

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

nr. 216.378 van 21 november 2011

in de zaak A. 199.895/XIV-33.461

In zake : Cynthia SWINNEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christian De Ganck en Marie-Charlotte Vandermeulen
kantoor houdend te 9000 Gent
Koning Leopold II-laan 95
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het ALGEMEEN ZIEKENHUIS JAN PALFIJN GENT A.V.

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 april 2011, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van:

- “de beslissing van 23 januari 2011 van het directiecomité van het AZ Jan Palfijn Gent av;”
- “de beslissing van 7 april 2011 van de bestuurder-directeur van het AZ Jan Palfijn Gent av.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. Auditeur Iris Verheven heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 november 2011.

Staatsraad Stephan De Taeye heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Marie-Charlotte Vandermeulen, die verschijnt voor de verzoekster, en advocaat Pieter Waegemans, die loco advocaat Patrick Devers, verschijnt voor de 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 is sedert 1 juli 2002, op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur, als voltijds adjunct-hoofdapotheker in dienst van de verwerende partij.

Ter vervanging van Hildegard Van Heesvelde, destijds voltijds statutair apotheker-hoofd van dienst, wordt de verzoekster aangesteld als plaatsvervangend apotheker-hoofd van dienst van 7 maart 2005 tot en met 30 september 2005, van 19 januari 2006 tot en met 30 april 2006 en van 1 maart 2007 tot 31 oktober 2007. Zij ontvangt daarvoor telkenmale een plaatsvervangingstoelage.

3.2. Na de oppensioenstelling van Hildegard Van Heesvelde met ingang van 1 september 2007, blijft de verzoekster de functie van apotheker-hoofd van dienst uitoefenen. Vanaf 1 november 2007 ontvangt zij daarvoor een waarnemingstoelage in de plaats van een plaatsvervangingstoelage.

3.3. Naar aanleiding van de op dat ogenblik nog nakende oppensioenstelling van de apotheker-hoofd van dienst, wordt de verzoekster met een brief van 2 april 2007 uitgenodigd om deel te nemen aan “het bevorderingsexamen en de selectie van interne kandidaten hoofdapotheker”.

Luidens het bijgevoegde document, met de titel “interne oproep”, gelden de volgende voorwaarden:

“Statutaire personeelsleden in dienst moeten aan volgende voorwaarden voldoen :

1. Zich in een administratieve stand bevinden waarin zij hun aanspraken op bevordering kunnen doen gelden.

2. Titularis zijn van een graad binnen niveau A. Beschikken over een diploma ziekenhuisapotheker alsook een erkenning bandagist volgens art. 27/28.

3. Minstens 5 jaar ziekenhuiservaring hebben als apotheker.

4. Slagen voor het vergelijkend examen.

Contractuele personeelsleden AZ Jan Palfijn Gent AV moeten aan volgende voorwaarden voldoen :

1. In het bezit zijn van (het) gewenste diploma.

2. Titularis zijn van een graad binnen niveau A. Beschikken over een diploma ziekenhuisapotheker alsook een erkenning bandagist volgens art. 27/28.

3. Minstens 5 jaar ziekenhuiservaring hebben als apotheker.

4. Slagen voor het vergelijkend examen.”

De inhoud van het vergelijkend examen wordt als volgt omschreven:

“1. Praktisch/schriftelijk deel (vergelijkend) - dinsdag 8 mei 2007

Dit onderdeel behandelt praktische kennis, planning en organisatie, methodes in leidinggeven, wetgeving. Dit gedeelte staat op 100 punten. De kandidaten moeten 60% behalen om tot het volgende deel toegelaten te worden.

2. Psychotechnisch onderdeel (niet - eliminerend) - vrijdag 18 mei 2007

Dit gedeelte omvat een capacitair onderzoek op het niveau van de functie, aangevuld met een persoonlijkheidsonderzoek op het profiel van de functie. Het psycho-technisch deel resulteert in één van volgende beoordelingen: zeer geschikt, geschikt, minder geschikt.

3. Mondelinge proef (vergelijkend) - woensdag 23 mei 2007

Dit gedeelte peilt naar de vaardigheden, motivatie, interesse, attitude, vaktechnische kennis, e.d.m. Dit gedeelte staat op 50 punten. De kandidaten moeten 60% behalen om te slagen.”

