RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

nr. 219.280 van 9 mei 2012
in de zaak A. 197.827/XIV-33.299

In zake : Thérèse VAN CAENEGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Karel Van Gansbeke
kantoor houdend te 9620 Zottegem
Godveerdegemstraat 101
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK WELZIJN VAN GERAARDSBERGEN
gevestigd te 9500 Geraardsbergen
Kattestraat 27

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 29 september 2010, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 25 mei 2010 van het Vast Bureau van het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Geraardsbergen betreffende de mutatie van de verzoekster van het Kinderdagverblijf "Zonnestraal" naar het Woonzorgcentrum "Denderoord".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 210.895 van 1 februari 2011 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekster heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verzoekster heeft een toelichtende memorie ingediend.

Auditeur Iris Verheven heeft een verslag opgesteld.

De verzoekster heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 maart 2012.

Kamervoorzitter André Beirlaen heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Karel Van Gansbeke, die verschijnt voor de verzoekster en juridisch adviseur Sven De Koninck, die 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. De verzoekster is sinds 1974 in dienst bij de verwerende partij. Zij is gegradueerd verpleegster. Reeds drieëntwintig jaar werkt zij in het kinderdagverblijf "Zonnestraal" van de verwerende partij.

Eind 2009 rijzen er een aantal problemen tussen de verzoekster en een aantal kinderverzorgsters van het kinderdagverblijf. Op 26 november 2009 vindt een gesprek plaats tussen de verzoekster en het departementshoofd over deze

problemen. Op 30 november 2010 wordt van dit gesprek een verslag ("functioneringsgesprek") overgemaakt. De verzoekster betwist de kwalificatie ervan als "functioneringsgesprek".

Op 15 december 2009 wordt de verzoekster uitgenodigd voor een evaluatiegesprek en krijgt de beoordeling "ongunstig". Tegen deze beoordeling dient de verzoekster een beroep in bij het vast bureau.

Bij beslissing van 11 januari 2010 wordt de verzoekster tijdelijk gemuteerd.

Op 26 januari 2010 herkwalificeert de verwerende partij het "functioneringsgesprek" naar "verslag van gesprek" en wijzigt zij de beoordeling van de verzoekster naar "gunstig". Diezelfde dag, beslist zij eveneens tot de definitieve mutering van de verzoekster naar WCZ Denderoord. Deze laatste beslissing wordt op 15 april 2010 door de Gouverneur van de Provincie Oost-Vlaanderen geschorst wegens het niet-naleven van de hoorplicht.

Op 27 april 2010 trekt de verwerende partij de beslissing van 26 januari 2010 houdende de mutatie van de verzoekster in.

Op 25 mei 2010 neemt de verwerende partij een nieuwe beslissing tot mutatie van de verzoekster:

> "Overwegende dat Maria Theresia VAN CAENEGEM tewerkgesteld is als statutaire gegradueerd verpleegkundige met halftijdse prestaties in het kinderdagverblijf Zonnestraal;
>
> Overwegende dat de woonzorgcentra binnen het departement Ouderenzorg de verpleegkundige bezetting continu in de gaten dienen te houden;
>
> Overwegende dat het een continue zoektocht is naar verpleegkundigen, teneinde te voldoen aan verschillende normeringen;
>
> Overwegende dat de actuele RIZIV-norm voor verpleegkundigen in WZC Denderoord momenteel op 15,765VTE ligt;
>
> Overwegende dat de actuele aanwezigheid tegemoet komt aan deze norm maar enkel door middel van toegestane compensatiemaatregelen;
>
> Overwegende dat er in de dagelijkse werking een grote nood is aan effectieve verpleegkundige prestaties en dat er een dagelijkse strijd is om de verpleegkundige continuïteit te waarborgen;
>
> Overwegende dat elke verpleegkundige ondersteuning meer dan nodig is om de kwaliteit van de verpleegkundige zorg te waarborgen;
>
> Overwegende dat het meer opportuun is om voldoende in regel te zijn met de RIZIV- normering en hiervoor gefinancieerd te worden, dan een verpleegkundige in een kinderdagverblijf te laten werken, waarvoor geen wettelijke of decretale verplichting is en kan opgevangen worden door, bijvoorbeeld, een kinderverzorg(st)er;
>
> Overwegende dat het tot de volle bevoegdheid behoort van het bestuur om, op

basis van de beoordeling van opportuniteiten, personeelsleden te muteren van de ene naar de andere dienst;

