

Schorsing en ontslag (schending privacy)

1. Ontstaan en loop van het geding

Bij brief van 27 augustus 2013, bij de commissie ingekomen op 28 augustus 2013, is appelland in beroep gekomen van een beslissing van verweerster d.d. 17 juli 2013 tot (verlenging van de) schorsing van appelland voor de duur van maximaal 6 maanden. Bij brief van 3 september 2013, bij de commissie ingekomen op 4 september 2013, is appelland in beroep gekomen van het besluit van verweerster van 29 augustus 2013 tot ontslag van appelland. Van verweerster is een verweerschrift ontvangen, gedateerd 30 september 2013. Beide partijen hebben producties overgelegd. Op 13 december 2013 is het beroep ten overstaan van de commissie te Eindhoven mondeling behandeld. Appelland was aanwezig, bijgestaan door zijn gemachtigde. Namens verweerster waren aanwezig de heer, algemeen directeur, mevrouw, schooldirecteur en mevrouw, personeelsadviseur, bijgestaan door de gemachtigde. De gemachtigde van appelland heeft een pleitnota overgelegd. Na de zitting heeft verweerster, op verzoek van de commissie, een verklaring van een anonieme collega van appelland aan de commissie doen toekomen, die ook aan appelland ter kennis is gebracht.

2. De feiten

Appelland is 38 jaar als docent in dienst van (de rechtsvoorganger van) verweerster. Laatstelijk was hij werkzaam aan de-vmbo-school. Onder de naam "pelsluis" en "klokkenluiders" heeft appelland in de periode einde 2011/begin 2012 een aantal anonieme e-mails verstuurd aan (ex) medewerkers van zijn school en aan de algemeen directeur. In deze anonieme e-mails laat appelland zich in forse en grievende bewoordingen negatief uit over de (leiding van de) school. De identiteit van de verzender van deze e-mails bleef geheim, totdat appelland medio juni 2013 zijn persoonlijke g-mailaccount twee dagen open had laten staan op een zich in een schoollokaal bevindende computer. Een collega van appelland heeft in die periode de betrokken e-mails opgezocht, uitgeprint en is daarmee op 16 juni 2013 naar de algemeen directeur gegaan. Op diezelfde dag heeft de algemeen directeur van verweerster appelland geconfronteerd met de vondst en hem medegedeeld dat hij per direct geschorst zou worden bij wijze van ordemaatregel. Bij brief van 18 juni 2013 heeft verweerster de spoedschorsing bevestigd. Tegen deze beslissing is geen beroep ingesteld. Op 24 juni 2013 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen partijen, waarbij appelland werd vergezeld van zijn advocaat. Daarbij zijn kopieën van de betrokken e-mails aan appelland en zijn advocaat ter hand gesteld. Bij brief van 26 juni 2013 heeft verweerster haar voornemen tot het besluit om de (spoed)schorsing te verlengen medegedeeld en bij brief van 4 juli 2013 heeft verweerster het voornemen tot het besluit inzake het ontslag als een disciplinaire maatregel medegedeeld. Bij brief van 12 juli 2013 heeft de advocaat van appelland zijn zienswijze ten aanzien van het voorgenomen ontslag en de voorgenomen verlenging van de schorsing overgebracht. Vervolgens heeft verweerster bij brieven van 17 juli en 29 augustus 2013 de bestreden besluiten tot verlenging van de schorsing en tot ontslag genomen.

3. De standpunten van partijen

Appelland legt het navolgende aan zijn beroepen ten grondslag.

Ten aanzien van de schorsing

De door de werkgever ingeslagen weg lijkt slechts tot doel te hebben appelland de nodige rechtspositionele schade te berokkenen. Dit is in strijd met goed werkgeverschap. De schorsing ontbeert een deugdelijke grondslag. De aangehaalde e-mailberichten rechtvaardigen niet de conclusie dat in 2013 sprake was van dermate laakbaar handelen van appelland dat dit noopte tot een schorsing en tot het beëindigen van een 38-jarig dienstverband. Op 24 juni 2013 is aan appelland, in het kader van een kennelijk door verweerster beoogde door appelland af te leggen verantwoording, een stapel uitgeprinte e-mailberichten uitgereikt. Na een verzochte pauze heeft appelland ze globaal bekeken en heeft hij geconstateerd dat het hoofdzakelijk privé e-mailberichten betrof. Eén e-mailbericht van appelland aan de algemeen directeur vond appelland gênant en onbeschoft. Tijdens het gesprek heeft hij daarvoor zijn excuses aangeboden. De door verweerster geschetste gang van zaken die tot de privacy schending heeft geleid moet als niet plausibel worden aangemerkt. Verweerster ontving kennelijk een stapel e-mailberichten van een

medewerker en besloot appellant te schorsen teneinde een onderzoek te verrichten. Overigens is niet gebleken welk nader onderzoek verweerster daadwerkelijk heeft verricht. Verweerster beschikte immers ten tijde van de initiële schorsing reeds over door de medewerker uitgeprinte e-mailberichten en had op basis daarvan al een oordeel geveld over de rechtspositie van appellant.

