

NIEUWSBRIEF

3e kwartaal 2007
Jaargang 2, nr. 2

STUIVER
advocaten **WEIJLING**
ambtenarenrecht en arbeidsrecht

Leidse Rijn 23, Postbus 98, 3454 ZH De Meern
www.stuiverenweijling.nl, info@stuiverenweijling.nl, tel. 030 669 1200

Internet- en e-mail-gebruik

Heden ten dage is het gebruik van internet en e-mail onontbeerlijk voor de dagelijkse gang van zaken op de werkvloer. Hoe dient men hier mee om te gaan, wat is privé-gebruik, wat is toelaatbaar en wat hoeft men niet te accepteren? Naast diverse beleidsregels en voorschriften van de overheid over dit onderwerp, heeft ook de CRvB zich inmiddels zo'n 14 keer over dit fenomeen gebogen. In dit artikel wordt voornamelijk aan de rechtspraak aandacht geschonken.

Uniforme voorschriften

Inmiddels zijn er voor de overheid uniforme voorschriften voor het (privé)gebruik van e-mail en internet en de controle daarop verschenen, daarbij is ook aandacht voor de vermenging van functioneel- en privé-gebruik.

De Registratiekamer heeft richtlijnen gepubliceerd ten aanzien van de controle op (privé)gebruik van e-mail en internet. De hoofdlijn daarbij is, dat het gebruik dat werknemers maken van e-mail en internet door de werkgevers zo veel mogelijk ontzien moet worden. De werkgever dient hierbij de privacy van de medewerker te respecteren en kan het zakelijk en privé-gebruik van deze faciliteiten door individuele medewerkers slechts onder bepaalde voorwaarden observeren. Uitgangspunt is, dat internet- en e-mailgebruik in beginsel geschiedt voor zakelijke doeleinden. Privé-gebruik is op kleine schaal toegestaan, en dan uitsluitend voor zover het een goede functievervulling niet schaadt. De goede functievervulling is de norm. Als daaraan geen afbreuk wordt gedaan, dan mag internet en e-mail ook worden gebruikt voor andere doeleinden. Wat dat in de praktijk betekent wordt hierna, aan de hand van rechtspraak, uitgewerkt. Bovenmatig niet-zakelijk gebruik kan worden opgevat als gebruik in strijd met hetgeen een goed ambtenaar betaamt en kan leiden tot rechtspositionele sancties, zowel bij wijze van straf als ontslag wegens functionele ongeschiktheid.

Het privé-gebruik kan door de werkgever beperkt wor-

Stuiver & Weijling Advocaten is gespecialiseerd op het terrein van arbeidszaken: ambtenarenrecht, arbeidsrecht en sociaal zekerheidsrecht. Het kantoor treedt op voor werkgevers- en werknemers in de overheids- en non-profit-sector. Wij rekenen het tot onze taak onze werkgeverscliënten op de hoogte te houden van relevante ontwikkelingen op ons vakgebied. Wij worden dagelijks geconfronteerd met vragen van P&O-medewerkers. In onze nieuwsbrief geven wij onder andere antwoord op deze vragen en willen wij voorzien in een informatiebehoefte naar specifieke, sector-eigen, praktische kennis van dagelijkse problemen die leven op een afdeling P&O bij de overheid

In dit nummer

| | |
|---|---|
| Internet- en e-mailgebruik | 1 |
| Financiële regelingen bij ontslag | 1 |
| Aspecten en Ambtenarenrecht | 4 |
| Jurisprudentie solliciterende ambtenaar | 4 |

den wanneer deze hiervoor regels opstelt. Deze regels behoeven de instemming van de ondernemingsraad en dienen aan de medewerkers bekend gemaakt te worden, vandaar de huidige wet- en regelgeving. E-mail van bedrijfsartsen en OR-leden dient ontzien te worden door de werkgever.

E-mail- en internetgebruik in de rechtspraak

Inmiddels zijn er in de gangbare rechtspraakbronnen voor het ambtenarenrecht, vanaf 2001 tot en met april 2007, een behoorlijk aantal uitspraken aan te treffen die het gebruik van e-mail- en/of internet betreffen (zie onder andere in het Tijdschrift voor Ambtenarenrecht en op www.rechtspraak.nl). Als meest recente uitspraken noemen we CRvB 12 april 2007, LJN BA3103 en CRvB 12 april 2007, LJN BA3110. Ook zijn er enkele uitspraken gevonden die de gevolgen voor de WW-uitkering in kaart brengen.