Gelet op de beslissing van de raad van 28 april 2010 houdende vaststelling van het huishoudelijk reglement, meerbepaald art.36§3, waarbij de bevoegdheid van de raad voor mutaties en overplaatsingen werd gedelegeerd met ingang van 15 mei 2010, herbevestiging van vroeger genomen delegatiebesluit;

Overwegende dat het bestuur met deze mutatie geen schuldvraag stelt noch beantwoordt;

Overwegende dat betrokkene op 27 april 2010 en vandaag de kans heeft gekregen om gehoord te worden over haar opmerkingen, standpunten, mening en visie;

Overwegende dat betrokkene tot tweemaal toe wel zegt te willen gehoord worden maar niet op komt dagen;

Gelet op het ziekteattest van betrokkene dat niet stelt dat zij de woning niet mag verlaten;

Gehoord de voorzitter;

Gehoord de secretaris;

Gehoord de raadsleden;

Overwegende dat begrip getoond wordt voor de ziekte van betrokkene;

Overwegende evenwel dat het noodzakelijk is, in het kader van goed algemeen beleid en accuraat personeelsbeleid in de woonzorgcentra, dat een mutatie kan plaatsvinden, waarbij betrokkene geïmputeerd wordt op woonzorgcentrum Denderoord;

Overwegende dat reeds twee maal de mogelijkheid geboden is om gehoord te worden en het vast bureau deze mogelijkheid ook voor de toekomst wenst open te houden, doch om hogergenoemde redenen een zo spoedig mogelijke mutatie aangewezen is;

Overwegende dat het vast bureau steeds bij machte is om later, na bijvoorbeeld betrokkene gehoord te hebben, een nieuwe mutatie te doen, indien de argumenten en motivatie aanleiding zouden geven tot het herbekijken van de genomen beslissing;

BESLIST: met eenparigheid

Artikel 1 : mevrouw Maria Theresia VAN CAENEGEM, gegradueerd verpleegkundige kinderdagverblijf Zonnestraal, per 26 mei 2010 te muteren naar woonzorgcentrum Denderoord.

Artikel 2: mevrouw Maria Theresia VAN CAENEGEM in kennis te stellen van de mogelijkheid die zij heeft om, van zodra dit haar past, gehoord te worden door het vast bureau over deze aangelegenheid. Hiertoe zullen de data van alle volgende zittingen van het vast bureau van 2010 worden overgemaakt, met de vraag te laatste de vrijdag voor de dag van de zitting het bestuur op de hoogte te brengen van de intentie om te komen.

Artikel 3 : kennisgeving van deze beslissing zal via het verslag worden overgemaakt aan de raad voor maatschappelijk welzij;

Artikel 4 : huidige beslissing zal voor kennisgeving aangetekend worden verstuurd aan het Agentschap voor Binnenlands Bestuur.”.

Dit is de bestreden beslissing.

De verzoekster dient op 24 juni 2010 een verzoek tot schorsing in bij de gouverneur. Bij beslissing van 4 augustus 2010 deelt deze laatste mee dat hij de bestreden beslissing niet zal schorsen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. In haar toelichtende memorie verzoekt de verzoekster "het voorwerp van het annulatieberoep uit te breiden tot de beslissing van 21 juni 2011 waarbij het hoorrecht werd uitgeoefend door verzoekster".

