

## **Toenemende rol van social media in het arbeidsrecht**

**In en rondom de werkverhouding spelen social media een steeds grotere rol. Dit leidt tot verschillende vragen al naar gelang de fase waarin social media gebruikt worden: tijdens de sollicitatiefase, tijdens de arbeidsovereenkomst of na het einde van de arbeidsovereenkomst.**

**Hieronder laten wij per fase een aantal aandachtspunten de revue passeren en geven wij handvatten voor werkgevers als het om social media gaat.**

### **1. Het gebruik van social media tijdens de sollicitatiefase**

Voor werkzoekenden is het heel gebruikelijk om zich via zoekmachines op het internet te oriënteren op het vinden van een nieuwe baan. Maar ook werkgevers maken veelvuldig gebruik van het internet om potentiële werknemers te screenen. Van belang is hierbij de vraag waaraan werkgevers zich - vanuit privacy-oogpunt - hebben te houden bij het uitvoeren van een onderzoek naar kandidaten via het internet en social media.

Als de werkgever kan aantonen dat hij een 'gerechtvaardigd belang' heeft bij een dergelijk onderzoek, dat prevaleert boven het privacybelang van de kandidaat, dan is het verdedigbaar dat hij dit onderzoek ongevraagd zal mogen verrichten. Bij het maken van deze belangenafweging door de werkgever dient wel een aantal kanttekeningen geplaatst te worden. Ook maakt het verschil waar de informatie gevonden is. Zo zal voor een zakelijk netwerk (LinkedIn) iets anders gelden dan voor een privé-netwerk (Hyves, Facebook). Daarnaast mogen werkgevers niet klakkeloos van de correctheid van de gevonden informatie uitgaan. Verder is het niet uitgesloten dat men per ongeluk de informatie van een naamgenoot van de kandidaat gebruikt.

#### *Handvatten voor de werkgever in de sollicitatiefase*

Ondanks het hebben van een gerechtvaardigd belang, is het - vanuit privacy-oogpunt - aanbevelenswaardig om toestemming aan de kandidaat te vragen (evenals dat het navragen van referenties in beginsel alleen is toegestaan na toestemming van de kandidaat). Ook kunnen werkgevers al in de vacature vermelden in hoeverre sociale media gebruikt zullen worden in de selectieprocedure. Verder kan ervoor gekozen worden om de resultaten van het verrichte onderzoek te bespreken met de kandidaat (bijvoorbeeld om te voorkomen dat per ongeluk de informatie van een naamgenoot wordt gebruikt). Indien werkgevers samenwerken met externe recruitmentbureaus, moeten partijen duidelijke (schriftelijke) afspraken maken over wat wel en niet toegestaan is.

### **2. Het gebruik van social media tijdens de arbeidsovereenkomst**

Tijdens de arbeidsovereenkomst dient zich de vraag aan of uitlatingen via social media toelaatbaar zijn. Werknemers hebben recht op privacy, ook op de werkplek. Het controleren van privégesprekken via social media is daarom niet zonder meer geoorloofd, ook niet als dit onder werktijd en op de computerapparatuur van de werkgever gebeurt. Dit geldt ook als werknemers bijvoorbeeld berichten plaatsen op hun openbare / niet afgeschermd Facebookprofiel. Wel zal dat de rechtvaardiging van het controleren door de werkgever vereenvoudigen. Immers, als iedereen deze berichten kan lezen, dan mag de werkgever dat in principe ook. Wanneer daaruit 'wangedrag' blijkt, dan mag de werkgever op basis van deze informatie in principe ook actie ondernemen. Kernvraag is met name of de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij het uitvoeren van de controle, met inachtneming van de privacybelangen van de betrokken werknemer.

### *Voorbeelden uit de rechtspraak*

Een werknemer die op zijn privépagina op Facebook meerdere malen grove beledigingen plaatste over zijn leidinggevende kon op basis van deze uitingen wegens dringende redenen worden ontslagen. Hierbij speelde wel mee dat hij na de eerste uiting aangesproken was op zijn gedrag en de formele waarschuwing had genegeerd. In een andere zaak werd het ontslag wegens dringende redenen van een werknemer die op Facebook racistische uitingen over een collega plaatste daarentegen niet geaccepteerd. De rechter vond het gedrag wel laakbaar, dus het ontslag hield stand, maar er werd wel een redelijke ontslagvergoeding toegekend, aangezien er geen laatste waarschuwing gegeven was. Uit deze uitspraken blijkt dus dat werkgevers er verstandig aan doen eerst een waarschuwing te geven alvorens tot ontslag over te gaan.

### *Handvatten voor de werkgever tijdens het dienstverband*

Het is aanbevelenswaardig om een social mediacode op te stellen die aangeeft wat de verwachtingen zijn omtrent werknemers op social media. Deze code dient beperkt te zijn tot het regelen van de goede orde binnen het bedrijf en erop toe te zien dat het werk niet lijdt onder het gebruik van social media. Dit valt onder de (wettelijke) instructiebevoegdheid van de werkgever. Regels over (negatieve) opmerkingen over het werk, roddelen of klagen over collega's of klanten kunnen zo dus worden vastgelegd. Een totaalverbod op uitingen op social media gaat te ver.

