

ECLI:NL:GHDHA:2017:1220

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

zaaknummer

uitspraak: 9 mei 2017

beschikking van de meervoudige burgerlijke kamer

in de zaak van

[verzoeker] ,

wonende te [woonplaats] ,

verzoeker in het principaal hoger beroep,

verweerder in het incidenteel hoger beroep,

hierna te noemen: [verzoeker] ,

advocaat: mr. E. Spijer te 's-Gravenzande,

tegen

Vivat N.V.,

gevestigd te Utrecht,

verweerster in het principaal hoger beroep,

verzoekster in het incidenteel hoger beroep,

hierna te noemen: Vivat,

advocaat: mr. M.A. Verveld te Amsterdam.

Het verdere verloop van het geding

Voor het verloop van het geding tot 1 april 2016 verwijst het hof naar zijn tussenbeschikking van die datum. In deze tussenbeschikking heeft het hof bewijs opgedragen aan Vivat. Van de getuigenverhoren, die hebben plaatsgevonden op 5 juli 2016 en 12 september 2016, zijn processen-verbaal opgemaakt, die zich bij de stukken bevinden. Voorafgaande aan de getuigenverhoren hebben beide partijen nog aanvullende producties in

het geding gebracht. Vervolgens heeft Vivat een memorie na enquête tevens akte uitlaten producties genomen, en heeft [verzoeker] een memorie na enquête, tevens antwoordakte overlegging producties genomen. Tot slot hebben partijen het hof verzocht opnieuw beschikking te wijzen.

Verdere beoordeling van het hoger beroep

1. Het hof blijft bij hetgeen hij heeft overwogen en beslist in zijn tussenbeschikking van 1 april 2016. In deze tussenbeschikking heeft het hof geoordeeld dat Vivat geen belang heeft bij haar incidenteel appel. In het principaal appel heeft het hof geoordeeld dat een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de primaire ontslaggrond (artikel 7:669 lid 3, sub e BW) slechts dan gerechtvaardigd is als komt vast te staan dat [verzoeker] opzettelijk handelingen heeft verricht die hebben geleid tot de door Vivat gestelde verwijdering van agendaposten van collega's uit het computersysteem op 22 april 2015. Vivat is toegelaten tot bewijslevering op dit punt. Elke verdere beslissing is aangehouden.

2. Vivat heeft voorafgaand aan het getuigenverhoor, bij akte van 5 juli 2016, aanvullende producties overgelegd, waaronder een door [getuige 4] opgesteld onderzoeksrapport van 23 juni 2016 met betrekking tot het verwijderen van agendaposten. In aansluiting daarop heeft Vivat vervolgens [getuige 1] , [getuige 2] , [getuige 3] en [getuige 4] als getuige doen horen. [verzoeker] heeft, voorafgaand aan het tegengetuigenverhoor, bij akte van 12 september 2016 eveneens aanvullende producties overgelegd. In aansluiting daarop heeft [verzoeker] [getuige 5] , [getuige 6] , zijn echtgenote [getuige 7] en zichzelf als getuige doen horen.

3. Het hof heeft al het bewijs, in onderlinge samenhang beschouwd, gewaardeerd en overweegt hierover het volgende.

Bewijs

4. In het door Vivat bij akte van 5 juli 2016 overgelegde rapport "Nader onderzoek naar het verwijderen van agendaposten door [verzoeker] " van 23 juni 2016 is, kort en zakelijk samengevat, het volgende vermeld. Nadat door een collega van [verzoeker] in april 2015 was geconstateerd dat er een groot aantal agendaposten van hem ontbraken in het agendasysteem ID, is door de afdeling IT van Vivat vastgesteld dat deze agendaposten zijn verwijderd met het account van [verzoeker] op 22 april 2015 tussen 7:57 en 7:59 uur. (Als bijlage 4 bij het rapport is overgelegd een screenshot met een overzicht uit de prullenbak van het agendasysteem ID van de verwijderde agendaposten.) De mogelijkheid van toeval of een systeemstoring is uitgesloten, aangezien er op het betreffende tijdstip geen storing is geweest en bovendien andere collega's geen agendaposten misten. Per verwijdering van een agendapost zijn