Voornoemde beslissing luidt als volgt:

> "Gelet op de beslissing van het vast bureau van 25 mei 2010 houdende hoorrecht van Thérèse VAN CAENEGEM, gegradueerd verpleegkundige, over de geplande mutatie van kinderdagverblijf Zonnestraal naar woonzorgcentrum Denderoord;
>
> Overwegende dat deze beslissing voorafgegaan werd door een meervoudig aangeboden hoorrecht, waarvan betrokkene - ondanks meldingen van aanwezigheden - nooit gebruik van gemaakt had;
>
> Gelet op artikel 1 van de beslissing van het vast bureau van 25 mei 2010 over Maria Theresia VAN CAENEGEM, gegradueerd verpleegkundige. 'Hoorrecht': de mogelijkheid voor Thérèse VAN CAENEGEM om gehoord te worden, steeds open te houden;
>
> Gelet op de beslissing van het vast bureau van 25 mei 2010 betreffende de mutatie van Maria Theresia VAN CAENEGEM, gegradueerd verpleegkundige kinderdagverblijf zonnestraal, naar woonzorgcentrum denderoord, per 26 mei 2010 waarin gesteld wordt dat mevrouw Maria Theresia VAN CAENEGEM in kennis gebracht zal worden van de mogelijkheid die zij heeft om, van zodra dit haar past, gehoord te worden door het vast bureau over deze aangelegenheid. Hiertoe zullen de data van alle volgende zittingen van het vast bureau van 2010 worden overgemaakt, met de vraag ten laatste de vrijdag voor de dag van de zitting het bestuur op de hoogte te brengen van de intentie om te komen;
>
> Gelet op de brief aan betrokkene van 26 mei 2010, waarin onder meer alle data van 2010 zijn bezorgd;
>
> Overwegende dat betrokkene nooit van dit hoorrecht gebruik gemaakt heeft;
>
> Overwegende dat betrokkene, integendeel, vond dat haar hoorrecht geschonden was en dit als middel aanvoerde voor de Raad van State in kortgeding;
>
> Gelet op het arrest van de Raad van State afdeling bestuursrechtspraak nr. 210.895 van 1 februari 2011 in de zaak A. 197.827/XII-6365, waarin de Raad van State terecht vraagtekens stelde bij het feit dat noch betrokkene noch haar raadsman, zelfs tot op de dag van de debatten, geen gebruik had gemaakt van dit hoorrecht, terwijl het nochtans meermaals was aangeboden;
>
> Gelet op de aangetekende brief van 24 maart 2011, ontvangen op 28 maart 2011, von (van) Karel VAN GANSBEKE, optredend als advocaat van Thérèse VAN CAENEGEM (hun referentie 12190/09), waarbij gemeld wordt dat betrokkene wenst gebruik te maken van het hoorrecht, 'zoals haar werd meegedeeld in de beslissing van het vast bureau van 25 mei 2010 waarbij zij gemuteerd werd naar woonzorgcentrum Denderoord', via vertegenwoordiging door de raadsman;

Gelet op de beslissing van het vast bureau van 24 mei 2011 om over te gaan tot toepassing van het recht om gehoord te worden van Maria Theresia VAN CAENEGEM, via vertegenwoordiging, bij monde van Karel VAN GAN5(S)BEKE, raadsman van betrokkene;

Gehoord Karel VAN GANSBEKE, optredend als raadsman van Maria Theresia VAN CAENEGEM;

Gelet op het PV van verhoor, getekend door alle aanwezigen;

Overwegende dat geen bijkomende stukken of besluiten zijn overhandigd; dat de brief van 24 maart 2011 integraal deel uitmaakt van het PV van verhoor;

Gelet op deze brief van 24 mei 2011 over Thérèse VAN CAENEGEM t. OCMW Geraardsbergen;

Het vast bureau neemt kennis van de eerste twee pagina's, waarin Thérèse VAN CAENEGEM haar weergave van de geschiedenis van het kinderdagverblijf beschrijft, met haar rol hierin;

