

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 215.796 van 17 oktober 2011
in de zaak A. 191.795/XIV-33.227**

In zake : Natacha VAN DEN HOVEN
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Johan Van Kelst
 kantoor houdend te 2000 Antwerpen
 Tolstraat 24
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

1. het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN ANTWERPEN

 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Eddy Lievens
 kantoor houdend te 1050 Brussel
 Louizalaan 106

 bij wie woonplaats wordt gekozen

2. de VLAAMSE GEMEENSCHAP, vertegenwoordigd door de
Vlaamse regering

 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Tom De Sutter
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Koning Albertlaan 128

 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 maart 2009, strekt tot de
nietigverklaring van:

- de beslissing van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van het Openbaar
Centrum voor Maatschappelijk Welzijn Antwerpen van 2 september 2008
houdende het opleggen van de tuchtsanctie van ontslag van ambtswege aan de
verzoekster, en

- het ministerieel besluit van 13 februari 2009 houdende niet-inwilliging op 13 november 2008 tegen het besluit van de Deputatie bij de Provincieraad van Antwerpen van 16 oktober 2008 houdende goedkeuring van het besluit van de OCMW-raad van Antwerpen van 2 september 2008 houdende het opleggen van de tuchtsanctie ontslag van ambtswege aan de verzoekster.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Beide verwerende partijen hebben een memorie van antwoord ingediend en de verzoekster heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Iris Verheven heeft een verslag opgesteld.

De verzoekster heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partijen hebben elk een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 september 2011.

Staatsraad Stephan De Taeye heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Johan Van Kelst, die verschijnt voor de verzoekster, advocaat Frederic Brasseur die, loco advocaat Eddy Lievens verschijnt voor de eerste verwerende partij, en advocaat Tom De Sutter, die verschijnt voor de tweede verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Iris Verheven 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 verzoekster wordt met ingang van 1 november 2003 bij de eerste verwerende partij als gegradueerd verpleegkundige in statutair verband benoemd. Zij is werkzaam op de dienst Intensieve Zorgen van het Stuivenbergziekenhuis te Antwerpen.

3.2. In de nacht van 23 op 24 maart 2008 doen zich feiten voor die door de eerste verwerende partij als tuchtfeiten lastens de verzoekster worden aangemerkt. Meer bepaald treffen de verzoekster en twee collega's die nacht een schaars geklede patiënte in verwarde toestand op de wastafel aan om haar behoefte te doen. Er wordt een foto van de patiënte genomen en de foto wordt vervolgens door de verzoekster op de computer van de dienst Intensieve Zorgen geplaatst.

3.3. Op 8 april 2008 dient de echtgenoot van de voormelde patiënte een schriftelijke klacht bij de ombudsman van het ziekenhuis in, waarna de eerste verwerende partij een tuchtprocedure opstart. Aan de drie bij de feiten aanwezige verpleegkundigen, alsook aan twee artsen, wordt gevraagd betreffende de gebeurtenissen een schriftelijke verklaring op te stellen.

3.4. Op 15 april 2008 wordt door een HR-consulente van het ziekenhuis een feitenverslag opgesteld en ter kennis van de verzoekster gebracht. Op 19 april 2008 geeft de verzoekster haar bemerkingen op dit feitenverslag. Op 29 april 2008 wordt een antwoord geformuleerd op de bemerkingen van de verzoekster en op 9 mei 2008 reageert de verzoekster op dit antwoord.

3.5. De waarnemend secretaris van de eerste verwerende partij stelt een verslag van het tuchtonderzoek op, dat op 11 augustus 2008 aan de verzoekster ter kennis wordt gebracht. Daarin wordt de volgende conclusie vermeld:

“(…)

Rekening houdend met de aangehaalde feiten ben ik van mening dat mevrouw van de Hoven tekort is gekomen aan haar beroepsplichten en de waardigheid van haar ambt in het gedrang heeft gebracht door:

- Schending van de privacy van de patiënt. De bewuste foto nemen en op de dienstcomputer plaatsen, is niet noodzakelijk voor de doeleinden van de preventieve geneeskunde of voor de medische diagnose, voor het verstrekken van zorg of behandelingen aan de patiënt. Persoonsgegevens dienen voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden te worden verkregen en dienen toereikend, terzake dienend en niet overmatig te zijn. In casus behoort het nemen van een foto niet tot de professionele opdracht van betrokkene.

De bewuste foto identificeert de betrokken patiënt. De foto wordt niet genomen met een bepaald doel, het verwerken van medische persoonsgegevens. De patiënt had schriftelijk moeten toestemmen tot het nemen en verspreiden van deze foto.

- Schending van het gedeelde beroepsgeheim. De bewuste foto nemen en op de dienstcomputer plaatsen, is niet noodzakelijk en nuttig voor de samenwerking tussen de personen die aan het beroepsgeheim gebonden zijn. Het gedeelde geheim moet in het belang van de patiënt zijn. Bovendien moet de patiënt voorafgaandelijk de goedkeuring geven.
- Schending van artikel 49 van het Basisstatuut : er werd voorafgaandelijk geen toelating gevraagd bij het bevoegd bijzonder comité tot het uitoefenen van een nevenactiviteit.

Gelet op deze feiten lijkt mij een bestraffing met een ‘ontslag van ambtswege’ verantwoord.

(…)”.

3.6. Op 2 september 2008 vindt de hoorzitting plaats. De verzoekster wordt bijgestaan door een raadsman en van de hoorzitting wordt een proces verbaal opgesteld.