De uitvoering van het bevorderingsexamen is toevertrouwd aan een extern selectiebureau via Jobpunt Vlaanderen.

3.4. Met een brief van 13 april 2007 stelt de verzoekster zich kandidaat. Zij is de enige candidate.

3.5. Op 8 mei 2007 legt de verzoekster het praktisch schriftelijk deel van het examen af, op 15 mei 2007 neemt zij deel aan het psychotechnisch onderdeel en op 23 mei 2007 neemt zij deel aan het mondeling onderdeel.

3.6. Met een brief van 6 juni 2007 deelt de bestuurder-directeur van de verwerende partij aan de verzoekster mee dat het directiecomité op 30 mei 2007 heeft beslist dat zij niet wordt opgenomen in de werfreserve voor apotheker-hoofd van dienst.

3.7. De raadsman van de verzoekster vraagt met een aangetekende en een gewone brief van 16 juli 2007 aan de bestuurder-directeur een kopie van de toepasselijke statutaire regelingen, alsook inzage en kopie van het personeelsdossier en het examendossier van de verzoekster.

3.8. Met een brief van 6 augustus 2007 antwoordt de bestuurder-directeur aan de raadsman van de verzoekster dat de examenprocedure gebaseerd is op "het examenreglement van het OCMW Gent met de nodige aanpassingen die rekening houden met de werking en de bevoegdheden van het ziekenhuis". Voor wat de inzage van dossiers betreft, wordt aan de raadsman gevraagd om contact op te nemen, teneinde dienaangaande een afspraak te maken.

3.9. In een brief van 29 augustus 2007, gericht aan de voorzitter en de leden van de raad van bestuur van de verwerende partij, zet de verzoekster uiteen dat volgens haar "het dossier een aantal formele gebreken vertoont". Voorts stelt zij:

“(…) Onverminderd deze formele gebreken, blijkt dat ik op het examen heb behaald,

- 65 op 100 op het schriftelijke deel,
- het psychotechnisch onderdeel dat niet - eliminerend is, bevat de beoordeling ‘minder geschikt’,
- 25 op 50 op de mondelinge proef.

Artikel 12 van het examenreglement, waaruit ik meen rechten te kunnen putten, bepaalt dat:

‘Om als geslaagd te worden beschouwd moeten de kandidaten:

- voor elk examengedeelte of proef vijftig procent van de punten behalen; bij gelijk puntenaantal op het mondeling, primeert het beste resultaat op de psychotechnische proeven.

- alleen de kandidaten die in een reeds afgenomen examengedeelte geslaagd zijn, worden tot het volgend examengedeelte toegelaten.

Wanneer er kandidaten zijn met een gelijk puntenaantal, heeft de kandidaat met de hoogste score op het mondeling voorrang.’

Het proces-verbaal coördinatiecommissie examen dat bepaalt dat :

‘Schriftelijk deel... ...de kandidaten moeten 60% behalen om tot het volgende deel toegelaten te worden... Mondelinge proef... ... De kandidaten moeten 60% behalen om te slagen’, is dan ook niet reglementair tot stand gekomen en dient dan ook buiten toepassing te worden gelaten.

Aldus meen ik op grond van het examenreglement mij als geslaagd in het examen voor de functie van apotheker hoofd van dienst te mogen aanzien en te moeten worden beschouwd, zodat ik voldoe aan de voorwaarden om te worden benoemd in de functie van apotheker hoofd van dienst.

Overigens stel ik vast dat ik voldoe aan de voorwaarde ‘60% behalen om te (s)lagen’, nu ik behaalde,

- 65 op 100 (schriftelijke proef),

- 25 op 50 (mondelinge proef),

hetgeen samen 90 op 150 ofwel 60% uitmaakt.

Met huidig schrijven beteken ik u dan ook een aanmaning om tot mijn benoeming in de functie van apotheker hoofd van dienst over te gaan.

Hierbij wil ik u wijzen op artikel 14 par. 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, waarin wordt bepaald dat, wanneer bij het verstrijken van een termijn van vier maanden, te rekenen vanaf de betekende aanmaning, geen beslissing is getroffen, het stilzwijgen van de overheid wordt geacht een afwijzende beslissing te zijn, waartegen beroep kan worden ingesteld bij de Raad van State.”