Dit bevestigt de competenties die zij meent te hebben en door ons niet ontkend worden, die ook vereist zijn voor de functie in het woonzorgcentrum, naar waar zij gemuteerd is;

Overwegende dat zij aldus de competenties beschrijft van een gegradueerde verpleegkundige, wat zij was en is; Dat zoals reeds meermaals gesteld, het hebben van leidinggevende aspecten in de functie, niet per definitie inhoudt dat men dé leidinggevende is van een dienst;

Gelet op de opmerking dat de secretaris, als hoofd van het personeel', niet reageert op haar brief van 9 december 2009':

Gehoord de secretaris hierover, die deze brief voorlegt;

Overwegende dat deze brief op 11 december 2009 is gelezen en toegevoegd werd aan haar dossier; Dat in deze 1 pagina tellende brief echter enkel het standpunt van betrokkene werd verkondigd en zelfs niet in de breedste zin uit kan gedistilleerd worden dat een reactie of actie van de secretaris werd verwacht; Het integendeel eerder de inhoud van een melding heeft dat een vraagstelling of oproep; Dat aldus ook geen reactie hierop is gegeven;

Overwegende dat heel wat alinea's in deze brief buiten het bestek van het hoorrecht over de mutatie vallen, daar waar steeds opnieuw - en nochtans al meermaals verduidelijkt - op de verkeerde nagel geklopt wordt;

Dat ondanks dit het toch nodig is één en ander te verduidelijken en beter te kaderen, wat gebeurt via de nota van Danny KINDEKENS van 17 mei 2011 over het hoorrecht Thérèse VAN CAENEGEM, ter inzage gelegd voor de raadsleden;

Overwegende dat ter aanvulling hiervan ook moet gesteld worden dat het mobbingdossier niet ongeldig verklaard is geworden; Dat de hierin vastgestelde feiten nog steeds bestaan;

Dat het tuchtdossier ingetrokken is geworden wegens verjaring, hiermee de kans op tuchtstraf is weg genomen doch de feitelijkheden wel blijven bestaan;

Dat ook deze elementen evenwel geen uitstaans hebben met het voorliggende dossier van de mutatie;

Overwegende dat het bestuur steeds heeft gesteld, ook ter zitting van de Raad van State, dat door de ontstane perikelen de aandacht op het kinderdagverblijf en in bijzonder op de gegradueerde verpleegkundige, is komen te vallen;

Dat dit gebeurd is in een periode waarin steeds grotere moeilijkheden aan het ontstaan waren inzake de verpleegkundige norm:

Gelet op de al bestaande nota's 'nood aan verpleegkundigen in wzc Denderoord' van 14 oktober 2010 en de nota financiële gevolgen van tekorten op verpleegkundige norm' van 20 oktober 2010, beide van Jan DELAHAYE, stafmedewerker Ouderenzorg;

Gelet op de nota van Jan DELAHAYE van 17 mei 2011 over de update - nood

aan verpleegkundigen in wzc Denderoord, ter inzage gelegd van de raadsleden;

Overwegende dat het theoretische tekort bij actuele invulling personeelsnorm' aan verpleging A 1 op nul uitkomt, dit is met inbegrip van Thérèse VAN CAENEGEM;

Dat het effectief tekort aan verpleegkundigen in wzc Denderoord 2,255 VTE bedraagt;

Overwegende dat het nijpend tekort ook door de Vlaamse overheid wordt erkend, die het actieplan werk maken van werk in de zorgsector' volop aan het uitrollen is;

Gelet op de financiële tekorten in zowel de woonzorgcentra als in het kinderdagverblijf;

Overwegende dat tot op vandaag geen subsidie gegeven wordt voor het (niet-verplicht) hebben van een gegradueerde verpleegkundige in een kinderdagverblijf;

Overwegende dat op vandaag dan ook geen gewijzigde elementen voorhanden zijn;

Gehoord de voorzitter;

Gehoord de secretaris;

Gehoord de raadsleden;

Gelet op het ocmw-decreet van 19 december 2008;

BESLIST : met eenparigheid:

Artikel 1 : de beslissing van het vast bureau van 25 mei 2010 tot mutatie van Thérèse VAN CAENEGEM met ingang van 26 mei 2010 te bevestigen.