minimaal 3 muisklikken nodig, de verwijdering van de agendaposten moet dus een bewuste handeling zijn geweest, aldus nog steeds het rapport. Door de heer [getuige 2] (IT Specialist Informatiebeveiliging) is onderzoek gedaan naar het internetverkeer rondom en tijdens de verwijdering van de agendaposten op 22 april 2015 met het account van [verzoeker] . Hieruit is gebleken dat de internetpagina is geopend op 7:48:57 uur. Vervolgens is enkele minuten gezocht met de zoekopdracht "voorjaarsvakantie 2015". Uit onderzoek van de heer [getuige 4] (Bedrijfshoofd Schaderegeling) is gebleken dat er in de tijdspanne tussen 7:53:54 en 7:55:17 uur vijf registraties hebben plaatsgevonden in het agendasysteem ID in verschillende schadedossiers van [verzoeker] zelf. In de tijdspanne van 7:57 tot en met 7:59 uur zijn er met het account van [verzoeker] in het agendasysteem ID in totaal 19 agendaposten verwijderd van collega's, volgens het IT onderzoek ID door [naam 1] , Functioneel beheerder (Share Point). Vanaf 8:03:12 tot 8:30:20 is er blijkens het onderzoek van de heer [getuige 2] met het account van [verzoeker] intensief gezocht op diverse websites naar informatie over vijverbenodigdheden.

Door de heer [getuige 3] (ITC, Solution Delivery F&R APM en applicatiespecialist voor het toegangscontrolesysteem van Facilitair bedrijf) is onderzoek gedaan naar de aanwezigheid van [verzoeker] en zijn collega's op de werkvloer ten tijde van het verwijderen van de betreffende agendaposten. Hieruit is gebleken dat [verzoeker] die dag om 6:31:52 uur de toegangsdeur 4B naar de letselschadeafdeling, de afdeling waar [verzoeker] werkzaam was, met zijn pas heeft geopend. De volgende registratie van het openen van deze deur met de pas van [verzoeker] is van 8:50:02 uur. Tussen deze tijdstippen is de deur nog een aantal malen geopend met behulp van passen van andere medewerkers. Op het moment van het verwijderen van de betreffende agendaposten was [verzoeker] als enige medewerker van zijn team aanwezig. In dezelfde ruimte, achter een dubbele kastenwand, bevond zich nog een aantal collega's van andere teams en van ITC.

5. De getuige [getuige 1] heeft bevestigd dat het onder 4 genoemde screenshot een overzicht geeft van de in de prullenbak van het systeem aanwezige verwijderde agendaposten. De vermelding van [verzoeker] als 'verwijderaar' betekent dat de betreffende agendapost is verwijderd vanuit het account van [verzoeker] . Dit account kan volgens [getuige 1] uitsluitend worden benaderd via de persoonlijke smartcard (hof: ook wel genoemd "pas") van [verzoeker] . Naar de ervaring van [getuige 1] zijn er 3 en soms 4 muisklikken nodig om een agendapost te verwijderen. Dit gaat direct achter elkaar. Daarna duurt het 1-3 seconden voordat het systeem de verwijdering heeft verwerkt. De drukte op het systeem neemt meestal pas toe vanaf 8:30 uur. Hij is niet bekend met klachten over de performance van het systeem in de betreffende periode. Hij is er niet uit eigen waarneming mee bekend dat [verzoeker] persoonlijk agendaposten heeft verwijderd.

6. De getuige [getuige 2] heeft bevestigd dat het onderzoeksrapport zijn bevindingen juist weergeeft. Via Vivat is het niet mogelijk om rechtstreeks het internet te benaderen, dit loopt via een proxyserver. Hierop worden alle verzoeken tot toegang tot het internet bewaard. Hij is ervan overtuigd dat de door hem weergegeven gegevens juist zijn. De internetinformatie was afkomstig van de laptop van [verzoeker] en ook van zijn computeraccount. Hij heeft niet uit eigen waarneming gezien dat [verzoeker] opzettelijk agendaposten heeft verwijderd.