De behandelde zaken hadden betrekking op het, al dan niet in weerwil van geldende personele regelingen en individuele aanwijzingen, (bij herhaling) bezoeken van (kinder)porno-sites, het downloaden van dergelijke materialen en "illegale" softwareprogramma's en muziekbestanden, het in- en extern doorsturen daarvan, seksueel intimiderende e-mails, buitensporig seksistisch, deels pornografisch getint (inclusief seksueel getinte afbeeldingen), e-mailgebruik.

Zie *Internet* op pagina 3

Financiële regelingen bij ontslag

In het ambtenarenrecht ontbreekt een uniforme regel voor het vaststellen van wat een redelijke vergoeding is bij ontslag. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) heeft in het verleden steeds geoordeeld, dat de kantonrechttersformule zich niet leent voor

toepassing in geschillen betreffende de ambtelijke rechtspositie. In een recente uitspraak (10 mei 2007) heeft de CRvB de deur voor toepassing van de kantonrechttersformule echter op een kier gezet.

Zie *Financiële regelingen* op pagina 2

Vervolg van *Financiële regelingen* op pagina 1

De kantonrechtersformule

In het reguliere arbeidsovereenkomstenrecht wordt bij ontslag doorgaans een ontslagvergoeding aan de werknemer toegekend op basis van de zogenaamde kantonrechtersformule. De formule luidt: $A \times B \times C$. A staat voor het maandloon en vaste emolumenten (zoals vakantiegeld en eindejaarsuitkering), B staat voor gewogen dienstjaren. Daarbij gelden dienstjaren doorgebracht bij de werkgever tot het 40ste levensjaar voor 1, van het 40ste tot 50ste levensjaar voor 1,5 en vanaf de 50 voor twee. In de factor C komt tot uitdrukking in wiens risicosfeer het ontslag ligt. Als de werknemer meer verwijtbaar heeft gehandeld wordt de factor op minder dan 1 of zelfs op 0 gesteld. Als de werkgever steken heeft laten vallen, kan de factor C op doorgaans 2, maar ook op 4 of, in hele extreme situaties, nog hoger worden gesteld. Dat biedt werkgever en werknemer een duidelijk handvat op basis waarvan zij kunnen onderhandelen. De discussie spitst zich toe op de vraag in wiens risicosfeer het ontslag ligt. Als partijen er niet uitkomen, stelt de kantonrechter in een ontbindingsprocedure de ontslagvergoeding vast.

Ontslag in het ambtenarenrecht

In zijn algemeenheid is er bij een gedwongen ontslag in het ambtenarenrecht geen grond voor het toekennen van een ontslagvergoeding. Bij ontslag wegens ziekte, reorganisatieontslag en ontslag wegens ongeschiktheid anders dan wegens ziekte kan de ambtenaar in beginsel aanspraak maken op wettelijke en bovenwettelijke uitkeringen. Slechts bij een zogenaamd ontslag op andere gronden, bijvoorbeeld een vertrouwensbreuk, onverenigbaarheid van karakters of impasse in de arbeidsrelatie, kan aanleiding bestaan bovenop de wettelijke en bovenwettelijke uitkering een "plus" toe te kennen. Bij een ontslag op andere gronden dient het bestuursorgaan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, tenminste een uitkering op grond van de WW en de bovenwettelijke uitkering te garanderen. Dat wil zeggen, dat als de omstandigheden daartoe aanleiding geven, een uitkering meer dient te bedragen dan de WW- en bovenwettelijke uitkering.

Wat is een redelijke "plus"?

In een uitspraak van 9 december 2004, TAR 2005, 34, heeft de Centrale Raad van Beroep uitgesproken dat het toepassen van de kantonrechtersformule in ambtenarenzaken niet voor de hand ligt, omdat die formule is ontwikkeld voor gevallen van loonderving, waarin niet, (mede) door ambtelijke rechtspositieregelingen, wordt voorzien.

De CRvB geeft in zijn jurisprudentie weinig tot geen richtlijnen over het vaststellen van de hoogte van deze "plus". De CRvB stelt de vergoeding ook niet zelf vast, maar toetst of het bestuursorgaan in redelijkheid heeft kunnen volstaan met de toegekende uitkering. Die toets houdt rekening met het aandeel van betrokken partijen in het ontstaan en voortbestaan van het conflict.

Hoe zich dat vertaalt tot een concreet bedrag is niet inzichtelijk, c.q. een toverspreuk, die slechts de leden van de CRvB kennen.