3.7. Bij beslissing van 2 september 2008 legt de eerste verwerende partij de verzoekster de tuchtsanctie ontslag van ambtswege op. Dit is de eerste bestreden beslissing, die als volgt is gemotiveerd :

“Overwegende dat de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van oordeel is dat het nemen en het op de dienstcomputer plaatsen van de bewuste foto een schending van de privacy inhoudt; dat de foto niet noodzakelijk is voor de doeleinden van de preventieve geneeskunde of voor de medische diagnose, voor het verstrekken van zorg of behandeling aan de patiënt; dat persoonsgegevens voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden moeten worden verkregen; dat persoonsgegevens toereikend, ter zake dienend en niet overmatig moeten zijn; dat het nemen van de bewuste foto niet tot de professionele opdracht

van mevrouw van den Hoven Natacha behoort; dat de bewuste foto de betrokken patiënt identificeert; dat de betrokken patiënt schriftelijk moet toestemmen tot het nemen en verspreiden van de bewuste foto;

Overwegende dat de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van oordeel is dat het nemen en het op de dienstcomputer plaatsen van de bewuste foto een schending van het gedeelde beroepsgeheim is; dat de foto niet noodzakelijk en nuttig is voor de samenwerking tussen de personeelsleden die aan het beroepsgeheim gebonden zijn; dat het gedeelde geheim in belang van de betrokken patiënt moet zijn; dat de betrokken patiënt voorafgaandelijk de goedkeuring moet geven;

Overwegende dat de Raad voor Maatschappelijk welzijn wenst te benadrukken dat mevrouw van de Hoven Natacha voorafgaandelijk toestemming moet vragen bij het bevoegde bijzonder comité voor de uitbouw van een loopbaan op zelfstandige basis; dat deze handeling een schending inhoudt van artikel 49 van het Basisstatuut; dat mevrouw van de Hoven Natacha bevestigt dat zij in de fout is gegaan door het niet melden van de uitgevoerde nevenactiviteit bij de aanvraag van de loopbaanonderbreking met ingang van 1 juni 2008;

Overwegende dat mevrouw van de Hoven Natacha als verpleegkundige de verantwoordelijkheid draagt voor de patiënten van ZNA Stuivenberg, afdeling Intensieve Zorgen, dat zij medische handelingen dient te stellen bij de afdeling Intensieve Zorgen, dat elke onnauwkeurigheid drastische gevolgen kan hebben voor de patiënten van de afdeling Intensieve Zorgen; dat het OCMW als werkgever deze verantwoordelijkheid niet wenst te dragen;

Overwegende dat het OCMW van Antwerpen wenst samen te werken met verpleegkundigen die hun verantwoordelijkheid kunnen nemen en gedrag tonen dat in overeenstemming is met de waarden die een verpleegkundige dient te respecteren; dat het OCMW van Antwerpen van oordeel is dat zij geen vertrouwen kan hebben in mevrouw van de Hoven Natacha.

Overwegende dat de Raad voor Maatschappelijk Welzijn geheim dient te stemmen over de strafmaat;

(...)

Beslist bij geheime stemming en met 7 stemmen ‘ja’, 4 stemmen ‘neen’ en 3 ‘onthouding’ om mevrouw van den Hoven Natacha de tuchtsanctie ‘ontslag van ambtswege’ op te leggen. De tuchtstraf neemt een aanvang op de dag van de uitspraak door de Raad voor maatschappelijk Welzijn, 2 september 2008.

(...)”

3.8. Bij schrijven van 11 september 2008 wordt de eerste bestreden beslissing aan de verzoekster ter kennis gebracht. Daarbij wordt er melding van gemaakt dat binnen de termijn van dertig dagen, ingaand de dag na ontvangst van het schrijven, een bezwaar bij de gouverneur kan worden ingediend.

3.9. Op 7 oktober 2008 dient de verzoekster tegen de voormelde beslissing van 11 september 2008 een bezwaar in bij de gouverneur.

3.10. In het kader van de bezwaarprocedure worden de verzoekster en de eerste verwerende partij op 16 oktober 2008 gehoord. Diezelfde dag keurt de

deputatie van de provincieraad van de provincie Antwerpen de eerste bestreden beslissing goed.

3.11. Op 8 november 2008 dient de verzoekster bij de tweede verwerende partij een beroepschrift in, dat onbezorgd terugkomt omdat bij de kennisgeving een verkeerd adres was vermeld. Op 12 november 2008 dient de verzoekster een nieuw beroepschrift in.

3.12. Bij ministerieel besluit van 13 februari 2009 wordt het voormelde beroep van de verzoekster verworpen. Dit is de tweede bestreden beslissing, die als volgt is gemotiveerd:

“Gelet op de O.C.M.W.-wet, inzonderheid op het artikel 51,52 en 53 §3. 111 en 112;

Gelet op het besluit van de Vlaamse regering tot bepaling van de bevoegdheden van de leden van de Vlaamse regering van 27 juli 2004, gewijzigd bij besluit van 15 oktober 2004, van 23 december 2005, 19 mei 2006, 30 juni 2006, 1 september 2006, 15 juni 2007, 28 juni 2007 en 10 oktober 2007, 14 november 2007, 5 september 2008, 22 september 2008 en 6 januari 2009;

Gelet op het besluit van de raad voor maatschappelijk welzijn van Antwerpen van 2 september 2008 houdende het opleggen van de tuchtsanctie van het ontslag van ambtswege aan mevrouw Natacha van den Hoven;