Vast staat dat hetzelfde feitencomplex zowel aan de schorsing als aan het voorgenomen ontslag ten grondslag ligt. Om die reden heeft appellant dezelfde bezwaren aangevoerd ter betwisting van de besluitvorming van verweerster.

Ten aanzien van het ontslag

De aanleiding voor het ontslag is de ernstige schending van de privacy van appellant door een collega. Deze collega heeft op 17 juni 2013, zonder scrupules en vermoedelijk minuten lang de privé e-mail van appellant doorzocht. Het argument dat appellant niet had uitgelogd doet aan de gestelde privacyschending niet af. Het recht op privacy is een van de wezenlijke grondrechten die een burger conform het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) is toegekend. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en van de Nederlandse burgerlijke rechter inzake artikel 8 EVRM blijkt dat schending van het grondrecht door een werkgever niet zonder meer is gerechtvaardigd. Appellant heeft onder meer de nadruk gelegd op aspecten betreffende:

- de ernstige schending van zijn grondrecht tot privacy en de daarmee samenhangende jurisprudentiële normen;
- de door verweerster geschetste ongeloofwaardige gang van zaken die tot genoemde schending heeft geleid;
- de "beloning" van een niet integere collega door het gebruikmaken van het "product" van de privacy schending;
- het achterwege laten van een onderzoek ten tijde van de verzending door appellant van de gewraakte e-mailberichten te meer nu verweerster thans, in 2013, voorwendt al in 2011 allerlei verbeterplannen te hebben willen doorvoeren;
- de wijze waarop verweerster rekening heeft gehouden met het feit dat sedert de verzending van e-mailberichten sprake is van een niet onaanzienlijk tijdsverloop;
- het feit dat appellante met beide directeuren, de schooldirecteur en de algemeen directeur, in de periode na de doodgebloede actie van appellant in 2012 en 2013 een zeer goede verstandhouding had opgebouwd;
- de omstandigheid dat de collega's van appellant destijds geen of weinig aandacht aan de actie hadden besteed omdat zij het niet de moeite waard achtten, zodat om die reden snel sprake was van een mislukking van de actie zonder noemenswaardige invloed op de sfeer;
- het feit dat appellant reeds 38 jaar werkzaam is bij verweerster en meerdere rechtsvoorgangers;
- de afweging van verweerster om op grond van de genoemde omstandigheden niet te kunnen volstaan met een (ernstige) reprimande doch ontslag, dat als ultimium remedium geldt, als enige optie in aanmerking neemt.

Het feit dat volgens verweerster sprake zou zijn van plichtsverzuim betekent niet dat die kwalificatie enkel dient te leiden tot ontslag. Het komt immers aan op de motivering van de kwalificatie plichtsverzuim en de gevolgen welke zoals appellant eerder heeft aangegeven in samenhang met de proportionaliteitstoets als niet deugdelijk dient te worden aangemerkt.

Tot slot merkt appellant op dat de opzegtermijn niet in acht is genomen.

Verweerster stelt daar het navolgende tegenover.

Ten aanzien van de schorsing

Er zijn geen redenen om het beroep tegen de verlenging van de schorsing gegrond te verklaren. De schorsingen waren noodzakelijk om tijd te creëren voor onderzoek en besluitvorming. Toen eenmaal duidelijk was hoe de feiten lagen, was verlenging van de schorsing noodzakelijk omdat de werknemer die zich zo onbetrouwbaar heeft getoond niet op de werkvloer werd getolereerd. Verweerster heeft geen enkel vertrouwen meer in

appellant en zou zonder schorsing de vrees hebben dat appellant in de laatste periode opnieuw schade zou aanrichten.

Ten aanzien van het ontslag

Appellant heeft eind 2011/begin 2012 anonieme negatieve e-mails onder het personeel verspreid en heeft ook anoniem onbehoorlijke en leugenachtige e-mails aan de algemeen directeur verzonden. Op zeer schijnheilige wijze heeft appellant naar de schooldirecteur toe de indruk gewekt dat hij juist loyaal en meedenkend was.