Artikel 2: kennisgeving van deze beslissing zal via het verslag worden overgemaakt voor maatschappelijk welzijn.".

4.2. De verwerende partij bestempelt de beslissing van 21 juni 2011 als een bevestigende beslissing. Een dergelijke beslissing is in principe niet aanvechtbaar voor de Raad van State, aangezien geen nieuwe beslissing genomen wordt, maar verwezen wordt naar de reeds bestaande beslissing, hetgeen geen gevolgen in rechte heeft. Te dezen blijkt evenwel dat de verzoekster opnieuw is gehoord, er is geantwoord op de brief van 24 mei 2011 van de verzoekster en het na de kennisname van het horen van de verzoekster is, dat de verwerende partij heeft beslist de bestreden beslissing te handhaven. Uit het voorgaande lijkt de beslissing van 21 juni 2011 te zijn genomen na een nieuw onderzoek waardoor ze meer is dan een louter bevestigende beslissing. De beslissing van 21 juni 2011 blijkt in de plaats te zijn gekomen van de vorige beslissing van 25 mei 2010. Vastgesteld moet worden dat de bestreden beslissing van 25 mei 2010 niet langer uitwerking heeft, zodat zij niet langer op ontvankelijke wijze kan worden bestreden met een beroep tot nietigverklaring. Gelet op het voorgaande moet het beroep geacht worden te zijn gericht tegen de vervangende beslissing van 21 juni 2011.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5.1. In het eerste middel wordt machtsafwending aangevoerd. De machtsafwending leidt de verzoekster af uit de timing waarop de bestreden beslissing werd genomen, met name op dezelfde dag dat een negatieve evaluatie werd ingetrokken en omgezet in een positieve, en een aantal gebeurtenissen die de bestreden beslissing zijn voorafgegaan. De bestreden beslissing is louter ingegeven om de verzoekster uit haar functie als leidinggevende in het kinderdagverblijf te verwijderen.

5.2. In de toelichtende memorie stelt de verzoekster dat de verwerende partij de intentie heeft haar met de mutatie te laten boeten voor haar persoonlijke tekortkomingen, met name een probleem met een kinderverzorgster, verwijten van pestgedrag, het feit dat zij het verslag van het "functioneringsgesprek" niet wilde tekenen en het feit dat zij terug aan de slag wilde in het kinderdagverblijf. De verwerende partij wist dat zij de verzoekster met een mutatie het meest zou kunnen treffen omwille van het feit dat zij reeds meer dan twintig jaar werkzaam is in het kinderdagverblijf, op het ogenblik van de feiten achtenvijftig jaar was, zij een sterke band had opgebouwd met de kinderen, ouders en de medewerkers, de mutatie zou aanvoelen als een degradatie, daar zij in het woonzorgcentum Denderoord niet meer de enige gegradueerde verpleegkundige was en er tussen de verpleegkundigen een hiërarchie bestaat, zij het werk binnen het rusthuis nooit heeft uitgevoerd en door de mutatie nu ook nacht- en weekenddiensten zou moeten doen. De verwerende partij duidt niet aan waarom de overplaatsing van de verzoekster de meest aangewezen oplossing is.

Beoordeling

5.3. De verzoekster voert machtsafwending aan, meer bepaald omdat het in casu een verkapte tuchtstraf zou betreffen. Een tuchtmaatregel beoogt te doen boeten voor een gedrag dat als laakbaar wordt beschouwd in hoofde van de ambtenaar aan wie de maatregel wordt opgelegd. Een ordemaatregel is daarentegen niet gesteund op laakbaar gedrag, doch vindt zijn motief in een verstoring van de goede orde van de dienst, die weliswaar kan voortvloeien uit het gedrag van een personeelslid waarbij het echter niet het laakbaar bevinden van dit gedrag, maar wel het gedrag op zichzelf is dat de overheid brengt tot het nemen van de ordemaatregel.