In een geval waarin het bestuursorgaan in overwegende mate verantwoordelijk was voor het ontstaan en voortbestaan van een verstoorde verhouding vond de CRvB een bedrag van € 26.000,- bijvoorbeeld voldoende (CRvB 11 januari 2007, LJN AZ6774). De betreffende ambtenaar was ongeveer twee jaar in dienst. Naar schatting (betrokkene had een hoog salaris) betekent dat ongeveer 4 maand-salarissen. Uitgaande van de kantonrechtersformule zou dat een factor twee betekenen.

De CRvB neemt in de overwegingen mee dat betrokkene ook zelf een - niet verwaarloosbaar - aandeel heeft gehad in de verstoorde verhoudingen. Verder overweegt de Raad dat het bij een regeling als hier aan de orde, niet gaat om een schadevergoeding waarmee de gevolgen van het ontslag geheel worden weggenomen.

Bij het ten onrechte niet verlengen van een tijdelijk dienstverband, is de kantonrechtersformule ook niet van toepassing, maar mag als uitgangspunt worden genomen een fictieve verlenging van het dienstverband en de over die periode geleden loonschade (CRvB 22 februari 2002, TAR 2007,88). Een dergelijke benaderingswijze wordt door de Raad ook geaccepteerd bij het intrekken van een aanstellingsbesluit (CRvB 14 april 2007, LJN BA4242).

De deur op een kier?

In een recente uitspraak (CRvB 10 mei 2007, LJN BA5881) heeft de Centrale Raad van Beroep zich uitgelaten over een zaak waar een bestuursorgaan bij het verlenen van ontslag op andere gronden de kantonrechterformule gebruikt heeft om de hoogte van de vergoeding vast te stellen. Daarbij heeft het bestuursorgaan niet het standpunt ingenomen, dat de kantonrechtersformule als zodanig van toepassing is in het ambtenarenrecht, maar veeleer een aanknopingspunt willen zoeken om de diensttijd, de leeftijd van betrokkene en diens positie binnen de organisatie in de ontslaguitkering te verdisconteren. De uitkomst van deze berekening is door het bestuursorgaan op juistheid getoetst in het licht van alle omstandigheden, waaronder het eigen aandeel in de verstoorde verhoudingen. De kantonrechtersformule als zodanig is dus niet doorslaggevend geweest voor de hoogte van de aanvulling. Factor C is door het bestuursorgaan op 1 gesteld. Deze overwegingen zijn voor de Raad geen grond het besluit om die reden te vernietigen. De Centrale Raad van Beroep vindt het, met een schuin oog kijken naar de kantonrechtersformule, met andere woorden, niet op voorhand onredelijk. Als maar duidelijk is dat de formule niet direct van toepassing is.

Zie *Financiële regelingen* op pagina 3

Vervolg van *Internet* op pagina 1

Alle uitspraken in samenhang beschouwend is uit deze rechtspraak een aantal lijnen te distilleren.

- Indien er sprake is van ongewenst e-mail- en internetgebruik kan dat leiden tot disciplinaire maatregelen wegens plichtsverzuim, óók (voorwaardelijk) ontslag. Ontslag wegens functionele ongeschiktheid kan evenzeer aan de orde zijn. Er is een duidelijke lijn waarneembaar, die er op neerkomt dat overheidswerkgevers, gesteund door de opvattingen van de Raad, vaker geneigd zijn te grijpen naar ontslag wegens plichtsverzuim.
- Niet in alle zaken was sprake van een e-mail/internet-protocol. Indien dat er wel is, worden zowel het gedrag van de werkgever als dat van de ambtenaar aan dat protocol getoetst.

Het door de werkgever niet naleven van het protocol wordt hem aangerekend, omdat het protocol ook de persoonlijke levenssfeer van de ambtenaar beoogt te beschermen. In strijd met het protocol verkregen bewijs, bijvoorbeeld vanwege de overschrijding van de daarin opgenomen bezwaartermijn, mag niet worden gebruikt.