De e-mails zijn geen echte klokkenluiders acties. Een klokkenluider probeert misstanden aan de kaak te stellen door ze openbaar te maken. Verweerster heeft een regeling die personeel duidelijkheid biedt over vragen als wanneer er sprake is van een redelijk vermoeden van een ernstige misstand en hoe procedureel te handelen bij zo'n vermoeden. Deze procedure heeft appellant niet gevolgd. Zijn e-mails betreffen ook niet het melden van een misstand maar het uitlokken van collega's of het opstoken van collega's op basis van niet meer dan geruchten. Er is sprake van subversief gedrag jegens de directie en van opzetten van collega's tegen elkaar. De suggestie van het voortrekken van medewerkers met een islamitische achtergrond is een bijzonder valse en subversieve roddel omdat de schooldirecteur een islamitische achtergrond heeft. Appellant beschuldigt aldus zijn directeur van racisme en vriendjespolitiek en zaait onrust onder de verschillende medewerkers. Het personeel heeft veel last gehad van de anonieme e-mails van appellant. Appellant weigerde in te zien dat zijn gedrag zonder meer plichtsverzuim oplevert. Het kennismaken van e-mails uit de privébox staat in zijn algemeenheid op gespannen voet met de privacy. In dit geval kreeg de directeur van een medewerker ongevraagd een set e-mails in handen met een enorm belangrijke strekking. Door deze e-mails werd namelijk het bewijs verkregen wie er destijds de pelsluis en de klokkenluider Heldring was geweest. In die situatie kan niet van de werkgever verwacht worden dat zij deze informatie ongebruikt ter zijde legt. Ook van een medewerker mag bij het inzien van e-mails niet worden verwacht dat deze in het kader van de privacy ter zijde worden geschoven. Hiervoor hebben de e-mails te forse gevolgen gehad voor de relaties in het personeelsteam. Verweerster wijst erop dat de werknemer zelf de betreffende informatie min of meer openlijk op het scherm van zijn werk-pc heeft achtergelaten.

Bij de belangenafweging is wel degelijk afgewogen het langdurig dienstverband van appellant. Verweerster merkt op dat zij vanaf juni 2013 tot de ontslagdatum 5 maanden salaris doorbetaalt zonder dat daar arbeid tegenover staat. Bij ontslag zonder inachtneming van een opzegtermijn is de kans groter dat een uitkering zal worden toegekend, waarvan verweerster 25% rechtstreeks moet betalen. Verweerster is van mening dat zij in redelijkheid tot opzegging heeft kunnen komen wegens plichtsverzuim. In ieder geval is sprake van redenen van gewichtige aard, nu iedere vertrouwensrelatie is komen te ontbreken.

Indien de opzegtermijn niet in acht is genomen, zal dit worden hersteld.

4. De motivering

Ten aanzien van het ontslag

Vast staat dat appellant anonieme e-mails met een qua inhoud en toonzetting subversieve en grievende strekking jegens de school en de schooldirecteur heeft verzonden aan de directie en aan (oud)medewerkers van de school.

De vraag is echter of het bewijs van dit handelen onrechtmatig is verkregen en zo ja, of dit bewijs dan in dit geding mag worden gebruikt.

Uitgangspunt is dat geen inzage mag worden genomen in de privémails van een werknemer, omdat daardoor inbreuk wordt gemaakt op diens privacy. Onder de navolgende voorwaarden is daarop een uitzondering mogelijk:

- a. voor de werknemer was kenbaar of had kenbaar kunnen zijn dat zijn e-mailberichten door de werkgever zouden worden gecontroleerd;
- b. er is een gerechtvaardigd doel;
- c. er is voldaan aan de proportionaliteitseis.

De commissie is van oordeel dat er inbreuk is gemaakt op de privacy van appellant. De collega die onderzoek heeft gedaan naar de inhoud van de privémails van appellant had dit niet

mogen doen. Dat appellant zijn account twee dagen open had staan, doet daaraan niet af. Ook doet daaraan niet af dat, volgens de verklaring van de betrokken collega, zijn aandacht zou zijn getrokken door een openstaande pagina met de vermelding "klokkenluider". Vast staat immers dat vervolgens ook andere privépagina's zijn doorzocht en uitgeprint. Overigens is de door de betrokken collega in de overgelegde verklaring omschreven gang van zaken onvoldoende komen vast te staan. De verklaring is immers anoniem afgelegd en ook anoniem gebleven. Daardoor heeft de commissie geen gelegenheid gehad de deugdelijkheid van deze verklaring, die bij de commissie een aantal vragen heeft opgeroepen, te beoordelen.

