

RECHTSPRAAK

Verzoek tot ontbinding arbeidsovereenkomst met bankmedewerker vanwege het verrichten van niet gemelde nevenactiviteiten en het structureel gebruik van onder andere zijn werk-e-mail en -laptop voor privédoeleinden (e-grond). Onderzoek zakelijke e-mail toegestaan? Bărbulescu-richtsnoeren. Bewijsopdracht aan zowel werkgever als werknemer.

Feiten

ING heeft, na signalen van fraude, intern onderzoek en monitoring van het e-mailgebruik van werknemer/hypotheekadviseur, ontbinding van de arbeidsovereenkomst met werknemer verzocht vanwege het door hem vermeend verrichten van langdurig niet gemelde nevenactiviteiten en het structureel gebruiken van onder andere zijn werk-e-mail en -laptop voor privédoeleinden. De kantonrechter heeft dit verzoek afgewezen omdat onduidelijk is of ING bij de monitoring van het e-mailgebruik van werknemer heeft voldaan aan de voorwaarden die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak *Bărbulescu* heeft gesteld. De kantonrechter heeft overwogen dat daarom niet kan worden vastgesteld of ING een rechtvaardiging had voor de monitoring van de zakelijke e-mails van werknemer en dat voorts niet kan worden vastgesteld of deze monitoring legitiem en proportioneel is. De kantonrechter was van oordeel dat daarom de beoordeling van het ontbindingsverzoek niet goed mogelijk is en heeft deze afgewezen. ING verzoekt de beschikking van de kantonrechter te vernietigen en te bepalen dat de arbeidsovereenkomst op de kortst mogelijke termijn eindigt. Werknemer verzoekt de bestreden beschikking te bekrachtigen.

Oordeel

Het hof ziet aanleiding om allereerst het meest verstrekkende verwijt van ING aan werknemer, te weten dat sprake is van verwijtbare gedragingen aan zijn zijde die dienen te leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, te beoordelen (de zogenoemde e-grond).

e-grond

ING heeft een onderzoek gestart naar de gedragingen en activiteiten van werknemer. Reden voor dit onderzoek was, zo heeft zij aangevoerd, een anonieme melding in april 2021 over werknemers betrokkenheid bij witwassen, afkomen van geld bij supermarkten waarvan werknemer mede-eigenaar zou zijn en hypotheekfraude. Voor het antwoord op de vraag of de werkgever vrije toegang heeft tot de e-mailbox van de werknemer, zoekt het hof, met

werknemer en de kantonrechter, naast de wet en AVG aansluiting bij de rechtspraak, in het bijzonder de uitspraak van het EHRM van 5 september 2017 in de zaak *Bărbulescu* (ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608). Het EHRM beantwoordde deze vraag aan de hand van zes richtsnoeren of relevante factoren, die bij toetsing een rol spelen. Van de rechter wordt een weging van de genoemde factoren/richtsnoeren verwacht. Daartoe dient de rechter wel in de gelegenheid te worden gesteld. Naar het oordeel van het hof staat vast dat de werknemer vooraf niet geïnformeerd is over (de aard van) de mogelijke monitoring van correspondentie en andere communicatie door de werkgever. De beginselen omtrent proportionaliteit en subsidiariteit zijn verweven in de richtsnoeren. Uit met name richtsnoer i vloeit een, ook in het kader van de AVG (gerechtvaardigd belang van de verwerkingsverantwoordelijke), belangrijk gezichtspunt voort: wat was de *reasonable expectation of privacy* van werknemer als werknemer? Had hij moeten of kunnen weten dat en in welke situaties er gemonitord kon worden en wat die monitoring dan kon inhouden? ING heeft aangevoerd dat zij een gerechtvaardigd belang had de zakelijke e-mails van werknemer te bekijken, namelijk het voorkomen/bestrijden van fraude, witwassen en afromen van geld. Het voorkomen van illegale praktijken is een legitieme reden voor ING om de signalen over strafbare feiten, die de financiële sector raken te controleren. Gelijk de kantonrechter heeft overwogen kan zonder kennis van de aard van de eerder genoemde signalen - en daarmee van een concrete legitieme grond ter rechtvaardiging van deze monitoring - niet goed worden vastgesteld of de monitoring aan de vereisten van proportionaliteit heeft voldaan. Ook kan niet worden vastgesteld of de verwijten die ING werknemer maakt en die zij aan het ontbindingsverzoek ten grondslag heeft gelegd, direct verband houden met deze signalen of dat sprake is van 'bijvangst'.

Bewijslevering

ING wordt overeenkomstig haar aanbod toegelaten tot het leveren van bewijs van haar stellingen, in het bijzonder dat er voldoende reden was voor onderzoek van de e-mails van werknemer, en dus sprake was van een 'redelijke verdenking'. De resultaten van deze bewijslevering kunnen voorts van belang zijn voor het antwoord op de vraag of - in het geval het verzoek tot ontbinding alsnog zou slagen - sprake is van ernstige verwijtbare gedragingen aan de zijde van werknemer, die aanleiding zouden moeten zijn om de transitievergoeding niet toe te kennen, zoals ING heeft gesteld en werknemer heeft betwist. Ten aanzien van de vermeerdering van eis door werknemer oordeelt het hof dat dit in strijd is met de tweeconclusieregel, hetgeen onverlet laat dat het een partij wel is toegestaan bij een latere aangelegenheid een eerdere stelling alsnog uit te werken. Het hof laat daarom werknemer toe te bewijzen dat er zonder voldoende aanleiding of grond, onderzoek naar hem en zijn zakelijke e-mailgebruik is gedaan.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 05-07-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:6203

Zaaknummer: 200.307.830

Rechters: M.F.J.N. van Osch, M.P.C.J. van Bavel en H.M.J. van der Hurk

Advocaten: S. Wehl en H. Giard

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 sub e BW, 7:671 BW, 22 Rv