3.10. Met een brief van 30 november 2007 zendt de bestuurder-directeur van de verwerende partij aan de verzoekster een uittreksel uit de notulen van de vergadering van 28 november 2007 van het directiecomité, waarbij de beslissing van 30 mei 2007 om haar niet op te nemen in de werfreserve voor apotheker-hoofd van dienst, wordt ingetrokken.

Het directiecomité overweegt dat het tot die intrekking beslist “vanwege het niet invullen van de formele motiveringsplicht, en alleen daarom”, en dat het op zijn volgende zitting na heronderzoek een nieuwe beslissing zal nemen.

3.11. Met een brief van 9 januari 2008 zendt de raadsman van de verwerende partij aan de raadsman van de verzoekster een kopie van de beslissing van 17 december 2007 van het directiecomité van de verwerende partij te Gent, waarbij opnieuw wordt beslist om de verzoekster niet in de werfreserve voor apotheker-hoofd van dienst op te nemen.

3.12. Tegen deze beslissing en de impliciete weigerig om haar binnen de vier maanden na de betekende aanmaning van 29 augustus 2007 in de functie van voltijds statutair apotheker-hoofd van dienst te benoemen, dient de verzoekster op 12 februari 2008 een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging en een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State in (zaak G/A 187.008/IX-5836).

3.13. Bij 's Raads arrest nr. 182.982 van 16 mei 2008 wordt de voormelde vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging verworpen.

3.14. Op 5 november 2010 neemt het directiecomité van de verwerende partij de volgende beslissing:

“De beslissing van het Directiecomité van 17 december 2007 voornoemd, waarbij werd beslist ‘volgend contractueel personeelslid wordt niet opgenomen in de (contractuele) werfreserve voor apotheker hoofd van dienst: Swinnen Cynthia (7236), voltijds contractueel adjunct hoofdapotheker’, wordt ingetrokken.

Dat dit besluit werd genomen middels de volgende motieven :

‘Gelet de beslissing van het directiecomité van 17 december 2007, pt. 93 met betrekking tot Bevorderingsexamen en selectie interne kandidaten hoofdapotheker (m/v), statutair of contractueel, hier aangehecht;

Gelet de procedure hangende voor de Raad van State, gekend onder G/A 187.008/IX-5836, ten verzoeken van Cynthia SWINNEN;

Gelet het auditoraatverslag dd. 25 mei 2010 in deze procedure, inzonderheid de bespreking van het eerste, door Cynthia SWINNEN aangevoerde middel;

Dat met dat deel van het auditoraatverslag in te stemmen is voor wat betreft de toepasselijkheid, op de voorliggende procedure, van het artikel 12 van het OCMW-examenreglement van 16 april 2002, zonder dat rekening mag gehouden worden met de in casu door het A.Z. Jan Palfijn Gent A.V., bij wege van de coördinatiecommissie proprio sui per 26 februari 2007, bijkomend gestelde (60% in de plaats van 50%) voorwaarde(n), wat betreft het al dan niet geslaagd zijn van de kandidaten in het praktisch/schriftelijk deel en in de mondelinge proef;

Dat derhalve, gelet de door Cynthia SWINNEN behaalde resultaten (65% op het praktisch/schriftelijk deel en 50% op de mondelinge proef), de beslissing van 17 december 2007, in te trekken is;

Dat het in het licht van het voorgaande behoort dat, door het daartoe bevoegde orgaan van het A.Z. Jan Palfijn Gent A.V., een nieuwe beslissing zal dienen te worden genomen.’

Dat aan de hand van de door Cynthia Swinnen behaalde resultaten op het vergelijkend examen voor hoofdapotheker (m/v), statutair of contractueel, blijkt dat de betrokkene in dat examen geslaagd is (...).”

3.15. Op 23 januari 2011 neemt het directiecomité van de verwerende partij de volgende beslissing:

“Vaststellende dat Cynthia Swinnen geslaagd is in het vergelijkend examen voor hoofdapotheker (m/v), statutair of contractueel, wordt Cynthia Swinnen, met ingang van 1 oktober 2007 opgenomen in de werfreserve voor hoofdapotheker (m/v), in statutair verband, en wordt ze toe(ge)laten tot de stage voor dezelfde betrekking.