Een ordemaatregel kan inderdaad een verkapte tuchtmaatregel zijn. Het is daarbij aan de verzoekster om voor de Raad van State geloofwaardig te maken dat de maatregel, die zich als een ordemaatregel voordoet, een disciplinaire bedoeling heeft aangezien, ondanks de schijn van het tegendeel, uit de omstandigheden van de zaak kan worden afgeleid dat het determinerend, maar niet uitgedrukt motief van de maatregel is haar te bestraffen.

Uit de personeelsformatie en het organigram, blijkt dat de functie van de verzoekster in het kinderdagverblijf van dezelfde graad is als deze in het woonzorgcentrum. Zij wordt overeenkomstig haar graad en diploma ingezet. Ook de weddeschaal blijkt voor beide functies gelijk te zijn, de rechtspositie-regeling wijzigt niet, de afstand woon-werkverkeer blijkt verwaarloosbaar en de verzoekster mag haar deeltijdse tewerkstelling behouden. Weliswaar fungeert de verzoekster thans niet meer als enige gegradueerd verpleegkundige tussen zorgverstrekkende van niveau C zoals in het kinderdagverblijf, doch dit blijkt, zoals de verzoekster zelf ook aangeeft, eerder te wijten te zijn aan de manier waarop de dienst van het woonzorgcentrum georganiseerd is.

Zoals reeds aangegeven in de bestreden beslissing van 25 mei 2010, motiveert de verwerende partij de mutatie van de verzoekster in de vervangende beslissing van 21 juni 2011 als volgt:

> "Overwegende dat het bestuur steeds heeft gesteld, ook ter zitting van de Raad van State, dat door de ontstane perikelen de aandacht op het kinderdagverblijf en in

bijzonder op de gegradueerde verpleegkundige, is komen te vallen;

Dat dit gebeurd is in een periode waarin steeds grotere moeilijkheden aan het ontstaan waren inzake de verpleegkundige norm:

Gelet op de al bestaande nota's 'nood aan verpleegkundigen in wzc Denderoord' van 14 oktober 2010 en de nota financiële gevolgen van tekorten op verpleegkundige norm' van 20 oktober 2010, beide van Jan DELAHAYE, stafmedewerker Ouderenzorg;

Gelet op de nota van Jan DELAHAYE van 17 mei 2011 over de update - nood aan verpleegkundigen in wzc Denderoord, ter inzage gelegd van de raadsleden;

Overwegende dat het theoretische tekort bij actuele invulling personeelsnorm' aan verpleging A 1 op nul uitkomt, dit is met inbegrip van Thérèse VAN CAENEGEM;

Dat het effectief tekort aan verpleegkundigen in wzc Denderoord 2,255 VTE bedraagt;

Overwegende dat het nijpend tekort ook door de Vlaamse overheid wordt erkend, die het actieplan werk maken van werk in de zorgsector' volop aan het uitrollen is;

Gelet op de financiële tekorten in zowel de woonzorgcentra als in het kinderdagverblijf;

Overwegende dat tot op vandaag geen subsidie gegeven wordt voor het (niet-verplicht) hebben van een gegradueerde verpleegkundige in een kinderdag-verblijf;

Overwegende dat op vandaag dan ook geen gewijzigde elementen voorhanden zijn;".