Indien men regels wil stellen die betrekking hebben op het *controleren van het gebruik van social media*, regels die verder gaan dan de instructiebevoegdheid toelaat, dan dienen deze regels in de arbeidsovereenkomst te worden geïncorporeerd. Indien de werkgever besluit tot het stellen van regels aangaande (geautomatiseerd) controle, dan is bovendien de instemming van de ondernemingsraad - indien aanwezig - vereist.

### **3. Het gebruik van social media na het einde van de arbeidsovereenkomst**

Werkgevers worden óók regelmatig geconfronteerd met social media uitlatingen van hun ex-werknemers. Vaak gaat het bij ex-werknemers om mogelijke overtredingen van een overeengekomen relatiebeding.

Met een relatiebeding kan een werkgever met de werknemer afspreken dat deze gedurende een bepaalde tijd geen relaties van de werkgever benadert met het oog op acquisitie of overname van dienstverlening. Een relatiebeding moet schriftelijk worden overeengekomen, in de arbeidsovereenkomst zelf. Meestal zijn relatiebedingen breed opgezet: werknemers moeten zich veelal onthouden van 'ieder contact, direct of indirect' met de relaties van de werkgever. Soms wordt een specifieke lijst van partijen genoemd.

Er is nog geen duidelijke lijn te ontdekken in de rechtspraak rondom overtredingen van een dergelijk overeengekomen relatiebeding door uitingen van ex-werknemers op social media. Wel maken rechters onderscheid tussen social media bedoeld voor privé contacten respectievelijk zakelijke contacten en wegen rechters het soort communicatie mee in hun beoordeling. Nadere rechtspraak zal uit moeten wijzen waar precies de grenzen liggen. Het verschilt per soort social media wat een overtreding van het relatiebeding kan opleveren.

#### *LinkedIn*

- Op LinkedIn is voor het "linken" een uitnodiging en acceptatie noodzakelijk. Een dergelijke *actieve* handeling kan worden aangemerkt als het maken van contact, hetgeen in strijd met een relatiebeding kan zijn;
- Een overtreding van het relatiebeding zal eerder aangenomen worden indien de naam van de relatie opgenomen is in het relatiebeding;

- Verder is ook van belang of er al een connectie bestond tussen de ex-werknemer en de relatie voordat de werknemer in dienst kwam bij de nieuwe werkgever. Dit kan voor de rechter een reden zijn om een schending van het relatiebeding minder snel aannemelijk te achten;
- Ook kan van belang zijn in hoeverre de werkgever zelf stimuleert of zelfs eist dat werknemers zich "linken" met zakelijke contacten of zelfs privé contacten, om zodoende op die manier zakelijk gebruik te maken van dit netwerk van de werknemer. In dat verband kan de vraag worden gesteld in hoeverre de werkgever het niet over zich afroept dat de werknemer verbonden is en blijft met die relaties na het einde van de arbeidsovereenkomst.

#### *Facebook*

Op Facebook gaat het meestal om kennisgeving aan informele en vriendschappelijke contacten.

- Het lijkt erop dat het enkel communiceren via Facebook met 'verboden' relaties niet zonder meer tot een overtreding van het relatiebeding leidt;
- Echter, als het doel is om met mededelingen op Facebook actief klanten te werven, dan kan er sprake zijn van een overtreding van het relatiebeding. Dit gaat immers verder dan alleen een kennisgeving aan informele en vriendschappelijke contacten. Het is voor de werkgever van belang om direct "printscreens" te maken indien dit soort relatiegevoelige uitingen gedaan worden door de ex-werknemer.

#### *Twitter*

Bij Twitter hoeft geen overeenstemming te worden bereikt over het volgen of gevolgd worden, terwijl bij Facebook en LinkedIn een uitnodiging en acceptatie noodzakelijk is.

- Twitter kan volgens de rechtspraak worden aangemerkt als een moderne vorm van adverteren. Zakelijke (algemene) tweets leiden in beginsel niet tot een schending van het relatiebeding;
- Echter, dit kan anders uitpakken indien de tweet specifiek gericht is aan een volger/relatie.

#### *Handvatten voor de werkgever na het dienstverband*

Bij het overeenkomen van het relatiebeding met de werknemer kunnen al regels gesteld worden met betrekking tot social media. Zo is het aan te bevelen om in het relatiebeding expliciet op te nemen dat ook 'het benaderen/contacteren van relaties via Facebook, LinkedIn, Twitter en andere social media' een overtreding van het relatiebeding kunnen opleveren.

Daarnaast kunnen werkgevers overwegen om een apart 'opschoonbeding' op te nemen in de arbeidsovereenkomst (of de vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van een arbeidsovereenkomst). Werkgever en werknemer spreken dan af om op de laatste werkdag gezamenlijk bijvoorbeeld de LinkedIn-account door te nemen en 'verboden' relaties te verwijderen. Zo kan in goed overleg over twijfelgevallen worden gesproken. Dit is effectiever dan in een juridische procedure te verzanden.

**Voor meer (inhoudelijke) informatie over dit onderwerp, kunt u contact opnemen met Martine Hoogendoorn of Dennis Jolly.**

[M.hoogendoorn@denklaw.nl](mailto:M.hoogendoorn@denklaw.nl)

[D.jolly@denklaw.nl](mailto:D.jolly@denklaw.nl)