- Verdragsrechtelijke en grondwettelijke aspecten worden, indien aangevoerd, getoetst.
- Daar waar wordt geconcludeerd dat sprake is van plichtsverzuim, wordt dat plichtsverzuim onder meer gebaseerd op:
 - handelen in strijd met de in de rechtspositie opgenomen artikelen en, indien aanwezig, het protocol;
 - functionele eisen;
 - zo moet een onderwijzer, op het terrein van seksualiteit in relatie tot kinderen, van onbesproken gedrag zijn en moet een beheerder van ICT-systemen, zeker gezien zijn positie in de organisatie, de materialen waarmee hij omgaat en de aard van de functie (vertrouwensfunctie) beseffen dat er hoge eisen aan hem worden gesteld met betrekking tot integriteit en het nakomen van de bij het uitvoeren van de werkzaamheden geldende voorschriften;
 - het op ernstige wijze geschaad zijn van het vertrouwen dat in de functionaris gesteld mocht worden;

- schade aan het imago van de werkgever, de aan de werkgever verbonden werknemers en de cliënten die de werkgever bezoeken;
- gedrag dat wordt gekwalificeerd als zeer schadelijk voor de ambtelijke organisatie en het aanzien van de werkgever;
- het feit dat de ambtenaar zich in een kwetsbare situatie heeft begeven en zich niet heeft gedragen zoals een goed ambtenaar in de functie behoorde te doen;
- het feit dat met dit gedrag afbreuk is gedaan aan het aanzien van de werkgever als fatsoenlijke en integere overheidsinstantie;
- het meerdere malen normoverschrijdend gedrag vertonen dat niet past binnen een publiekrechtelijke organisatie als die van de werkgever, dat schadelijk is voor de ambtelijke organisatie en het aanzien van de werkgever. Daar komt nog bij dat de ambtenaar zijn gedrag heeft voortgezet nadat hem verzocht was, door de ontvanger, de verzending te staken.

Indien wordt vastgesteld dat de ambtenaar, zeker indien hij een (leidinggevende) voorbeeldfunctie vervult, de geldende kenbare voorschriften heeft geschonden en in die voorschriften duidelijk kenbaar is gemaakt dat schending daarvan tot (straf)ontslag kan leiden, moet de ambtenaar er ernstig rekening mee houden, dat hij, bij schending van de voorschriften, (disciplinair) kan worden ontslagen. Daaraan doet niet af dat er slechts sprake is van e-mailverkeer van geringe omvang en dat de werkgever en de aldaar werkzame personen er geen schade van hebben ondervonden.

Gevolg van een of meer van de hiervoor beschreven vaststellingen kan zijn, dat sprake is van verwijtbare werkloosheid in de zin van de Werkloosheidswet, hetgeen het UWV kan noodzaken tot het opleggen van de maatregel van blijvende gehele of gedeeltelijke weigering van de WW-uitkering en dus ook bovenwettelijke uitkering.

Vervolg van *Financiële regelingen* op pagina 2

Vervolgens weegt de Centrale Raad van Beroep zelfstandig alle in aanmerking komende feiten en omstandigheden. De conclusie is er een beetje één van "waar twee kijven, hebben er twee schuld". De CRvB komt tot de conclusie dat de getroffen financiële regeling niet onredelijk is. Kennelijk leidt in dit concrete geval het toepassen van de kantonrechtformule tot dezelfde conclusie als de toverspreuk van de CRvB. Kan dat toeval zijn?

Aspecten van Ambtenarenrecht, 12 ½ jaar

Op 1 september 2007 is de vierde geheel herziene en geactualiseerde druk verschenen.

Aspecten van Ambtenarenrecht biedt u al 12½ jaar concrete handreikingen om rechtspositionele vraagstukken aan te pakken. De praktijkervaring van mr. H.S.P. Stui-ver staat garant voor tal van voorbeelden die het ambtenarenrecht voor u inzichtelijk maken.

Dit boek behandelt onder andere: het aangaan en beëindigen van een ambtelijke arbeidsrelatie, reorganisatie en privatisering, functioneren, integriteit, klokken-luiden, e-mail en internet gebruik, ordemaatregelen en ambtenarentuchtrecht, het nieuwe sociale zekerheidsrecht (WIA, pensioenreglement en ontslaguitkeringen) en het procesrecht.

Deze vierde druk is geheel herzien en geactualiseerd naar aanleiding van veranderingen in de wet- en regelgeving, jurisprudentie en nieuwe publicaties op dit vakgebied en bijgewerkt tot 1 mei 2007.

Door de praktische benadering van het ambtenaren-

recht is Aspecten van Ambtenarenrecht bij uitstek geschikt voor praktijkjuristen, advocaten, medewerkers

van vakbonden en van afdelingen rechtspositie en arbeidsvoorwaarden en P&O'ers. In de praktijk is gebleken dat Aspecten van Ambtenarenrecht ook bijzonder geschikt is als studieboek in het hoger beroepsonderwijs, op de bestuursacademies en voor cursussen ambtenarenrecht.