In de voornoemde bestreden beslissing geeft de verwerende partij aan dat er moeilijkheden ontstonden om te voldoen aan de verpleegkundige norm en wijst zij erop dat er geen verplichting bestaat om in het kinderdagverblijf een verpleegkundige in dienst te hebben en zij financiering ontvangt voor een verpleegkundige in het woonzorgcentrum, maar niet in het kinderdagverblijf. Uit het administratief dossier blijkt eveneens dat er nood blijkt te zijn aan verpleegkundigen in het WZC Denderoord. Uit het voorgaande kan worden afgeleid waarom de mutatie van de verzoekster als een geschikte oplossing is bevonden, te meer daar de functie van de verzoekster in het kinderdagverblijf uitdovend is zoals blijkt uit stuk 18 van het administratief dossier.

Op basis van het geen voorafgaat is niet naar genoegen van recht bewezen dat er sprake is van een verdoken tuchtstraf. Het eerste middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. Het tweede middel is genomen uit de schending van artikel 3 van de formele motiveringswet. De verzoekster voert aan dat artikel 42bis van de OCMW-wet uitdrukkelijk stelt dat de uitvoering van de besluiten tot vaststellen of wijziging van de personeelsformatie geschorst worden door de gouverneur als een dergelijk besluit wordt ingediend zonder dat de noodzaak daartoe voldoende wordt verantwoord door een personeelsbehoeftestudie. In het kader van titel V "ambtshalve herplaatsing" van het Besluit van de Vlaamse regering van 7 december 2007 heeft de Raad van State benadrukt dat de aanstellende overheid het personeelslid voor een herplaatsingsbeslissing niet alleen moet horen, maar ook de overige beginselen van bestuur moet respecteren. Het begrip "passende functie" moet in die zin geïnterpreteerd worden. Het beoogt de evenredigheid, en houdt in dat een herplaatsing in een functie van dezelfde rang gebeurt in een evenwaardige functie en niet uitmondt in een degradatie. Er moet ook een redelijk verband zijn tussen de aanleiding voor herplaatsing (gezondheid of evaluatie), en de voorgestelde functie of functies. De gegeven motivering is niet op stukken geënt en er wordt niet toegelicht waarom de verzoekster dient te worden aangeduid om dit hiaat te gaan invullen na een beroepsloopbaan van 22 jaar in het Kinderdagverblijf, waarvoor zij verschillende opleidingen heeft gevolgd en de verwerende partij niet aangeeft waarom de overplaatsing van de verzoekster de meest aangewezen oplossing is, hetgeen bewijst dat het een verdoken degradatie betreft.

6.2. In de toelichtende memorie voegt de verzoekster nog toe dat de motiveringsplicht is miskend aangezien de nota van Danny Kindekens waarop de verwerende partij zich steunt, haar niet is medegedeeld.

Beoordeling

6.3.1. Wat betreft de vermeende schending van artikel 42bis van de OCMW-wet moet worden opgemerkt dat deze bepaling is opgeheven sinds 1 juli 2009. Bovendien heeft de voormelde bepaling betrekking op de personeelsformatie, die in casu niet wordt aangevochten.

6.3.2. In tuchtzaken houdt de formele motiveringsplicht in dat de motivering de betrokkene duidelijk moet maken, enerzijds, welke feiten de overheid in aanmerking heeft genomen en, wanneer zulks niet duidelijk is, waarom die feiten een inbreuk op de tucht uitmaken, en, anderzijds, waarom zij de uiteindelijk opgelegde straf verantwoorden. Ook in het geval maatregelen van inwendige orde worden genomen die voor vernietiging vatbaar zijn, houdt de formele motiveringsplicht in dat de motivering zowel de aanleiding van de maatregel moet verduidelijken, als de verantwoording van de keuze.