Gelet op het besluit van de deputatie bij de provincieraad van Antwerpen van 16 oktober 2008 houdende de goedkeuring van het besluit van de raad voor maatschappelijk welzijn van de stad Antwerpen van 2 september 2008 houdende het opleggen van de tuchtsanctie van het ontslag van ambtswege aan mevrouw Natacha van den Hoven;

Gelet op het beroeps(s)chrift van mevrouw Natacha van den Hoven van 12 november 2008 tegen het besluit van de deputatie van 16 oktober 2008, ontvangen door de beroepsinstantie op 13 november 2008;

Overwegende dat de tuchtstraf van het ontslag van ambtswege aan Natacha van den Hoven, gegradueerd verpleegkundige van het OCMW Antwerpen in statutair verband, werd opgelegd ingevolge een officiële klacht die het ziekenhuis waar betrokkene als verpleegster was tewerkgesteld van een patiënte die in dat ziekenhuis was opgenomen op de afdeling intensieve zorgen van 22 maart 2008 tot en met 24 maart 2008; dat deze patiënte er zich over beklagde dat zij op een ongehoorde manier door betrokkene werd behandeld; dat de klacht onder meer ging over het feit dat betrokkene, zonder de toestemming van de patiënte, van haar een foto had genomen, waarop zij duidelijk herkenbaar was, en deze foto, eveneens zonder toestemming van de patiënte op de dienstcomputer heeft geplaatst;

Overwegende dat betrokkene over deze feiten heeft verklaard dat zij in de nacht van 23 op 24 maart 2008 van dienst was samen met haar collega's Olivia Gelper, contractueel gegradueerd ziekenhuisverpleegkundige en Tina Lauwers, statutair gegradueerd verpleegkundige, en dat zij op een zeker ogenblik de betrokken patiënte, na het toedienen van slaapmedicatie, totaal gedesorienteerd op de wastafel hebben aangetroffen waar zij haar behoefte wilde doen; dat betrokkene en haar collega's toen hebben beslist hiervan een foto te nemen, waarna collega Olivia

Gelper een fototoestel is gaan halen en de bewuste foto heeft genomen.

Overwegende dat zij verder verklaart dat zij en haar collega's in de loop van de nacht beslist hebben de foto op de dienstcomputer te zetten; dat mevrouw Olivia Gelper verklaart dat mevrouw van den Hoven de bewuste foto op de computer heeft gezet, wat deze laatste zich niet meer kan herinneren; dat zij wel toegeeft dat, indien haar collega's zeggen dat zij dit heeft gedaan, dit wel zo zal zijn;

Overwegende dat in de klachtenbrief die de betrokken patiënte op 8 april 2008 aan het ziekenhuis stuurde, vermeld staat dat zij de bedpan had gevraagd en dat zij, omdat op haar verzoek geen reactie kwam, haar infuus heeft uitgetrokken en alzo, in de verwarde toestand waarin zij zich bevond, op de wastafel terecht is gekomen;

Overwegende dat betrokkene nog verklaart dat zij geenszins de intentie heeft gehad de patiënte belachelijk te maken; toch krijgen alle collega's van de ochtendploeg tijdens de ochtendbriefing de foto te zien;

Overwegende dat uit het dossier blijkt dat betrokkene en haar collega's de bewuste foto wel hebben verwijderd van de geheugenkaart van het fototoestel, maar niet de moeite genomen hebben deze ook van de dienstcomputer te verwijderen;

Dat dan op 25 maart 2008 dokter Malbain de bewuste foto gezien heeft in de map "50 jaar intensieve zorg", onder de map "mijn afbeeldingen" van de dienstcomputer; en dat ook dokter Schoonheydt de foto gezien heeft; op 26 maart 2008 hebben beide voornoemde geneesheren dit gebeuren met het hele team besproken;

Overwegende tenslotte dat betrokkene in haar verklaring vermeldt dat ze spijt heeft van hetgeen is gebeurd -en dat zij de feiten dus niet ontkent- en dat zij kan begrijpen dat zij hierop aangesproken wordt, maar dat ze het jammer zou vinden dat zij hiervoor haar ontslag zou krijgen na al die jaren, dat zij al in dienst is zonder "grote problemen";

Overwegende dat met de tuchtoverheid moet worden vastgesteld dat Mevrouw van den Hoven als gegradueerd verpleegkundige een zeer verantwoordelijke job heeft ten aanzien van de patiënten van het ziekenhuis die aan haar zorgen zijn toevertrouwd en dat zij het vertrouwen, dat zij bij de uitoefening van haar functie moet kunnen genieten, op zeer ernstige wijze heeft geschonden; dat de dienstleiding te kennen heeft gegeven dat zij, na het gebeuren, geen verantwoordelijkheid wensen te dragen ten overstaan van Natacha van den Hoven en haar liever niet meer willen tewerkgesteld zien in de instelling;

Overwegende dat aan betrokkene ook nog een tweede feit verweten kan worden: dat zij meer bepaald op 22 mei 2008 voltijdse loopbaanonderbreking heeft aangevraagd met het oog op de uitbouw van een loopbaan op zelfstandige basis, met ingang van 1 juni 2008; dat deze voltijdse loopbaanonderbreking haar werd toegekend voor de duur van 1 jaar, met ingang van 1 juni 2008; dat zij echter voor de uitoefening van een nevenactiviteit voorafgaandelijk toelating moet vragen aan het bevoegd bijzonder comité van het OCMW, wat tot op het ogenblik van het opleggen van de tuchtsanctie, nog niet was gebeurd;