7. Ook de getuige [getuige 3] heeft bevestigd dat het onderzoeksrapport zijn bevindingen juist weergeeft. De informatie over de werknemers die op 22 april 2015 op het betreffende tijdstip aanwezig waren op de afdeling is 100% betrouwbaar. De informatie betreffende de toegang tot de werkvloer zoals deze is vermeld in het toegangsregistratiesysteem is 100% volledig. In theorie is het wel mogelijk om zonder geregistreerd te worden de afdeling binnen te komen of te verlaten, dit kan door met iemand mee te lopen. Hij heeft niet uit eigen waarneming gezien dat [verzoeker] opzettelijk agendaposten heeft verwijderd.

8. De getuige [getuige 4] heeft verklaard dat hij het onderzoek heeft gedaan naar de ID-agenda's. Uit ID is gebleken dat er door [verzoeker] een login heeft plaatsgevonden, vlak voor de verwijdering van de betreffende agendaposten. Zowel voor een verwijdering van een agendapost als voor een eenvoudige wijziging van het dossier, zoals een dooragendering, zijn minimaal 3 muisklikken nodig en treedt er een vertraging op van 1-1,5 seconden als de wijziging wordt opgeslagen. Bij de beoordeling van een medewerker speelt het aantal agendaposten een rol, en dan gaat het om het aantal geregelde schades. [getuige 4] is ervan overtuigd dat bijlage 2 bij het rapport een juiste weergave is van de werknemers die op dat moment aanwezig waren. Hij heeft verklaard dat hij zelf alle deurmutaties van die dag heeft gezien, en dat hij daarbij ook heeft gelet op de registraties van andere medewerkers van diezelfde afdeling. De andere medewerkers van de afdeling van [verzoeker] zijn allemaal pas vanaf 8 uur binnengekomen. [verzoeker] is tot 7:55 uur werkzaam geweest in zijn eigen agenda's. Om in het systeem te wisselen naar een agenda van een collega, heeft de computer 5-10 seconden nodig om het programma in de juiste view te zetten. Er wordt nooit op de computer van een collega gewerkt. In februari 2015, bij een beoordelingsronde, is aan het gehele personeel medegedeeld dat voor de beoordeling van de resultaten over 2015 het aantal door een medewerker geregelde dossiers van belang zou zijn. De getuige heeft verklaard dat hij dit punt zelf met [verzoeker] meerdere keren één op één heeft besproken. Hij heeft niet uit eigen waarneming gezien dat [verzoeker] opzettelijk agendaposten heeft verwijderd.

9. [verzoeker] heeft, bij bovengenoemde akte van 12 september 2016, enkele producties (schriftelijke getuigenverklaringen van respectievelijk [getuige 5] en [getuige 6] , een e-mail en een sms) overgelegd, waarin is

vermeld – kort en zakelijk samengevat – dat in de betreffende periode de tussendeuren in het pand, met uitzondering van de entree, (vrijwel) niet gesloten waren, zodat je zonder pas door kon lopen. Verder is vermeld dat de computersystemen, waaronder het systeem ID, vaak erg traag reageerden en vaak een paar seconden nodig hadden om te reageren. Ook waren er regelmatig storingen, en verdwenen er gegevens die al waren verwerkt of gemuteerd in een systeem waardoor ze opnieuw moesten worden ingevoerd. Voor het inloggen was het niet nodig je pas te gebruiken, je kon ook inloggen met je personeelsnummer en je Windows wachtwoord. Het wachtwoord van [verzoeker] is in september 2013 een keer buiten hem om door een collega gewijzigd.