Het Besluit van de Vlaamse regering van 7 december 2007 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 is als zodanig evenmin van toepassing op de verzoekster. Sinds de inwerkingtreding op 1 januari 2011 van het Besluit van de Vlaamse regering van 12 november 2010 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, moet de Raad voor Maatschappelijk Welzijn de regels voor de ambtshalve herplaatsing in een functie van dezelfde rang en in een functie van een lagere graad voor het vast aangestelde statutaire personeelslid evenwel vaststellen in overeenstemming met de regels daarover in de rechtspositieregeling van het gemeentepersoneel, waardoor de verzoekster er zich thans op kan beroepen. De verzoekster lijkt te verwijzen naar

artikel 98 van het laatst voornoemd besluit dat stelt dat de ambtshalve herplaatsing inhoudt dat het vast aangestelde statutaire personeelslid herplaatst wordt in een andere, passende functie van dezelfde graad of in een passende functie van een andere graad van dezelfde rang. De toelichting bij deze bepaling stelt dat het begrip "passende functie" de evenredigheid beoogt en inhoudt dat een herplaatsing in een functie van dezelfde rang gebeurt in een evenwaardige functie en niet uitmondt in een degradatie. Er moet ook een redelijk verband zijn tussen de aanleiding voor de herplaatsing (gezondheid of evaluatie,) en de voorgestelde functie of functies. De overheden moeten rekening houden met de competenties en de belangstellings-sfeer van het personeelslid. Zoals aangegeven bij de beoordeling van het eerste middel geeft de vervangende beslissing van 21 juni 2011 (zoals ook de initiële beslissing van 25 mei 2010 dit deed) aan waarom precies de verzoekster wordt gemuteerd, met name wegens het tekort aan gegradueerd verpleegkundigen in het WZC Denderoord, het gegeven dat er geen verplichting is een verpleegkundige tewerk te stellen in het kinderdagverblijf en subsidiëring wordt ontvangen voor een verpleegkundige in het WZC Denderoord maar niet in het kinderdagverblijf. Tevens stelt de vervangende beslissing van 21 juni 2011:

> "Dit bevestigt de competenties die zij meent te hebben en door ons niet ontkend worden, die ook vereist zijn voor de functie in het woonzorgcentrum, naar waar zij gemuteerd is;
>
> Overwegende dat zij aldus de competenties beschrijft van een gegradueerde verpleegkundige,wat zij was en is".

De verwerende partij geeft aldus aan dat de verzoekster wordt gemuteerd naar een evenwaardige functie en dat zij rekening heeft gehouden met haar competenties.

Wat betreft de nota van Danny Kindekens, moet worden opgemerkt dat de verwerende partij haar beslissing hier niet op steunt. De beslissing van 21 juni 2011 stelt immers uitdrukkelijk:

> "Overwegende dat heel wat alinea's in deze brief buiten het bestek van het hoorrecht over de mutatie vallen, daar waar steeds opnieuw - en nochtans al meermaals verduidelijkt - op de verkeerde nagel geklopt wordt;
>
> Dat ondanks dit het toch nodig is één en ander te verduidelijken en beter te kaderen, wat gebeurt via de nota van Danny KINDEKENS van 17 mei 2011 over het hoorrecht Thérèse VAN CAENEGEM, ter inzage gelegd voor de raadsleden;
>
> Overwegende dat ter aanvulling hiervan ook moet gesteld worden dat het

mobbingdossier niet ongeldig verklaard is geworden; Dat de hierin vastgestelde feiten nog steeds bestaan;

Dat het tuchtdossier ingetrokken is geworden wegens verjaring, hiermee de kans op tuchtstraf is weg genomen doch de feitelijkheden wel blijven bestaan;

Dat ook deze elementen evenwel geen uitstaans hebben met het voorliggende dossier van de mutatie;".

Uit het voorgaande blijkt dat de verwerende partij wenst te antwoorden op de door de verzoekster opgeworpen grieven, doch uitdrukkelijk aangeeft dat de bestreden beslissing niet wordt geschraagd door deze elementen.

Het tweede middel is, in de mate het ontvankelijk is, niet gegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. In het derde middel voert de verzoekster de schending aan van de hoorplicht.

Beoordeling

7.2. De verzoekster stelt in haar toelichtende memorie dat met de vervangende beslissing van 21 juni 2011 is voldaan aan de hoorplicht, zodat het derde middel niet meer moet worden onderzocht.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekster wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 mei 2012, 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**