De auteur publiceerde eerder in het Tijdschrift voor Ambtenarenrecht, Tijdschrift Privatisering, het Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht, het Sociaal Maandblad Arbeid, Arbeidsrecht, Het Burgerlijke Ambtenarenrecht en is als redacteur verbonden aan de PZ-gids voor de overheid en de Praktijkgids Ambtenarenrecht.

Dit boek is te bestellen via de knop actueel op onze website: <http://www.stuiverenweijling.nl/actueel.php>, of direct bij de uitgever via de link: <http://www.wolfpublishers.nl/eu/product.php?id=319> en kent een richtprijs van € 42,50.

Nieuwe Jurisprudentie

Jurisprudentiewijziging: afwijzing interne sollicitaties

Tot voor kort werd in de rechtspraak met betrekking tot artikel 8:4 aanhef en sub d Awb aangenomen dat een ambtenaar, die solliciteert naar een andere functie binnen het gezagsbereik van het tot aanstelling en ontslag bevoegde gezag (= interne sollicitatie), niet ontvankelijk is in zijn bezwaar tegen afwijzing van die sollicitatie. Dit was alleen anders als de sollicitatie een functie betrof die paste binnen het loopbaanperspectief of carrièrepatroon van de ambtenaar of als er sprake was van opgewekte verwachtingen op benoeming in de door hem geambieerde functie.

De Centrale Raad van Beroep (CRvB) kondigt thans aan dat de jurisprudentie met betrekking tot artikel 8:4 aanhef en sub d Awb wordt verruimd, in die zin dat een ambtenaar die intern solliciteert in beginsel steeds ontvankelijk is in zijn bezwaar tegen afwijzing van die sollicitatie, ook indien deze functie niet geheel past in het loopbaanperspectief van de ambtenaar. Zolang het gaat om functies binnen het eigen gezagsbereik kan de ambtenaar dus - in beginsel - opkomen tegen een afwijzing van een interne sollicitatie.

De CRvB acht deze verruiming van de jurisprudentie wenselijk vanwege de omstandigheid dat in vergelijkbare situaties voor een ambtenaar rechtsmiddelen van de Awb openstaan. De CRvB doelt hiermee op de mogelijkheid voor een ambtenaar om te verzoeken om een

andere functie (artikel 57 lid 1 ARAR of artikel 2:4:2 CAR/UWO). De afwijzing van een dergelijk verzoek is wel een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit. Daarnaast acht de CRvB niet zonder betekenis dat overheidswerkgevers in toenemende mate ook bij hen in tijdelijke dienst zijnde ambtenaren de gelegenheid geven als interne kandidaat te solliciteren naar een andere functie.

Voor de praktijk betekent deze uitspraak dat het bevoegd gezag vanaf nu, bij het nemen van primaire besluiten en besluiten op bezwaar, met deze veranderde ontvankelijkheid rekening moet houden. Lopende (hoger) beroepsprocedures worden door deze veranderde rechtsopvatting niet getroffen. Immers, in deze procedures moet worden geoordeeld op basis van regelingen zoals die golden ten tijde van het nemen van het besluit op bezwaar. Dat komt anders te liggen indien het besluit op bezwaar wordt vernietigd als uitvloeisel van een beroepsprocedure. In dat geval moet bij het nemen van een nieuw besluit op bezwaar wél met de door de CRvB aangekondigde wijziging van de jurisprudentie rekening worden gehouden.

CRvB 15 november 2006, TAR 2007,26

Disclaimer

Stuiver & Weijling Advocaten heeft de inhoud van deze nieuwsbrief met de grootst mogelijke zorg samengesteld. De informatie in deze nieuwsbrief is bedoeld ter algemene informatie, om nieuwe ontwikkelingen te signaleren en geeft uitdrukkelijk geen volledig overzicht van de inhoud van de diverse regelingen en voorstellen. De informatie is niet bedoeld als vervanging van enig juridisch advies, raadgeving of juridische dienstverlening van welke aard ook. In concrete gevallen dient u altijd deskundig juridisch advies in te winnen. In geen geval aanvaardt Stuiver & Weijling Advocaten aansprakelijkheid voor eventuele schade ten gevolge van gebruik van de geboden informatie, ook indien dit onjuiste of onvolledige informatie betreft.