Zegt dat deze stage zal aanvangen met ingang van de dag volgend op de kennisgeving, bij aangetekend schrijven of tegen ontvangstbewijs, van het huidige besluit aan de betrokkene.

Dit besluit wordt, voor zoveel als nodig, bevestigd door de ondertekenende Bestuurder- directeur.”.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.16. Op 8 februari 2011 schrijft de raadsman van de verzoekster de verwerende partij aan, stellende dat de eerste bestreden beslissing de motiveringsplicht schendt en er afdoende redenen zijn om tot de benoeming van de verzoekster over te gaan met ingang van 1 september 2007, zonder oplegging van een stage.

Dit schrijven blijft onbeantwoord.

3.17. Bij aangetekende brief van 9 maart 2011 wordt de verzoekster in kennis gesteld van het besluit van het directiecomité van 5 maart 2010 en van de eerste bestreden beslissing.

3.18. Bij 's Raads arrest nr. 212.348 van 4 april 2011 verwerpt de Raad van State verzoeksters beroep tot nietigverklaring in de zaak G/A 187.000/IX-5836.

3.19. Bij aangetekende brief van 7 april 2011 van de bestuurder-directeur van de verwerende partij, wordt de verzoekster uitgenodigd voor een functioneringsgesprek in het kader van haar proeftijd. Het schrijven bevat als bijlagen het formulier functioneringsgesprek in het kader van de stage als

hoofdapotheke, alsmede de functiebeschrijving en het functieprofiel van hoofdapotheke.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de vordering

Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

A. Ernst van de middelen

Derde middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. In het derde middel voert de verzoekster de schending aan van het koninklijk besluit van 4 maart 1991 houdende vaststelling van de normen waaraan de ziekenhuisapotheek moet voldoen, alsook van het besluit van 7 december 2007 van de Vlaamse regering houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeentepersoneel en het provinciepersoneel en houdende enkele bepalingen betreffende de rechtspositie van de secretaris en de ontvanger van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.

4.2. Wat de eerste bestreden beslissing betreft, zet de verzoekster uiteen dat er op 23 januari 2011 geen sprake meer kon zijn van een opname in de werfreserve en evenmin van een stage. Immers, sinds 1 september 2007 neemt zij de functie van apotheker-hoofd van dienst waar en fungeert zij als

apotheker-titularis, hetgeen door de verwerende partij expliciet werd erkend. Ook het RIZIV heeft de verzoekster een inschrijvingsnummer als apotheker-hoofd van dienst toegekend, terwijl de Provinciale Raad van Oost-Vlaanderen van de Orde der Apothekers de verzoekster met ingang van 1 september 2007 als ziekenhuisapotheker-titularis heeft ingeschreven. De verzoekster wijst erop in deze periode geen ongunstige evaluaties te hebben ontvangen, meer zelfs, zij ontving geen enkele opmerking betreffende haar functioneren als apotheker-hoofd van dienst.

Naar analogie met 's Raads arrest nr. 48.492 van 5 juli 1994 inzake Chapman, stelt de verzoekster dat zij, nu zij de voormalige apotheker-hoofd van dienst reeds sinds 1 maart 2007 ononderbroken heeft vervangen, geacht moet worden de prestaties als stagiair reeds te hebben geleverd. Ter ondersteuning hiervan verwijst zij naar artikel 34 van het besluit van 7 december 2007 van de Vlaamse regering houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeentepersoneel en het provinciepersoneel en houdende enkele bepalingen betreffende de rechtspositie van de secretaris en de ontvanger van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn. Onder verwijzing naar de artikelen 96 en 97 van voormeld besluit betoogt de verzoekster dat de waarneming die zij heeft vervuld ten hoogste zes maanden kon duren, terwijl zij reeds sinds maart 2005 de hogere functie van apotheker-hoofd van dienst vervult, die reeds meer dan 3 jaar definitief vacant is, nu Van Heesvelde Hildegard op 1 september 2007 op pensioen werd gesteld. In deze omstandigheden moet de verzoekster geacht worden de proeftijd te hebben vervuld, zodat zij in deze functie dient te worden benoemd zonder dat nog een stage of proeftijd kan worden opgelegd. Tevens benadrukt de verzoekster dat in gelijkaardige situaties vrijstelling van stage wordt verleend.