10. [getuige 5] , als getuige gehoord, heeft zijn schriftelijke verklaring bevestigd. Voor het inloggen in de computer was het niet nodig om je pas te gebruiken. Als je de afdeling verliet nam je in de regel wel je pas mee. De computer was dan in beginsel niet meer benaderbaar voor derden, maar het is wel voorgekomen dat de computer gewoon aanbleef ook nadat de pas uit de computer verwijderd was. Zonder pas kon je eenvoudig door het gebouw lopen, je kon met iemand meelopen of op de deur kloppen zodat een collega de deur opendeed. Als je de afdeling letsel op wilde had je je pas nodig, om de afdeling te verlaten hoefde je alleen op een knop te drukken. Voor het verwijderen van een agendapost waren naar schatting 3-5 muisklikken nodig. Elk systeem was vertraagd, dus dat zal hier ook wel het geval zijn geweest. Het tijdstip op de dag maakte niet uit. Er waren dagelijks storingen. De getuige heeft verklaard dat hij zelf niet heeft meegemaakt dat er agendaposten waren verdwenen uit het ID systeem, en dit ook niet heeft gehoord van collega's. Hij heeft wel gehoord dat collega's dingen kwijt waren geraakt, vooral hele schadedossiers, maar dan ging het om een ander computersysteem dan het ID systeem. Bij het verwerken van een mutatie of het verwijderen van een agendapost uit het ID systeem trad er een vertraging op van 3 seconden.

11. Ook [getuige 6] heeft, als getuige gehoord, zijn schriftelijke verklaring bevestigd. Voor het binnenkomen van het gebouw, voor de tussendeuren en voor het opstarten van je computer had je je pas nodig. Je kon je computer ook opstarten met behulp van je Windows wachtwoord. De tussendeuren stonden regelmatig open. Als de getuige naar het toilet ging of ging roken liet hij meestal zijn pas in zijn computer zitten, want het duurde lang om de computer opnieuw op te starten. Dat deden meer collega's en het was geen probleem om zonder pas het gebouw in en uit te komen. Het ID systeem vertoonde veel storingen. Het kwam ook wel voor dat er agendaposten spontaan uit het ID systeem verdwenen, dat is [getuige 6] één keer gebeurd en kwam ook voor bij collega's van hem. Dit gebeurde meerdere keren per week. Deze meldingen werden vervolgens onderzocht maar de oorzaak is nooit duidelijk geworden. Het ID systeem was erg traag, het verwijderen van een agendapost duurde naar zijn

schatting wel een minuut. Hier waren meerdere muisklikken voor nodig, de getuige weet niet meer precies hoeveel.

12. De echtgenote van [verzoeker] , [getuige 7] , heeft als getuige verklaard dat de tussendeuren in het pand vaak openstonden, en dat je geen pas nodig had om door het gebouw te lopen. Als ze buiten ging roken kwam het regelmatig voor dat ze haar pas vergat of in haar computer had laten zitten. Dit gold ook voor haar man [verzoeker] . Er was altijd wel iemand die je binnenliet als de deur gesloten was. Uit het ID systeem verdwenen regelmatig gegevens, of er stonden agendaposten in haar werkvoorraad die niet bij haar hoorden of zelfs bij een andere afdeling hoorden. Het kwam ook regelmatig voor dat ze agendaposten kwijt raakte, dit gebeurde ook bij collega's. Dan werd er meestal voor gekozen op de agendapost opnieuw handmatig in te voeren.