Overwegende dat, rekening houdend met de aangehaalde feiten, kan worden besloten dat mevrouw van den Hoven inderdaad ernstig tekort is gekomen aan haar beroepsplichten en dat zij de waardigheid van haar ambt in het gedrang heeft gebracht door:

-Schending privacy van de patiënt: de bewuste foto nemen en op de dienstcomputer plaatsen, was niet noodzakelijk voor de doeleinden van de preventieve geneeskunde of voor de medische diagnose, noch voor het verstrekken van zorg of behandelingen van de patiënt. Persoonsgegevens kunnen enkel voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden verkregen worden en dienen toereikend, terzake dienend en niet overmatig te zijn. In casu behoorde het nemen van een foto overigens niet tot de professionele opdracht van betrokkene. De bewuste foto identificeert bovendien

de betrokken patiënt en werd niet genomen met een bepaald doel of met het oog op het verwerken van medische persoonsgegevens. De patiënt had schriftelijk moeten toestemmen tot het nemen en verspreiden van deze foto.

-Schending van het gedeelde beroepsgeheim: De bewuste foto nemen en op de dienstcomputer plaatsen, was totaal niet noodzakelijk en nuttig met het oog op de samenwerking tussen de personen die aan het beroepsgeheim gebonden zijn. Het gedeelde geheim moet in het belang van de patiënt zijn. Bovendien moet de patiënt voorafgaandelijk de goedkeuring geven.

-Schending van artikel 49 van het Basisstatuut: er word voorafgaandelijk geen toelating gevraagd bij het bevoegd bijzonder comité tot het uitoefenen van een nevenactiviteit."

Overwegende dat er in dit dossier bovendien sprake is van schending van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levens(s)feer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens; dat iedere natuurlijke persoon in verband met de verwerking van persoonsgegevens die op hem betrekking hebben, recht heeft op bescherming van zijn fundamentele rechten en vrijheden, inzonderheid op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer; dat deze wet van toepassing is op elke geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, alsmede op elke niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen; dat deze wet niet van toepassing (is) op de verwerking van persoonsgegevens die door een natuurlijk persoon in activiteiten met uitsluitend persoonlijke of huishoudelijke doeleinden wordt verricht, wat in casu duidelijk niet het geval was;

Overwegende dat in voorliggend dossier het nemen van een foto van een natuurlijke persoon die zich in een ziekenhuis bevindt en het opslaan van die foto in een dienstcomputer van een ziekenhuis, duidelijk valt onder het toepassingsgebied van de voornoemde privacywet;

Overwegende dat overeenkomstig artikel 4 van de privacywet persoonsgegevens eerlijk en rechtmatig moeten worden verwerkt, voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden moeten worden verkregen en enkel verder mogen worden verwerkt op een wijze die, rekening houdend met alle relevante factoren, van nut zijn voor de vervollediging van het medisch dossier van de betrokken patiënt, maar niet in een computermap over "50 jaar intensieve zorg".

Overwegende dat verder nog kan worden verwezen naar artikel 5 van de privacywet die stelt dat persoonsgegevens slechts verwerkt mogen worden in één van de volgende gevallen :

a) wanneer de betrokkene daarvoor zijn ondubbelzinnige toestemming heeft verleend;

b) wanneer de verwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is of voor de uitvoering van maatregelen die aan het sluiten van die overeenkomst voorafgaan en die op verzoek van de betrokkene zijn genomen;

c) wanneer de verwerking noodzakelijk is om een verplichting na te komen waaraan de verantwoordelijke voor de verwerking is onderworpen door of krachtens een wet, een decreet of een ordonnantie;

d) wanneer de verwerking noodzakelijk is ter vrijwaring van een vitaal belang van de betrokkene;

e) wanneer de verwerking noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van openbaar belang of die deel uitmaakt van de uitoefening van het openbaar gezag, die is opgedragen aan de verantwoordelijke voor de verwerking of aan de derde aan wie de gegevens worden verstrekt;

f) wanneer de verwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het

gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke voor de verwerking of van de derde aan wie de gegevens worden verstrekt, mits het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene die aanspraak maakt op bescherming uit hoofde van deze wet, niet zwaarder doorwegen.

Overwegende dat in voorliggend geval het nemen van de foto en het opslaan ervan onder geen enkel van voornoemde gevallen ressorteert: aangezien de betrokken patiënt ingevolge slaapmedicatie totaal gedesoriënteerd was, kan er geen sprake zijn van toestemming van de patiënt om de foto aan derden mee te delen en op de dienstcomputer te plaatsen. De patiënt had uitdrukkelijk moeten toestemmen tot het nemen en verspreiden van deze foto maar was daartoe niet in staat. De verpleegkundige had geen enkele reden om die foto te nemen en te verspreiden. Er was geen enkele reden die de verwerking van het persoonsgegeven (nemen en verspreiden van foto) noodzakelijk maakte.

Overwegende verder dat ingevolge artikel 7 van de privacywet de verwerking van persoonsgegevens die de gezondheid betreffen, verboden behoudens de gevallen, bepaald in voornoemd artikel 7: in casu ressorteert het nemen en verspreiden van de foto in geen van de in de privacywet opgesomde uitzonderingsgevallen. De betrokken patiënt had schriftelijk moeten toestemmen in een dergelijke verwerking met dien verstande dat deze toestemming te allen tijde door de betrokkene kan worden ingetrokken. Zoals hoger al gesteld was de patiënt niet in staat die toestemming te verlenen. Er is duidelijk misbruik gemaakt van de totaal gedesoriënteerde toestand van de patiënt om een foto te nemen en te verspreiden.