Tot slot citeert de verzoekster een passage uit het auditorsverslag in de procedure gekend onder G/A 187.008/IX-5836, waarin gesteld wordt dat haar geen stage meer kan worden opgelegd.

4.3. Wat de tweede bestreden beslissing betreft, voert de verzoekster aan dat artikel 12 van het koninklijk besluit houdende vaststelling van de normen waaraan een ziekenhuisapothek moet voldoen om te worden erkend, de taken van de ziekenhuisapotheker rond de centrale sterilisatie beperkt tot het kwalitatief waarborgen van de dagelijkse activiteiten van deze dienst door “1° het verstrekken van advies omtrent de keuze van de apparatuur en van de sterilisatiemethodes; 2° de validatie van de sterilisatieprocedures; 3° het toezicht op de verschillende stappen voorafgaand aan de sterilisatie: reiniging, desinfectie, verpakking van het te steriliseren materiaal; 4° het toezicht op de bewaringsmodaliteiten van steriel materiaal”. Ook de opdracht van de ziekenhuisapotheker-titularis inzake personeel, beperkt zich conform artikel 15 van ditzelfde koninklijk besluit tot het personeel van de ziekenhuisapothek. In geen geval kon de verwerende partij de functiebeschrijving “hoofdapotheker” dan ook uitbreiden tot “de verantwoordelijkheid voor de algemene organisatie, beheer en planning van de apothek en de centrale sterilisatie”, wat zij met de tweede bestreden beslissing nochtans deed.

Tot slot stelt de verzoekster vast dat de verwerende partij als “eerste chef” voor haar evaluatie dr. B. Heyndrickx, zijnde de hoofdgeneesheer, aanduidt. Uit geen enkel reglement blijkt wie als “eerste chef” fungeert, maar uit het organigram van de verwerende partij volgt dat de apothek in lijnfunctie onder de algemeen directeur fungeert. Dit wordt bevestigd door artikel 17 van het koninklijk besluit van 10 juli 2008 houdende coördinatie van de wet betreffende de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen, dat bepaalt dat “de directeur (...) nauw samen(werkt) met de hoofdgeneesheer, het hoofd van het verpleegkundig departement, van de paramedische, van de administratief-financiële en van de technische diensten en met de ziekenhuisapotheken”. Nu artikel 18 van dit koninklijk besluit nog verduidelijkt dat de hoofdgeneesheer “verantwoordelijk is voor de goede gang van zaken in het medisch departement”, blijkt hieruit dat de hoofdgeneesheer behoort met de ziekenhuisapothek samen te werken, maar niet als de verantwoordelijke van de ziekenhuisapothek kan worden aangemerkt. Trouwens, ook de beschrijving van de functie van hoofdapotheker maakt melding van een rapportering aan de algemeen directeur, terwijl ook het Vlaams

Agentschap Zorg en Gezondheid bevestigt dat de apotheker rechtstreeks een plaats onder de directeur inneemt.

Beoordeling

5.1. De verwerende partij is een vereniging zoals bedoeld in Titel VIII van het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (hierna: OCMW-decreet). Overeenkomstig artikel 229, § 1 van het voormelde decreet zijn de personeelsleden van een dergelijke vereniging onderworpen aan dezelfde rechtspositieregeling en hetzelfde pensioenstelsel en aan dezelfde bepalingen van dit decreet als die welke van toepassing zijn op de personeelsleden van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn dat de gemeente bedient waar de zetel van de vereniging gevestigd is. Uit artikel 104 van het OCMW-decreet volgt dat de minimale voorwaarden zoals vastgesteld door de Vlaamse regering steeds toepasselijk zijn.

Artikel 47, § 2, tweede lid, van het besluit van 12 november 2010 van de Vlaamse regering houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie en het mandaatstelsel van het personeel van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en houdende de minimale voorwaarden voor sommige aspecten van de rechtspositieregeling van bepaalde personeelsgroepen van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, bepaalt :

“De raad stelt voor het statutaire personeelslid op proef de overige regels over de proeftijd, de evaluatie van de proeftijd en de gevolgen van de evaluatie van de proeftijd, met inbegrip van de regels over het ontslag wegens beroepsongeschiktheid, vast, in overeenstemming met de bepalingen daarover in de rechtspositieregeling van het gemeentepersoneel.”.