13. [verzoeker] zelf heeft tenslotte als getuige pertinent ontkend dat hij op 22 april 2015 agendaposten van zijn collega zou hebben verwijderd uit het ID systeem. Hij kan zich niet herinneren dat hij op 22 april 2015 op zijn computer heeft gezocht op internet op "voorjaarsvakantie 2015" noch dat hij gezocht heeft naar informatie over vijfverbenodigdheden. Hij weet ook niet meer dan hij agenda's uit eigen dossiers heeft bijgewerkt in het ID systeem, maar dat zou wel kunnen passen bij zijn gebruikelijke werkwijze. De informatie in het onderzoeksrapport over de aanwezige medewerkers op de afdeling ten tijde van het verwijderen van de agendaposten zou kunnen kloppen, maar het kan ook dat deze niet klopt want alles was 9 van de 10 keer vrij toegankelijk en de toegangsdeur naar 4B stond de helft van de tijd open. Bovendien konden mensen met elkaar meelopen de afdeling op. Dat hij om 6:31:52 uur de afdeling binnen is gegaan kan goed kloppen. Aangezien hij van de bedrijfsarts elk uur tien minuten moest bewegen door van zijn plaats af te gaan, ging hij meestal een rondje lopen gecombineerd met roken. Tussen 6:30 en 8:50 uur is hij volgens zijn verklaring dan ook zeker twee keer 10 minuten van zijn plaats af geweest. Hij nam daarbij niet vaak zijn pas mee, maar gezien de registratie om 8:50 uur toen kennelijk wel. Uit de registraties blijkt inderdaad dat hij die ochtend vier keer zijn pas heeft gebruikt, de reden hiervoor zou kunnen zijn dat de printer op zijn eigen afdeling buiten gebruik was en dat hij elders moest gaan printen, waarvoor hij zijn pas nodig had. Hem is hem bekend dat er wel eens agendaposten verwijderd bleken te zijn uit het ID systeem. Het is hem zelf één keer gebeurd, begin 2014, het ging toen om een logische reeks agendaposten. Verder kwam het wekelijks voor dat aangebrachte mutaties niet bleken te zijn opgeslagen/verwerkt door het systeem. Het ID systeem was een niet-werkend, niet-doordacht systeem. Zowel zijn collega [naam 2] als hijzelf kopieerde meestal aan het eind van de week de complete lijst agendaposten naar een Excel bestand omdat er zo vaak wat fout ging, zo hadden ze een back-up. Om een agendapost te verwijderen kost het 3 tot 5-6 muisklikken, in totaal circa 1 minuut per verwijdering inclusief vertraging. Eind januari/begin februari 2015 heeft mevrouw Deams in een

gesprek aangekondigd dat de medewerkers mede beoordeeld zouden gaan worden aan de hand van de door hen geregelde schadedossiers. Dat zou echter nog nader uitgewerkt worden, het was eind mei 2015 nog niet uitgewerkt en niet ingevoerd. De verklaring van de getuige [getuige 4] dat deze minimaal vier keer een gesprek met [verzoeker] zou hebben gehad over de beoordeling aan de hand van het aantal geregelde dossiers is volgens [verzoeker] pertinent niet waar. Hij geeft aan niet in te zien welk belang hij heeft bij een vermindering van de productie van zijn collega. Hij wijst ten slotte nog op de overgelegde sms uit 2013, toen was er door zijn leidinggevende op onrechtmatige wijze ingebroken op zijn systeem, waarbij zijn wachtwoord was gewijzigd. Hieruit blijkt dat het kennelijk eenvoudig is om toegang tot het systeem van een ander te krijgen en diens wachtwoord te wijzigen.

Oordeel bewijswaardering

14. Het hof is van oordeel dat Vivat geslaagd is in het bewijs dat [verzoeker] opzettelijk handelingen heeft verricht die hebben geleid tot de door Vivat gestelde verwijdering van agendaposten van collega's uit het computersysteem op 22 april 2015. Het hof acht het door Vivat uitgevoerde onderzoek en het naar aanleiding daarvan opgemaakte onderzoeksrapport, in combinatie met de aan de zijde van Vivat afgelegde getuigenverklaringen, overtuigend. Uit dit onderzoek blijkt dat er vanuit het account van [verzoeker] op 22 april 2015 rond 8 uur 19 agendaposten zijn verwijderd, en dat [verzoeker] in elk geval zowel direct voorafgaande aan het verwijderen van de agendaposten als in het halfuurtje daarna werkzaam is geweest op zijn laptop. Dat de onderzoeksgegevens door Vivat niet objectief en derhalve niet betrouwbaar zijn, zoals [verzoeker] stelt in zijn memorie na enquête, acht het hof niet aannemelijk geworden en onvoldoende onderbouwd. De betreffende medewerkers van Vivat hebben hun bevindingen onder ede bevestigd. Dat [verzoeker] zich niet meer kan herinneren – en zich ook niet kan voorstellen – dat hij op internet heeft gezocht op de zoekterm “voorjaarsvakantie 2015” en naar informatie over vijfverbenodigdheden, doet aan de overtuigingskracht van deze gedetailleerde gegevens over het internetgebruik van [verzoeker] op 22 april 2015 niet af.