Niet is komen vast te staan dat de inbreuk op de privacy werd gelegitimeerd doordat aan alle drie hiervoor genoemde voorwaarden was voldaan. De door verweerster overgelegde anonieme verklaring neemt de schimmigheid rondom het verkrijgen van de informatie niet weg.

Het door het handelen van de collega verkregen bewijs is derhalve naar het oordeel van de commissie onrechtmatig verkregen.

De omstandigheid dat bewijs onrechtmatig is verkregen brengt, anders dan in het strafrecht, nog niet noodzakelijkerwijs mee dat het gebruik van het bewijs in het civiele recht ook onrechtmatig is en dat in een beslissing geen acht mag worden geslagen op het bewijs. Ook het belang van de waarheidsvinding speelt een rol en afgewogen dient te worden welk belang prevaleert. Bij deze afweging zijn de omstandigheden van het geval van belang, waarbij onder meer dient te worden gelet op de ernst van het gebleken gedraging en de wijze waarop de inbreuk op de privacy heeft plaatsgevonden en de mate waarin dit aan de werkgever te wijten is.

Wat betreft de handelwijze van appelland oordeelt het college dat er na het verschijnen van de anonieme e-mails sprake is geweest van veel commotie, met name bij de schooldirecteur over de grievende en depreciërende uitlatingen in de e-mails, zowel gericht tegen de school als aan haar persoonlijk. Weliswaar mag worden aangenomen dat het verstrijken van de tijd de wonden grotendeels heeft geheeld, maar voldoende aannemelijk is dat door het bekend worden van de identiteit van de adressant de oorspronkelijke uitwerking van de e-mails, met name met betrekking tot de persoon van de schooldirecteur, weer actueel geworden.

De verkrijging van het bewijs heeft, naar de commissie aanneemt, op slinkse wijze door een werknemer plaatsgevonden, maar niet is gebleken of aannemelijk geworden dat verweerster daar in eerste instantie zelf bij betrokken is geweest. Niet kan worden geoordeeld dat verweerster enig verwijt treft met betrekking tot de enkele kennisneming van de mededeling door de betrokken werknemer over de identiteit van appelland als adressant van de anonieme mails. Onder die omstandigheden is de keuze om kennis te nemen van de inhoud van de e-mails, waarvan de inhoud overigens al lang bij verweerster bekend was, niet zodanig ernstig verwijtbaar dat er uit dien hoofde geen gebruik zou mogen worden gemaakt van het bewijs.

Alles bijeengenomen en tegen elkaar afwegende is de commissie van oordeel dat het bewijs niet is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen een behoorlijk werkgever betaamt dat dit bewijs buiten beschouwing moet blijven.

Door het bekend worden van de identiteit van appelland is een situatie ontstaan waarin samenwerking onmogelijk is geworden, doordat het vertrouwen in appelland is geschaad. Dit klemt temeer nu in de afgelopen jaren appelland een regelmatig, goed en constructief contact met de schooldirecteur onderhield, waarin hij zich op negatieve wijze over de adressant van de anonieme e-mails uitliet. Daarbij komt dat appelland ook in het kader van de onderhavige procedure, behoudens het aanbieden van excuus voor de toonzetting van één e-mail, geen afstand heeft genomen van zijn handelwijze, hetgeen eens te meer handhaving van de dienstbetrekking in de weg staat.

Het voorgaande betekent dat het ontslag op redelijke gronden is gegeven.

Als al het plichtsverzuim onvoldoende zou zijn om daarop de beëindiging van een zo langdurig dienstverband te baseren, dan is in ieder geval sprake van gewichtige omstandigheden als bedoeld in artikel 9.a.5., lid 9, van de CAO-VO.

Het beroep tegen het ontslag zal daarom ongegrond worden verklaard.

Ten aanzien van de schorsing

De schorsing heeft plaatsgevonden op de in artikel 9.a.6., lid 2 aanhef en sub d van de CAO-VO genoemde grond dat sprake was van een voornemen tot opzegging.

Voor het geoorloofd zijn van een dergelijke schorsing is slechts de effectuering van de (voornemen)procedure vereist. Nu deze effectuering heeft plaatsgevonden, is daarmee de gegrondheid van de schorsing gegeven.

Ook dit beroep is daarom ongegrond.

5. De beslissing

De commissie:

verklaart de beroepen ongegrond.

Deze beslissing is gegeven in Eindhoven op 13 december 2013 door
mr. H.P.H. van Griensven, voorzitter, J.M.P. Drijkoningen, W.G.A. van der Geest, mr. L.P. Bosma
en mr. J.M.J. Godrie, leden, in tegenwoordigheid van G.H. Gerritsen, secretaris.