De proeftijd van het gemeentepersoneel wordt onder meer geregeld door artikel 34 van het besluit van 7 december 2007 van de Vlaamse regering houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeentepersoneel en het provinciepersoneel en houdende enkele bepalingen betreffende de rechtspositie

van de secretaris en de ontvanger van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, dat bepaalt :

“De diensten die een kandidaat ononderbroken tot de datum van de statutaire aanstelling op proef in tijdelijk verband bij het bestuur heeft vervuld in dezelfde functie als de functie waarin hij aangesteld wordt, worden in aanmerking genomen voor de proeftijd, op voorwaarde dat het personeelslid daarvoor een gunstig evaluatieresultaat heeft gekregen.”.

5.2. Vastgesteld wordt dat de verzoekster op datum van de eerste bestreden beslissing, te weten op 23 januari 2011, de functie van hoofdapotheker reeds meer dan twaalf maanden uitoefende. Meer bepaald heeft zij reeds sedert maart 2005, hetzij als plaatsvervanger, hetzij als waarnemer, de voormelde functie uitgeoefend, zonder dat dit aanleiding gaf tot enige opmerking en de functie op geen enkel moment door een derde werd waargenomen, zodat op het eerste gezicht moet aangenomen worden dat verzoeksters prestaties als gunstig beoordeeld werden. Op grond van het voorgaande dient prima facie te worden aangenomen dat de verzoekster geen stageverplichting meer kon worden opgelegd, zodat de eerste bestreden beslissing als onregelmatig moet worden beoordeeld. De onwettigheid van de eerste bestreden beslissing vitieert prima facie de tweede bestreden beslissing, die de eerstvermelde beslissing als rechtsgrond heeft.

Het middel is in de aangegeven mate ernstig.

B. Moeilijk te herstellen ernstig nadeel

Het aangevoerde moeilijk te herstellen ernstig nadeel

6.1. De verzoekster voert als moeilijk te herstellen ernstig nadeel aan dat zij ingevolge de bestreden beslissingen enkel wordt toegelaten tot de stage als apotheker-hoofd van dienst, zodat, aan de sinds 1 juli 2002 tussen haar en de verwerende partij bestaande arbeidsovereenkomst een einde wordt gesteld, terwijl zij wordt onderworpen aan een statutaire stage/proeftijd. Voorts dient zij als enig personeelslid een functioneringsgesprek en evaluaties te ondergaan en kan zij na het verstrijken van de proefperiode worden ontslagen indien wordt geoordeeld dat

zij niet voor benoeming in vast dienstverband in aanmerking komt. Dit terwijl zij tot voltijds statutair apotheker-hoofd van dienst moet worden benoemd en bijgevolg in tussentijd alle aan dit statuut toebehorende rechten en waarborgen verliest. Bij de beoordeling van het nadeel dat de verzoekster lijdt, kan rekening gehouden worden met de aard van de onwettigheden die werden begaan. Als gevolg van de in de middelen aangehaalde opgestapelde onwettelijkheden en onzorgvuldigheden van de verwerende partij, is de verzoekster kennelijk in haar belangen geschaad. Zij werkt immers sinds 1 juli 2002 krachtens een arbeidsovereenkomst bij de verwerende partij als adjunct hoofdapotheker, terwijl zij sinds 7 maart 2005 de functie van waarnemend apotheker-hoofd van dienst vervult. Ingevolge de onwettigheden die de verwerende partij heeft begaan, bevindt zij zich thans in een onzekere stageperiode, hetgeen door de verzoekster tevens bijzonder smadend en vernederend wordt ervaren, omdat deze toestand laat uitschijnen dat zij niet competent zou zijn en dit niet alleen binnen haar eigen dienst, maar ook binnen het gehele ziekenhuis en zelfs buiten het ziekenhuis in de sector van de ziekenhuisapotheken. Ingevolge deze aanslepende en tergende houding van de verwerende partij ondervindt zij op de koop toe medische klachten, welke haar arbeidsongeschikt maken. De situatie waarin zij zich thans bevindt, is tot stand gekomen, niet alleen ingevolge de schending van de geldende wetten en reglementering, de schending van het onpartijdigheidsbeginsel en de schending van de motiveringsplicht, maar ook ingevolge kennelijke onwil van de verwerende partij, zoals uitvoerig in de aangehaalde middelen werd uiteengezet.