15. Uit de onderzoeksbevindingen blijkt voorts dat [verzoeker] in de tijdspanne tussen 7:53:54 en 7:55:17 uur vijf registraties heeft vermeld in het ID systeem in verschillende schadedossiers van hemzelf. Deze vijf registraties hebben in totaal derhalve 1 minuut en 23 seconden in beslag genomen. Het hof acht op grond van de verklaringen van [getuige 1] en [getuige 4] bewezen dat voor het verwijderen van een agendapost 3-4 muisklikken nodig zijn, die direct achter elkaar kunnen plaatsvinden, waarna een korte vertraging optreedt van enkele seconden waarin het ID systeem de verwijdering verwerkt. Hiervan uitgaande en in aanmerking genomen dat [verzoeker] binnen 1 minuut en 23 seconden vijf mutaties/registraties in verschillende schadedossiers van hemzelf heeft

aangebracht, acht het hof zijn verweer dat het ID systeem dermate traag was dat het verwijderen van één agendapost ongeveer een minuut duurde, zodat het technisch onmogelijk is dat hij binnen drie minuten 19 agendaposten zou hebben verwijderd, niet overtuigend en onvoldoende onderbouwd.

16. Datzelfde geldt voor het verweer van [verzoeker] dat iemand anders via zijn computer of via zijn account de agendaposten zou hebben verwijderd, of dat sprake zou zijn geweest van een storing. Uit het onderzoeksrapport van Vivat en de getuigenverklaringen van [getuige 3] en [getuige 4] blijkt dat [verzoeker] op 22 april 2015 rond 8 uur als enige van zijn team aanwezig was. Het hof acht ook deze gegevens overtuigend, mede nu gesteld noch gebleken is dat er op dat tijdstip naast [verzoeker] nog één of meer directe collega's van hem aanwezig waren. Of de tussendeuren al dan niet regelmatig open stonden, en of men al dan niet eenvoudig zonder pas door het gebouw kon lopen, acht het hof in dit verband niet van belang. Dat [verzoeker] ten tijde van het verwijderen van de agendaposten net een pauze van 10 minuten zou hebben genomen om een rondje te lopen en even te roken is niet aannemelijk geworden, gelet op zijn (los van de verwijdering van de agendaposten) vrijwel aaneengesloten computergebruik rond die tijd zoals dit blijkt uit het onderzoeksrapport. Hierin bevindt zich geen pauze van 10 minuten. Dat een collega via zijn computer de agenda's heeft verwijderd kan dan ook redelijkerwijs uitgesloten worden geacht. De door [verzoeker] geopperde mogelijkheid dat via misbruik van zijn account de agendaposten zijn verwijderd acht het hof evenmin aannemelijk geworden: niet alleen zijn hiervoor geen aanwijzingen gevonden, maar bovendien is gesteld noch gebleken dat het mogelijk zou zijn om in te loggen op het account van [verzoeker] op een moment dat [verzoeker] zelf ook is ingelogd. Ook een storing is niet aannemelijk geworden. Dat er kennelijk regelmatig storingen waren aan het systeem, zoals door de getuigen aan de zijde van [verzoeker] is verklaard, doet hier niet aan af. Het gaat hier immers om een specifiek geval, namelijk het verwijderen van een groot aantal agendaposten uit verschillende schadedossiers binnen een tijdsbestek van enkele minuten, waarbij Vivat er bovendien onweersproken op heeft gewezen dat opvallend is dat de verwijderde agendaposten grotendeels schaderegelingen betroffen, aan de hand waarvan de beoordelingen van de medewerkers geschieden of zouden gaan geschieden. Deze omstandigheden maken dat het verwijderen van de 19 agendaposten niet op één lijn kan worden gesteld met eventuele eerdere storingen en het kwijtraken/missen van één of meer agendaposten, waarvan door enkele getuigen aan de zijde van [verzoeker] is verklaard dat deze regelmatig voorkwamen.