Overwegende dat verder aan de betrokkene de schending van een aantal andere wets- en statuutsbepalingen kan verweten, zoals:

- schending van artikel 49 van het Basisstatuut: er moet voorafgaandelijk toelating gevraagd worden bij het bevoegd bijzonder comité tot het uitoefenen van een nevenactiviteit.";

- schending van artikel 10 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten: de auteur of de eigenaar van een portret dan wel enige andere persoon die een portret bezit of voorhanden heeft, heeft niet het recht het te reproduceren of aan het publiek mede te delen zonder toestemming van de geportretteerde of, gedurende twintig jaar na diens overlijden, zonder toestemming van zijn rechtverkrijgenden. Aangezien de betrokken patiënt ingevolge slaapmedicatie totaal gedesoriënteerd was, kan er geen sprake zijn van toestemming van de geportretteerde patiënt om de foto aan derden mee te delen en op de dienstcomputer te plaatsen.

- schending van artikel 5 van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt: de patiënt heeft, met eerbiediging van zijn menselijke waardigheid en zijn zelfbeschikking en zonder enig onderscheid op welke grond dan ook, tegenover de beroepsbeoefenaar recht op kwaliteitsvolle dienstverstrekking die beantwoordt aan zijn behoeften; de aangehaalde feiten betreffen een duidelijke schending van de menselijke waardigheid, nl. het nemen van een foto van een totaal gedesoriënteerde patiënt om niet-medische redenen druist in tegen het respect en de eerbiediging van de menselijke waardigheid en kadert niet in een kwaliteitsvolle dienstverstrekking;

- schending van artikel 10 van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt: de patiënt heeft recht op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer bij iedere tussenkomst van de beroepsbeoefenaar en inzonderheid betreffende de informatie die verband houdt met zijn gezondheid. De patiënt heeft recht op respect voor zijn intimiteit. Behoudens akkoord van de patiënt, kunnen enkel de personen waarvan de aanwezigheid is verantwoord in het kader van de dienstverstrekking van de beroepsbeoefenaar, aanwezig zijn bij de verzorging,

onderzoeken en behandelingen. Geen inmenging is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover het bij wet is voorzien en nodig is voor de bescherming van de volksgezondheid of voor de bescherming van de rechten en de vrijheden van anderen. In voorliggend geval is de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de patiënt geschonden. Het nemen van een foto van een patiënt in totaal gedesoriënteerde toestand ingevolge medicatie is een schending van de intimiteit van de betrokken patiënt. Er zijn geen redenen die het noodzakelijk maakten om de intimiteit van de betrokken patiënt te schenden. Het nemen van de foto was niet noodzakelijk om de volksgezondheid of de rechten en vrijheden van anderen te beschermen.

Overwegende dat om al deze redenen de gepleegde feiten zwaarwichtig genoeg zijn, zodat er kan worden van uitgegaan dat de toegepaste strafmaat redelijk is en bovendien voldoende gemotiveerd werd; dat bovendien de feiten door de betrokkene worden toegegeven

Overwegende dat verder met betrekking tot de strafmaat, nog kan worden verwezen naar de vaste rechtspraak van de Raad van State die stelt dat wanneer een personeelslid geen enkel element aanbrengt dat een schending van artikel 10 van de Grondwet insluit die niet tevens een schending zou zijn van het proportionaliteitsbeginsel, het voor het onderzoek van de zaak volstaat dat wordt nagegaan of dit proportionaliteitsbeginsel geëerbiedigd werd;

Overwegende dat de Raad van State verder stelt dat de toetsing van de Raad in verband met het evenredigheidsbeginsel marginaal is, d.w.z. dat de Raad slechts mag optreden wanneer het bestuursorgaan op evidente wijze een onjuist gebruik van zijn beleidsvrijheid heeft gemaakt, m.a.w. wanneer het bestuur kennelijk onredelijk heeft gehandeld;

Overwegende dat het proportionaliteitsbeginsel zoals het evenredigheidsbeginsel wordt vertaald in dergelijke zake, niet betekent dat tuchtstraffen "in verhouding" moeten zijn tot tuchtfeiten; dat over die verhouding de tuchtoverheid discretionair oordeelt; dat het proportionaliteitsbeginsel, als concrete toepassing van het evenredigheidsbeginsel, enkel de discretionaire bevoegdheid van de tuchtoverheid beperkt doordat het niet duidt dat een tuchtstraf in kennelijke wanverhouding staat tot de tuchtfeiten;

Overwegende dat door voor een bepaalde straf te kiezen, de tuchtoverheid bovendien oordeelt over de verhouding tussen de tuchtstraf en de tuchtfeiten; dat het proportionaliteitsbeginsel de rechter niet toe staat het oordeel van de tuchtoverheid over te doen, maar enkel dat oordeel onwettig te bevinden wanneer het tegen alle redelijkheid ingaat, wanneer de door de tuchtoverheid geponeerde "verhouding" tussen tuchtfeit en tuchtstraf in werkelijkheid volkomen ontbreekt en wanneer er in werkelijkheid een kennelijke wanverhouding is; dat de ernst van de feiten in casu tot het besluit moet leiden;

Overwegende dat de toezichthoudende overheid het in deze omstandigheden niet kennelijk onredelijk vindt dat de tuchtoverheid de samenwerking met betrokkene wenst te beëindigen; dat het vertrouwen dermate geschonden is dat de tuchtsanctie die zich in dat kader opdringt het ontslag van ambtswege is;

Overwegende dat, om de hierboven vermelde redenen, het beroep van betrokkene niet kan worden ingewilligd;