Zeker nu de verzoekster zich reeds eerder tot de Raad van State diende te wenden en uit deze vorige procedure is gebleken dat de verwerende partij destijds niet op regelmatige gronden tot haar niet-benoeming is overgegaan, moet aangenomen worden dat zij, die genoodzaakt wordt om zich andermaal omwille van dezelfde gebreken in rechte te weren, een ernstig moreel nadeel leidt dat niet door een vernietigingsarrest kan worden hersteld. Deze gang van zaken bevestigt eens te meer dat de verwerende partij vastberaden is met haar argumenten geen rekening te houden en haar geen eerlijke behandeling te geven. Daarvan getuigt eens te meer de beslissing om aan de verzoekster volkomen eenzijdig de verantwoordelijkheid over de dienst “centrale sterilisatie” toe te kennen, waarvan

binnen het ziekenhuis algemeen geweten is dat de organisatie van deze dienst problemen kent. Indien de verzoekster op het einde van haar stageperiode een negatieve evaluatie krijgt, hetgeen de verwerende partij door haar houding laat uitschijnen, wordt zij ontslagen, gelet op het statuut waarop de verwerende partij zich beroept (artikel 73 Statuut der aanwervings- en bevorderingsvoorwaarden evaluatie & vorming van het OCMW Gent). Een dergelijk vooruitzicht is voor de verzoekster uiterst moeilijk om te dragen.

6.2. Het door de verzoekster geleden morele nadeel zal bovendien niet zonder meer kunnen goedge maakt worden door een later annulatiearrest. Haar benoeming op proef wordt door haarzelf dan ook ervaren als een “openbare blaam van onbekwaamheid”, hetgeen een dermate ongunstige toestand uitmaakt die zij niet zou moeten dulden tot een eventueel later tussen te komen annulatiearrest haar gelijk geeft. Dit is zeker het geval, nu het moreel vernederend is om, in afwachting van een tussen te komen annulatiearrest, evaluaties te moeten ondergaan voor een functie die zij reeds meer dan zes jaar zonder noemenswaardige problemen vervult en er haar als enig personeelslid functioneringsgesprekken en evaluaties worden opgelegd, zonder dat dit op een correcte en regelmatige manier in een personeelstatuut is voorzien. Het spreekt dan ook voor zich dat zij zich als gevolg van de houding van de verwerende partij, die nalaat haar als voltijds statutair apotheker-hoofd van dienst te benoemen, in een uiterst vernederende en onzekere situatie bevindt, die als een moeilijk te herstellen nadeel moet aangemerkt worden.

Beoordeling

7. Aangenomen moet worden dat de beslissing om de verzoekster aan een stage te onderwerpen alvorens haar benoeming tot apotheker-hoofd van dienst in overweging te nemen, terwijl zij reeds meer dan zes jaar de betrokken functie als plaatsvervangster en als waarnemend hoofd, zonder problemen, heeft uitgeoefend, door haar als bijzonder vernederend wordt ervaren. Het vernederend karakter manifesteert zich des te meer, nu de verzoekster een moeizame, jarenlange strijd voor het bekomen van haar benoeming dient te voeren en zij zich blijkbaar als enig personeelslid van de verwerende partij aan

functioneringsgesprekken en evaluaties dient te onderwerpen. In die omstandigheden moet aangenomen worden dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen voor de verzoekster een moreel nadeel uitmaakt dat niet door een vernietigingsarrest kan worden hersteld.

8. Uit wat voorafgaat volgt dat voldaan is aan de bij artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State opgelegde voorwaarden om de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen te kunnen bevelen.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging van:

- de beslissing van 23 januari 2011 van het directiecomité van het AZ Jan Palfijn Gent AV;**
- de beslissing van 7 april 2011 van de bestuurder-directeur van het AZ Jan Palfijn Gent AV.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 november 2011, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Stephan De Taeye,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	

Christophe Verhaert,	griffier.
----------------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Christophe Verhaert

Stephan De Taeye