17. De pertinente ontkenning van [verzoeker] dat hij de agendaposten zou hebben verwijderd, acht het hof in het licht van het door Vivat aangedragen bewijs onvoldoende overtuigend. Zijn betoog dat hij hierbij geen belang zou hebben gehad wordt verworpen. Door het aantal

schaderegelingen van een collega minder te doen lijken, kwam de eigen productie van [verzoeker] immers in een beter daglicht te staan. Het argument van [verzoeker] dat het voor de hand ligt dat, als hij daadwerkelijk agendaposten had verwijderd, hij er ook voor zou hebben gezorgd dat hij deze agendaposten uit de prullenbak zou hebben verwijderd, wordt eveneens verworpen. Vivat heeft er onweersproken op gewezen dat de door haar overgelegde screenshot een weergave geeft van de 'prullenbak' van het ID agendasysteem van Vivat. Dat [verzoeker] hier toegang toe had is gesteld noch gebleken, maar ook als dit wel zo zou zijn geweest is dit argument van [verzoeker] in het licht van het aanwezige bewijsmateriaal onvoldoende zwaarwegend voor een ander oordeel.

18. Aan het bewijs doet niet af dat geen van de door Vivat voorgebrachte getuigen zelf heeft gezien dat [verzoeker] de agendaposten heeft verwijderd. Anders dan [verzoeker] meent, hebben deze getuigen uit eigen waarneming kunnen verklaren wat hen uit hun onderzoek aan de hand van objectieve gegevens is gebleken.

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van (ernstig) verwijtbaar handelen

19. Uit het bovenstaande volgt dat in deze procedure is komen vast te staan dat [verzoeker] niet alleen de compliance regels van Vivat heeft geschonden door enkele vertrouwelijke e-mails 'in de bulk' mee te sturen naar zijn privé e-mailadres, door de betreffende zakelijke e-mails te verwijderen uit zijn mailbox en door zijn echtgenote toegang te verlenen tot zijn Outlook, maar dat hij bovendien opzettelijk agendaposten van een collega uit digitale shadedossiers heeft verwijderd. Het hof is van oordeel dat een dergelijke handelwijze niet strookt met de beginselen van vertrouwen en integriteit die Vivat van haar medewerkers mag verlangen, en dat sprake is van verwijtbaar handelen van [verzoeker] , zodanig dat van Vivat in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Naar het oordeel van het hof heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst terecht ontbonden op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e BW.

20. Het hof verwerpt het verweer van [verzoeker] dat het Vivat, gelet op het advies van de interne Sanctiecommissie dat de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] moest worden beëindigd op grond van een onherstelbare vertrouwensbreuk, welk advies Vivat heeft overgenomen, niet vrij stond om aan de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e (verwijtbaar handelen) in plaats van op grond van artikel 7:669 lid 3 sub g (verstoorde arbeidsverhouding). Het hof overweegt dat in de brief van [naam 3] , voorzitter van de Sanctiecommissie, van 2 juli 2015 (productie 13 bij inleidend verzoekschrift) is vermeld dat de Sanctiecommissie unaniem tot het besluit is gekomen dat het vertrouwen in [verzoeker] onherstelbaar is

beschadigd en dat het dienstverband moet worden beëindigd. Dat Vivat dit diende te doen middels een verzoek aan de kantonrechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 3 sub g (verstoorde arbeidsverhouding) is hierin niet te lezen.