BESLUIT:

Enig artikel. Het beroep ingesteld bij beroeps(s)chrift van mevrouw Natacha van den Hoven van 12 november 2008 tegen het besluit van de deputatie bij de provincieraad van Antwerpen van 16 oktober 2008 houdende goedkeuring van het besluit van de raad voor maatschappelijk welzijn van Antwerpen van 2 september 2008 houdende het opleggen van de tuchtsanctie van ontslag van ambtswege aan mevrouw Natacha van den Hoven, wordt niet ingewilligd.”.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoekster voert in een eerste middel de schending aan van de motiveringsverplichting en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

4.2. In het eerste onderdeel van haar middel zet de verzoekster uiteen dat de bestreden beslissingen onder meer steunen op het tuchtfeit dat de verzoekster de kwastieuze foto heeft genomen, terwijl de foto niet door haar werd genomen maar door haar collega Tina Lauwers. Uit het feitenrelaas, zoals vastgesteld door de eerste verwerende partij, blijkt dat de verzoekster de foto niet heeft genomen en ook in de tweede bestreden beslissing wordt het nemen van de foto zonder enige motivering als tuchtfeit aangenomen.

In het tweede middelonderdeel betoogt de verzoekster dat zij nooit heeft toegegeven de betrokken foto te hebben genomen, terwijl er in de tweede bestreden beslissing wordt vanuit gegaan dat zij dit wel heeft gedaan.

In de beide voormelde middelonderdelen acht de verzoekster de materiële motiveringsplicht geschonden.

In het derde middelonderdeel stelt de verzoekster dat de verwerende partijen zich op verkeerde feitelijke gegevens baseren, dat namelijk vastgesteld wordt dat één van de tuchtfeiten niet werd gepleegd, maar dat de tuchtbeslissing hierop wel wordt gegrond, waardoor de vereiste zorgvuldigheid ontbreekt.

Beoordeling

5.1. Het komt niet aan de Raad van State toe, wanneer hij moet oordelen over een beroep tot nietigverklaring van een tuchtmaatregel, om zelf een onderzoek te voeren naar het bewijs van de aan de betrokkene ten laste gelegde

tuchtfeiten en uit te maken wat naar zijn oordeel als de juiste toedracht van die feiten moet worden beschouwd. Wel kan hij nagaan of de tuchtoverheid op basis van de haar voorliggende gegevens naar recht en redelijkheid tot haar voorstelling van de feiten is kunnen komen en tot het bewezen zijn van die feiten heeft kunnen besluiten.

5.2. Uit de verklaring van Olivia Gelper, die als één van de drie verpleegkundigen bij de kwestieuze feiten aanwezig was, blijkt dat zij “in gezamenlijk overleg”, “het fototoestel (heeft) genomen” en “een foto (heeft) getrokken”. Gezien deze verklaring moet in redelijkheid worden aangenomen dat de verzoekster mede tot het nemen van de kwestieuze foto heeft beslist, temeer daar de verzoekster vervolgens ook tot het plaatsen van de kwestieuze foto op de dienstcomputer heeft beslist. De omstandigheid dat Tina Lauwers, als derde bij de kwestieuze feiten aanwezige verpleegkundige, heeft verklaard dat Olivia Gelper de bewuste foto heeft genomen, doet niet anders besluiten, daar dit enkel het materiële feit van het nemen van de foto betreft en geenszins weerlegt dat de beslissing tot het nemen van de foto gezamenlijk is genomen. De omstandigheid dat de bestreden beslissingen mede zijn gestoeld op het tuchtfeit dat de verzoekster de kwestieuze foto van de patiënte heeft genomen, terwijl dit materieel door de collega van de verzoekster, verpleegkundige Olivia Gelper, is geschied, is, gelet op het voormelde en in het bijzonder de instemming van de verzoekster met het nemen van de foto, niet van aard om de bestreden beslissingen te vitiëren. Het betoog in de laatste memorie van de verzoekster dat “medeverantwoordelijkheid” niet zonder meer gelijk te schakelen is met “volledig eigen verantwoordelijkheid”, doet niet anders besluiten.

Het eerste middelonderdeel is ongegrond.

5.3. Waar de verzoekster in het tweede middelonderdeel aanvoert dat in de tweede bestreden beslissing ten onrechte wordt overwogen dat, wat het nemen van de foto betreft, “de feiten door de betrokkene worden toegegeven”, dient vastgesteld dat dit motief in de tweede bestreden beslissing ten overvloede (“bovendien”) wordt aangevoerd en derhalve betrekking heeft op een overtoellig

motief, waarvan de gebeurlijke onwettigheid niet tot de vernietiging van de tweede bestreden beslissing kan leiden.

5.4. Gelet op het gestelde onder randnummer 5.2, kan evenmin de in het derde middelonderdeel aangevoerde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel worden aangenomen.

5.5. In zoverre de verzoekster eerst in haar memorie van wederantwoord het in de bestreden beslissingen als derde omschreven tuchtfeit, te weten de omstandigheid dat zij geen toestemming voor de uitbouw van een loopbaan op zelfstandige basis heeft gevraagd, bekritiseert, is dit laattijdig en is het middel onontvankelijk. Het betoog van de verzoekster dat zij geen nieuw middel aanvoert, doch zuiver een bijkomende overtreding van de in haar middel aangevoerde beginselen van behoorlijk bestuur en dit naar aanleiding van de door de verwerende partijen in hun memorie van antwoord uiteengezette argumentatie, kan niet aangenomen worden. Het eerst in de laatste memorie van de verzoekster aangevoerde betoog dat tevens een schending van artikel 45, § 1 van de OCMW-wet voorligt, bepaling die de secretaris verplicht om de feitelijke gegevens waarvan hij kennis heeft te melden op de vergadering van de Raad en van het Vast Bureau van het OCMW is eveneens laattijdig en onontvankelijk. Het standpunt van de verzoekster dat deze schending de openbare orde raakt en daarom eerst in haar laatste memorie kon worden aangevoerd, wordt niet bijgetreden.

Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In het tweede middel voert de verzoekster de schending van het evenredigheidsbeginsel aan.

6.2. In een eerste middelonderdeel zet de verzoekster uiteen dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden doordat zij gesanctioneerd wordt met de op één na zwaarste tuchtsanctie en dit op grond van één relevant en bewezen tuchtfeit, te weten het plaatsen van een foto van een patiënte op een interne, enkel voor het personeel van de dienst intensieve zorgen toegankelijke, dienstcomputer, in een bestandsmap “50 jaar intensieve zorg”, die specifiek voor dergelijke afbeeldingsbestanden is bestemd. Van het derde tuchtfeit, namelijk dat zij de eerste verwerende partij niet heeft ingelicht over de uitoefening van een zelfstandige activiteit, werd pas na de toelating tot de loopbaanonderbreking en het opstarten van de tuchtprocedure een probleem gemaakt. Dit tuchtfeit heeft geen uitstaans met de kern van de zaak, is niet bewezen en heeft enkel tot doel om het dossier aan te dikken. De kennelijke wanverhouding tussen de tuchtfeiten en de tuchtsanctie staat vast, zeker rekening houdende met de onterechte verzwaring van de omschrijving van de tuchtfeiten en doordat geen rekening werd gehouden met de begeleidende verzachtende omstandigheden.

In een tweede middelonderdeel betoogt de verzoekster dat de feiten die haar met betrekking tot het verspreiden van de afbeelding via de pc worden verweten, geen verspreiding of mededeling aan derden kunnen uitmaken. De eerste bestreden beslissing geeft verder aan dat elke onnauwkeurigheid drastische gevolgen kan hebben en de tweede bestreden beslissing geeft aan dat de verzoekster het vertrouwen dat zij bij de uitoefening van haar functie moet kunnen genieten, op zeer ernstige wijze heeft geschonden, terwijl de door haar erkende fout, met name het in de loop van de nacht plaatsen van de foto op de dienstcomputer, geen onnauwkeurigheid is die is begaan in de uitoefening van de haar opgedragen taken en die ertoe zou leiden dat het vertrouwen onherstelbaar is geschonden. De verwerende partijen verzwaren de omschrijving van de tuchtfeiten en verklaren bepaalde zaken ten onrechte als bewezen, enkel om de verhouding tussen de tuchtfeiten en de tuchtsanctie te trachten te herstellen. Er bestaat een volkomen wanverhouding tussen de tuchtfeiten en de tuchtsanctie.

In een derde middelonderdeel voert de verzoekster aan dat er ten onrechte met verzachtende omstandigheden geen rekening wordt gehouden. De bestreden beslissingen verwijten haar de privacy van de patiënt en het gedeelde beroepsgeheim te hebben geschonden, terwijl de foto geplaatst werd op het intern computersysteem, waartoe enkel de personeelsleden van de betrokken dienst toegang hebben, die allen aan het beroepsgeheim zijn gebonden. Verder betoogt de verzoekster dat het fototoestel door de eerste verwerende partij ter beschikking werd gesteld en er ten tijde van de ten laste gelegde feiten geen richtlijnen bestonden voor het gebruik van het toestel. Daarenboven stonden er op de dienstcomputer reeds andere foto's van patiënten, maar dit werd nooit als een inbreuk op de privacy weerhouden. Met deze aangevoerde verschonende of minstens verzachtende omstandigheden werd door de tweede verwerende partij geen rekening gehouden. De verwerende partijen hebben evenmin rekening gehouden met de onberispelijke staat van dienst van de verzoekster. Geen enkel ander bestuur zou in dezelfde omstandigheden de bestreden tuchtstraf hebben opgelegd. Het is pas na een klacht van de echtgenoot van de patiënte dat de eerste verwerende partij is opgetreden. Daarvoor was dit optreden beperkt tot een reprimande van het diensthoofd van de verzoekster. Mocht het vertrouwen in de verzoekster inderdaad geschonden zijn geweest, dan had de eerste verwerende partij maatregelen kunnen nemen zoals het opleggen van een preventieve schorsing. Door geen rekening te houden met verschonende dan wel verzachtende omstandigheden in hoofde van de verzoekster is het evenredigheidsbeginsel geschonden.

Ook al zou worden aangenomen dat alle ten laste gelegde tuchtfeiten door de verzoekster zijn gepleegd, dan nog moet worden vastgesteld dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden door de manifeste wanverhouding tussen de tuchtfeiten en de tuchtsanctie.

Beoordeling

7.1. Bij de beoordeling van de strafmaat in tuchtzaken beschikt de Raad van State slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid, zodat hij enkel

een kennelijk in wanverhouding tot de feiten staande straf onwettig kan bevinden. Aldus kan de Raad van State alleen die tuchtstraffen onwettig bevinden die als dermate buiten verhouding staand tot de feiten moeten worden beschouwd, dat geen enkele in redelijkheid oordelende overheid ze voor die feiten zou opleggen.

