengegaan en dan heeft vastgesteld dat het programma Kazaa op de laptop openstond.

De verwerende partij kon dan ook de feiten van 28 augustus 2002, namelijk dat er op verzoekers bureau een laptop stond die op het internet was aangesloten via de telefoon en waarop men bezig was geluidsbestanden te downloaden met het programma Kazaa, als voldoende bewezen beschouwen.

Een andere vraag is of ook bewezen kan worden geacht dat het de verzoeker was die op dat moment en tijdens de andere periodes dat die laptop langdurig op het internet was aangesloten geluidsbestanden downloadde.

De verwerende partij hield dit voor bewezen, omdat:

- de verzoeker tegenover de administratief directeur op 28 augustus 2002 het gebruik van Kazaa zou hebben toegegeven;
- in de eerste verklaringen van de verzoeker geen sprake is van een derde persoon die verantwoordelijk zou zijn voor het downloaden;
- de verzoeker tegenover de leidend ambtenaar toegaf dat hij de laptop gebruikte om bestanden door te mailen;

- de laptop in verzoekers bureel gedurende lange periodes (5 tot 6 uren) continu was aangelogd en het onmogelijk is dat een derde gedurende deze periodes, met een computer geplaatst op het bureau waaraan de verzoeker diende te werken, bestanden zou kunnen downloaden;
- tijdens de vaststelling van 28 augustus 2002 niemand is komen controleren hoe het downloaden van bestanden verliep;
- het downloaden stopte in de periode dat de verzoeker met verlof was in het buitenland;
- er geen bewijs is van een storing van de telefoonlijn in de bibliotheek.

De verzoeker stelt daartegenover dat:

- het normaal is dat hij de persoon niet kan noemen die verantwoordelijk was voor het downloaden, aangezien hij hem niet kent en niet bezig heeft gezien;
- het niet is omdat hij de laptop en de internetaansluiting heeft gebruikt dat hij ook van Kazaa gebruik heeft gemaakt; hij heeft enkel bestanden doorgemailed om professionele redenen;
- hij op sommige dagen dat de internetverbinding tot stand werd gebracht niet in de kantoren aanwezig was, meer bepaald op 7, 20 en 21 augustus 2002;
- het feit dat op 28 augustus 2002 geen derde is komen controleren hoe het downloaden van bestanden verliep, niet relevant is, aangezien een derde persoon zijn bureel niet meer zou zijn binnengekomen zodra hij wist dat men had vastgesteld dat Kazaa openstond;
- het logisch is dat het downloaden op 28 augustus 2002 is gestopt, aangezien indien de betrokkene wist dat het downloaden was vastgesteld, hij niet onmiddellijk daarna nog eens de computer zou gebruiken om muziek te downloaden.

Het is enerzijds niet geloofwaardig dat een derde persoon langdurig van de laptop die op verzoekers bureau staat gebruik zou maken zonder dat de verzoeker daarvan iets zou merken. Anderzijds blijkt de verzoeker niet steeds aanwezig te zijn geweest in de lokalen van het OPZ Rekem tijdens de periodes dat de laptop langdurig was aangelogd. De verwerende partij twijfelt aan de correctheid van de uurregistratie van de verzoeker, maar zij voert die twijfel pas aan in haar memorie van antwoord en zij brengt dienaangaande bovendien geen enkel bewijs aan. Voorts bewijst het argument van de verwerende partij dat het downloaden is gestopt toen de verzoeker op reis naar het buitenland vertrok en dat tijdens de vaststellingen die op 28 augustus 2002 in het bureel van de verzoeker werden

gedaan niemand is komen kijken hoe het downloaden verliep, niet dat het de verzoeker was die zich aan het downloaden schuldig maakte. De verzoeker stelt niet zonder reden dat het normaal is dat niemand komt kijken wanneer men kan zien dat er in zijn bureel een vaststelling gebeurt en dat het downloaden wordt stopgezet zo gauw geweten is dat er een probleem over wordt gemaakt. Ten slotte laat de verwerende partij gelden dat de verzoeker tegenover de administratief directeur het gebruik van Kazaa zou hebben toegegeven, maar daarvan blijkt geen spoor in het administratief dossier.

De verwerende partij kon dan ook niet op grond van de samenlating van alle gegevens van het dossier voor bewezen houden dat de verzoeker zelf geluidsbestanden downloadde. Iets anders is of in het dossier niet voldoende elementen aanwezig zijn die de directieraad ertoe konden brengen aan te nemen dat de verzoeker ervan op de hoogte was dat het downloaden gebeurde. Uit de bestreden beslissing blijkt evenwel dat de verzoeker niet tuchtrechtelijk wordt gestraft op grond dat hij op de hoogte was van het downloaden en niets heeft gedaan om het te verhinderen, maar wel op grond onder meer dat hijzelf de geluidsbestanden downloadde.

9.3. Uit het voorgaande moet worden besloten dat één van de twee tuchtfeiten waarop de bestreden beslissing steunt, niet afdoende bewezen kan worden geacht.

Vermits uit de bestreden beslissing niet blijkt dat het tweede aan de verzoeker ten laste gelegde tuchtfeit slechts ten overvloede in aanmerking is genomen en, integendeel, moet worden aangenomen dat de opgelegde tuchtstraf gesteund is op de beide door de directieraad bewezen geachte tuchtfeiten gezamenlijk, brengt het ten onrechte als bewezen beschouwen van één van die twee tuchtfeiten de onwettigheid van de opgelegde tuchtstraf mee.

Het eerste middel is in die mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de directieraad van het Openbaar Psychiatrisch Ziekenhuis Rekem van 20 december 2004 waarbij Jacques Duqué om tuchtrekenen wordt teruggezet in de graad van assistent.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 februari 2010, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Bert Thys,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Wim Geurts,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Wim Geurts

André Vandendriessche