

RECHTSPRAAK

AVT Industrial Components B.V./werknemer

Kopieren van ruim 2455 prijscalculaties op usb-stick leidt niet tot ernstig verwijtbaar handelen. Artikel 81 RO.

Feiten

(Cassatieberoep van AR 2016-0998.) Werknemer (geboren 1966) is op 2 april 1990 in dienst getreden bij AVT als commercieel en technisch binnendienstmedewerker. De laatste functie die werknemer heeft vervuld is die van marketing- en salesmanager, met een salaris van € 7.498,79 bruto per maand. Op de arbeidsovereenkomst is een bedrijfsreglement van toepassing. Hierin is een geheimhoudingsbeding opgenomen, alsmede een internetprotocol, inhoudende dat er geen gegevens over de werkgever en klanten mogen worden verstuurd aan derden. Werknemer heeft volgens werkgever in totaal 2455 prijscalculaties op een usb-stick gezet. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden. Anders dan de kantonrechter oordeelde is er volgens het hof geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen in de zin van artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW. AVT is dan ook de volledige transitievergoeding van € 89.760,48 bruto verschuldigd. Tegen dit oordeel keert AVT zich in cassatie.

Conclusie A-G (De Bock) – ernstig verwijtbaar handelen of nalaten

Wat precies moet worden verstaan onder ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, is in de wetsgeschiedenis niet nader omschreven. Te lezen is dat, omdat een van de doelen van de WWZ het vereenvoudigen van het ontslagrecht en het bevorderen van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid is, in mindere mate rekening gehouden is met het feit dat in ontslagzaken de verwijtbaarheid over en weer verschillende gradaties kent. ‘Gewoon’ verwijtbaar handelen of nalaten leidt daarmee niet tot het verlies van de transitievergoeding. Dat laatste doet zich alleen voor indien sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Nu ‘gewoon’ verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer wel een van de opzeggingsgronden van artikel 7:669 BW is, namelijk die in lid 3 onderdeel e (‘de e-grond’), betekent dat dat in een dergelijk geval de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden, mét toekenning van de transitievergoeding. Er zijn in de feitenrechtspraak al veel uitspraken gedaan waarin is geoordeeld over de vraag of sprake was van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Veel gevallen waarin ernstig verwijtbaar handelen is vastgesteld, sluiten aan bij de in de wetsgeschiedenis genoemde voorbeelden: fraude of diefstal, seksuele intimidatie, het structureel niet-naleven van re-integratievoorschriften, het herhaaldelijk en

zonder deugdelijke reden niet verschijnen op het werk, het handelen in verdovende middelen, het verstrekken van onjuiste informatie over identiteit en opleiding bij sollicitatie, het openen van vertrouwelijke poststukken, het onbevoegd uitschrijven van recepten door een doktersassistente, agressief en intimiderend gedrag jegens collega's, het besturen van een bedrijfsbusje met cliënten onder invloed van alcohol, en het onbevoegd raadplegen van een elektronisch patiëntendossier. In al deze gevallen was de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd. Het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten' valt niet samen met het begrip 'dringende reden', waaraan voldaan moet zijn bij een ontslag op staande voet (art. 7:677 en 7:678 BW). De aanwezigheid van een dringende reden voor een ontslag op staande voet hoeft dus niet altijd te betekenen dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Indien dat niet het geval is, heeft de werknemer aanspraak op een transitievergoeding. Dit is een wezenlijk verschil met het oude recht, waarin bij een terecht ontslag op staande voet geen aanspraak bestond op een ontslagvergoeding. Sagel wijst erop dat de aanspraak op een transitievergoeding ook bestaat indien de dringende reden gepaard gaat met andere, lichtere vormen van verwijtbaarheid, zolang niet de grens van 'ernstige verwijtbaarheid' wordt overschreden. De consequentie hiervan is dat steeds zal moeten worden beoordeeld of het handelen of nalaten van de werknemer dat de dringende reden vormde voor het ontslag op staande voet, ook ernstig verwijtbaar is.

Luizengaatje

Voor de in artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW opgenomen uitzondering dat geen transitievergoeding is verschuldigd bij ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer, is in lid 8 van dit artikel een hardheidsclausule opgenomen. Lid 8 bepaalt namelijk dat de kantonrechter de transitievergoeding, in afwijking van lid 7 onderdeel c BW toch geheel of gedeeltelijk kan toekennen, indien het niet toekennen daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Deze toets komt overeen met die in de artikelen 6:2 en 6:248 lid 2 BW. Dat betekent dat de rechter terughoudend dient te zijn bij de toepassing ervan. In de wetsgeschiedenis is als voorbeeld genoemd van een geval waarin toepassing van de hardheidsclausule op zijn plaats is, de situatie waarin de werknemer een relatief kleine misstap heeft begaan na een langdurig dienstverband. De uitzondering van lid 8 is in de arbeidsrechtelijke literatuur ook wel aangeduid als 'het luizengaatje', waarmee bedoeld wordt dat sprake is van een nog kleiner gaatje dan het muizengaatje van de billijke vergoeding.

Plaatsing bestanden op usb-stick als zodanig niet ernstig verwijtbaar

Indien ervan moet worden uitgegaan dat werknemer door het op een usb-stick plaatsen van prijscalculaties geen regels van AVT heeft overtreden en niet zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden, kan niet worden gezegd (zoals AVT thans in cassatie bepleit) dat het op een usb-stick plaatsen van de gegevens op zichzelf reeds ernstig verwijtbaar is en dat niet relevant is wat de intenties van werknemer daarbij waren. Het probleem is eigenlijk dat er in deze zaak niet veel feiten zijn komen vast te staan. Zo is in de lucht blijven hangen of werknemer nu wel of niet gewerkt heeft aan een strategische analyse van de calculaties (volgens werknemer werkte hij thuis aan deze analyses en moest hij ze op een usb-stick zetten. Zijn privécomputer

(iMac) is vrijwel dagelijks in gebruik bij zijn kinderen, zodat hij is aangewezen op zijn iPad. Hij kon de op een usb-stick gedownloadte bestanden, via plaatsing op zijn iMac, raadplegen op zijn privé-iPad), zoals hij heeft gesteld maar AVT heeft betwist. Ook is niet is duidelijk geworden of werknemer opdracht heeft gekregen van een van de directeuren om zo'n analyse te maken. Deze beide omstandigheden zijn van cruciaal belang voor de vraag of werknemer een reële reden had om de calculaties op de stick te plaatsen en mee naar huis te nemen. Het staat niet ter discussie dat het bewijsrisico in deze kwestie bij AVT ligt. Het is immers aan de werkgever om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat sprake is van feiten en omstandigheden die een beroep rechtvaardigen op de uitzondering dat de werknemer door ernstig verwijtbaar handelen of nalaten geen recht heeft op een transitievergoeding.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 13-10-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:2626

Zaaknummer: 16/05915

Rechters: C.A. Streefkerk, T.H. den Tanja-van Broek, M.V. Polak, C.H. Sieburgh en G. de Groot

Advocaten: K. Aantjes en H.J.W. Alt

Wetsartikelen: 7:671b lid 7 onderdeel c BW