7.2. Gelet op het gestelde bij de beoordeling van het eerste middel, hebben de verwerende partijen het nemen van de kwestieuze foto door de verzoekster terecht als tuchtfait in aanmerking kunnen nemen. De verzoekster toont verder niet aan, noch maakt zij aannemelijk, dat de omstandigheid dat zij geen voorafgaandelijke toelating bij het bijzonder comité tot het uitoefenen van een nevenactiviteit zou hebben gevraagd, ten onrechte als tuchtfait werd aangemerkt, noch dat dit feit louter “pour les besoins de la cause” aan het tuchtdossier zou zijn toegevoegd.

7.3. Wat het tuchtfait van de verspreiding van de kwestieuze foto betreft, maakt de verzoekster niet aannemelijk dat de verwerende partijen dit tuchtfait zouden hebben verzwaard “om te vermijden dat de kennelijke onredelijkheid tussen het bewezen tuchtfait en de tuchtsanctie zou kunnen worden vastgesteld”. Het betoog van de verzoekster in dit verband dat het plaatsen van de foto van de patiënte op de dienstcomputer niet als een verspreiding of mededeling van deze foto kan worden begrepen, wordt niet bijgetreden.

Verder dient vastgesteld dat de verzoekster werkzaam is op de afdeling van de intensieve zorgen, waar patiënten nog meer dan elders op de verpleegkundigen moeten kunnen vertrouwen. Het is niet kennelijk onredelijk dat de eerste verwerende partij “wenst samen te werken met verpleegkundigen die hun verantwoordelijkheid kunnen nemen en gedrag tonen dat in overeenstemming is met de waarden die een verpleegkundige dient te respecteren” en dat zij op grond van de aangenomen tuchtfaiten heeft beslist geen vertrouwen in de verzoekster meer te kunnen hebben.

7.4. De gegevens die de verzoekster als verzachtende of verschonende omstandigheden aanvoert, met name dat de kwestieuze foto op een

intern computersysteem werd geplaatst dat enkel voor personeelsleden gebonden door het beroepsgeheim toegankelijk is, dat het fototoestel door de eerste verwerende partij zelf ter beschikking werd gesteld en er geen richtlijnen bestonden voor het gebruik ervan, dat er nog andere foto's van patiënten op de dienstcomputer stonden en hierover nooit enige opmerking werd geformuleerd, dat zij een onberispelijke staat van dienst heeft en de tuchtprocedure werd opgestart na een klacht van de echtgenoot van de gefotografeerde patiënte, terwijl de eerste verwerende partij indien het vertrouwen was geschonden onmiddellijk de nodige maatregelen had kunnen nemen, bijvoorbeeld door een preventieve schorsing van de verzoekster, zijn niet van aard om de kennelijke onredelijkheid van de tuchtstraf aan te tonen.

7.5. In zoverre de verzoekster eerst in haar memorie van wederantwoord haar situatie vergelijkt met deze van haar collega's is dit laattijdig en is het middel onontvankelijk. Waar de verzoekster eerst in haar laatste memorie de wettigheid van de bestreden beslissingen bekritiseert, verwijzend naar het vonnis van 1 juli 2009 van de arbeidsrechtbank te Antwerpen, dat het ontslag om dringende reden van een collega van de verzoekster als niet-regelmatig beoordeelt, moet vastgesteld worden dat dit betoog pertinentie mist, gelet op de specifieke aard van de bestreden beslissingen.

Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. In het derde middel voert de verzoekster de schending aan van artikel 53, § 3, van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en machtsoverschrijding.

Zij zet uiteen dat artikel 53, § 3, van de voormelde wet aan de tweede verwerende partij enkel een goedkeuringstoezicht toekent. De minister mag zich bijgevolg niet in de plaats stellen van de tuchtoverheid. De tweede bestreden beslissing voert evenwel bijkomende rechtsgronden aan die noch door de eerste verwerende partij, noch door de deputatie, werden aangenomen. Aldus oordeelt de tweede verwerende partij dat de ten laste gelegde feiten een schending uitmaken van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten en de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt en dat het vertrouwen dermate ernstig geschonden is dat de tuchtsanctie die zich opdringt het ontslag van ambtswege is.

Beoordeling

9.1. Krachtens artikel 53, § 3, van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, oefent de minister, na hoger beroep tegen een goedkeurings- of niet-goedkeuringsbesluit van de deputatie, een goedkeuringstoezicht uit dat hem niet verplicht noch toestaat om in de plaats van het onder toezicht staande OCMW het hele tuchtonderzoek opnieuw te voeren en daarbij vast te stellen of de ten laste gelegde feiten bewezen zijn. Hij dient slechts na te gaan of het tuchtbesluit voor goedkeuring vatbaar is, dat wil zeggen of de raad voor maatschappelijk welzijn op grond van de voorhanden zijnde gegevens van de zaak naar recht en redelijkheid kon besluiten dat de ten laste gelegde feiten voldoende bewezen voorkomen en de opgelegde tuchtsanctie wettigen.

De tweede verwerende partij keurt de eerste bestreden beslissing goed en motiveert omstandig waarom ze dit doet en blijft, aldus oordelend, binnen haar toezichtsbevoegdheid. De verwijzingen in de tweede bestreden beslissing naar een schending van de bepalingen van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten en de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, is niet van aard om die beslissing te vitiëren, nu deze inbreuken ook reeds in de eerste bestreden beslissing zijn vermeld, weze het zonder uitdrukkelijke vermelding van de toepasselijke wetsbepalingen.

Het middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 oktober 2011, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

André Beirlaen,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
bijgestaan door	
Christophe Verhaert,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Christophe Verhaert

André Beirlaen