21. Anders dan de kantonrechter is het hof van oordeel dat er onvoldoende aanleiding is om het handelen van [verzoeker] aan te merken als 'ernstig verwijtbaar'. Hierbij acht het hof van belang dat Vivat het verwijderen door [verzoeker] van de agendaposten destijds zelf kennelijk niet als ernstig verwijtbaar heeft aangemerkt, aangezien zij er mee heeft volstaan om [verzoeker] hiervoor bij brief van 27 mei 2015 een formele waarschuwing te geven. Gevoegd bij de schending van de compliance regels acht het hof wel voldoende reden aanwezig om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e BW te rechtvaardigen, maar niet om het handelen van [verzoeker] aan te merken als ernstig verwijtbaar. In zoverre slagen de grieven van [verzoeker] .

Conclusie

22. Het bovenstaande brengt mee dat de grieven slagen voor zover zij zich richten tegen het oordeel van de kantonrechter dat [verzoeker] *ernstig* verwijtbaar heeft gehandeld, op grond van welk oordeel de kantonrechter ten onrechte geen transitievergoeding heeft toegekend en de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang heeft ontbonden. De grieven worden voor het overige verworpen.

23. Eén en ander betekent dat het door [verzoeker] in hoger beroep (primair) gevorderde herstel van de arbeidsovereenkomst en de door hem (subsidiar) gevorderde billijke vergoeding (ex art. 7:683, lid 3 BW) niet toewijsbaar zijn. Ditzelfde geldt voor zijn vordering tot veroordeling van Vivat in de proceskosten in de eerste aanleg, nu [verzoeker] ook naar het oordeel van het hof in de eerste aanleg moet worden aangemerkt als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij.

Datum ontbinding en transitievergoeding

24. Vivat heeft onweersproken gesteld dat op het dienstverband van [verzoeker] de CAO van Vivat van toepassing is, op grond waarvan voor Vivat een opzegtermijn geldt van twee maanden. Nu geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van Vivat dient, anders dan in de bestreden beschikking, de geldende opzegtermijn onder aftrek van de duur van de procedure in acht te worden genomen, met dien verstande dat een termijn van tenminste een maand resteert. Het inleidend verzoekschrift is ingekomen ter griffie op 31 juli 2015. Gelet op de geldende opzegtermijn van twee maanden en de in acht te nemen termijn van minimaal één maand wordt de beslissing van de kantonrechter gewijzigd als na te melden.

25. Gelet op het oordeel van het hof dat [verzoeker] wel verwijtbaar maar niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, heeft [verzoeker] recht op de transitievergoeding als bepaald in artikel 7:673 BW. [verzoeker] heeft in eerste aanleg gesteld dat de transitievergoeding per 1 december 2015 € 7.121,- bedraagt. Het hof gaat ervan uit – rekening houdend met de datum van indiensttreding van [verzoeker] en gelet op artikel 7:673 lid 2 BW – dat per 1 november 2015 eenzelfde bedrag verschuldigd is. Het hof begrijpt uit het verzoekschrift in hoger beroep dat [verzoeker] alsnog veroordeling van Vivat tot betaling van de transitievergoeding vraagt, en zal dit bedrag toewijzen.

Slot

26. Nu partijen in hoger beroep over en weer in het ongelijk zijn gesteld zal het hof de proceskosten compenseren.

Beslissing

Het hof:

- wijzigt de bestreden beschikking – voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen - aldus dat de datum van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen partijen van 24 september 2015 wordt gewijzigd in 1 november 2015;
- veroordeelt Vivat tot betaling van de transitievergoeding aan [verzoeker] ten bedrage van € 7.121,- bruto;
- compenseert de proceskosten in hoger beroep aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;
- wijst af het meer of anders verzochte.

Deze beschikking is gegeven door mrs. J.M.T. van der Hoeven-Oud, S.R. Mellema en B. Barentsen en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 9 mei 2017 in aanwezigheid van de griffier.