

## (Pre-)employment screening: 'his past is your future'

A.D. Putker-Blees<sup>1</sup>

54 Het is een trend en in de financiële sector zelfs verplicht sollicitanten te *screenen* op arbeidsverleden, integriteit en moraliteit.<sup>2</sup> Er is een bloeiend aanbod van 'integriteitsmanagers' en bureaus met een gleufhoedenimago. Deze bureaus trachten potentiële werkgevers met slogans als 'his past is your future' ervan te overtuigen dat een professionele screening een onvermijdelijk onderdeel is van de sollicitatieprocedure.<sup>3</sup> In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de wet- en regelgeving alsmede van de rechtspraak over (*pre-*)employment screening. Tevens wordt ingegaan op de wijze van screening in de detailhandel en de financiële sector en worden aanbevelingen gegeven hoe partijen in het kader van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kunnen anticiperen op de pre-employment screening door een potentiële werkgever.

### Pre-employment screening via internet

Het internet is een bron van screening geworden. Op de populaire vriendennetwerksite Hyves schrijft men hobby's en uitgaansgewoonten. Uit onderzoek is gebleken dat niet alleen bekenden de karakterschetsen van Hyves-leden lezen, maar dat ook personeelswerkers de netwerksite afspeuren of een naam *googelen* om een beeld te krijgen van sollicitanten en werknemers.<sup>4</sup> Informatie die wervingsbureaus op internet tegenkomen kan verstrekkende gevolgen hebben voor de sollicitant.<sup>5</sup> Het College bescherming persoonsge-

gevens (CBP) erkent dat screening van sollicitanten een duidelijke trend is. 'Dat merk je onder andere aan de opkomst van internet-recherchebedrijven, die uitzoeken of sollicitanten liegen op hun CV.' Het is overigens toegestaan om informatie van Google of Hyves te gebruiken in de selectie van kandidaten nu de sporen die mensen achterlaten op die sites openbaar zijn, aldus het CBP.<sup>6</sup>

Via internet kunnen ook referenties worden gekocht. Voormalige werkgevers kunnen via internet kosteloos gegevens plaatsen over bijvoorbeeld inzet en vak-kennis van hun ex-werknemer. De ex-werknemer moet overigens wel eerst toestemming geven voordat zijn of haar gegevens op de site worden geplaatst.<sup>7</sup> De nieuwe werkgever heeft de naam, het sofinummer van de sollicitant nodig en krijgt – na betaling van € 1,30 – inzage in de referenties van een voormalige werkgever.<sup>8</sup>

### Wet- en regelgeving

Het recht van eenieder te weten welke informatie over hem, op welke wijze en aan wie wordt verspreid en deze informatie te beïnvloeden, wordt ook wel 'informatieprivacy' genoemd.<sup>9</sup> Het recht op informatieprivacy kan uit verschillende bronnen worden afgeleid. Zo bepaalt art. 10 lid 1 Grondwet dat eenieder recht heeft op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Hoewel het Burgerlijk Wetboek niet in een specifieke regeling voorziet die de informatieprivacy van de werknemer beschermt, werkt art. 10 Gw via het goed werkgeverschap van art. 7:611 BW door in de arbeidsverhouding.<sup>10</sup> De Wet bescherming persoonsgegevens (WBP) dient onder meer transparant en zorgvuldig gebruik van persoonsgegevens te waarborgen. Het begrip 'persoonsgegevens' in de WBP wordt ruim opgevat. Een persoonsgegeven is elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuur-

1. Mevr. mr. A.D. Putker-Blees is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.  
2. 'Werknemers steeds vaker gescreend', *de Volkskrant* 7 september 2007.  
3. Ook in het kader van de strijd tegen het terrorisme worden werkgevers gewezen op de mogelijkheden om te voorkomen dat een 'geradicaliseerde werknemer' in dienst treedt. Zie ook <http://www.nederlandtegenterrorisme.nl>  
4. Op 15 augustus 2007 meldt *Spits* dat een werkgever een werknemster schorst, omdat zij op Hyves haar werk met verstandelijk gehandicapten vergelijkt met dat van oppassen in een dierentuin.  
5. 'Ontgoogle jezelf: tips en trucs', *Het Financieel Dagblad* 10 september 2007.

6. 'Hyves kan je zo je carrière kosten', *NRC Handelsblad* 25 oktober 2006. Verschillende websites in de USA, zoals <http://www.reputationdefender.com> en <http://www.defendmyname.com> kunnen ervoor zorgen dat ongewenste zoekresultaten niet meer voorkomen in online zoekresultaten.  
7. In oktober 2007 publiceerde het CBP het consultatiedocument 'CBP richtsnoeren publicatie van persoonsgegevens op internet', <http://www.cbweb.nl>.  
8. Zie hiervoor <http://www.dereferentiebanc.nl>, *PEI* 2007, p. 131.  
9. E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 135. De term 'informatieprivacy' is ontleend aan A.F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum 1967, p. 7. Zie ook P. Blok, *Het recht op privacy*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2002, p. 69.  
10. Ktr. Haarlem 4 juli 2003, *JAR* 2003/189 en Ktr. Rotterdam 19 december 1997, *Prg.* 1998, nr. 4946.

lijke persoon (art. 1 sub i WBP), hetgeen betekent dat een persoon zonder al te veel kosten of moeite moet kunnen worden geïdentificeerd. De WBP bevat een stelsel van normen dat betrekking heeft op een zorgvuldige en behoorlijke verwerking van persoonsgegevens door 'een verantwoordelijke'. Een verantwoordelijke in de zin van de WBP is degene die het doel en de middelen van de verwerking van persoonsgegevens vaststelt (art. 1 sub d WBP).

Het CBP verplicht een potentiële werkgever als werker van de persoonsgegevens, de van de sollicitanten verkregen informatie vertrouwelijk en zorgvuldig te behandelen (vergelijk art. 6 WBP).

Art. 9 WBP bepaalt dat gegevens niet mogen worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor de gegevens zijn verkregen. De beoogde informatie moet dan ook direct verband houden met de te vervullen vacature en mag geen onevenredige inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van een sollicitant.

Als een potentiële werkgever inlichtingen of (strafrechtelijke) gegevens over een sollicitant wil inwinnen bij derden, zoals een particulier recherchebureau, moet hij hiervoor vooraf op grond van de art. 8 en 23 WBP toestemming vragen aan de sollicitant.<sup>11</sup>

Art. 27 WBP bepaalt dat het verwerken van persoonsgegevens van een sollicitant in beginsel gemeld moet worden bij het CBP<sup>12</sup>, tenzij wordt voldaan aan de voorwaarden van het Vrijstellingsbesluit<sup>13</sup>, waardoor melding achterwege kan blijven. Het Vrijstellingsbesluit stelt bijvoorbeeld als voorwaarde voor vrijstelling dat persoonsgegevens alleen mogen worden verstrekt aan anderen indien de sollicitant zijn ondubbelzinnige toestemming heeft verleend. Ook stelt het Vrijstellingsbesluit als voorwaarde voor niet-melding dat persoonsgegevens moeten worden verwijderd als de sollicitant daarom verzoekt en in ieder geval uiterlijk vier weken nadat een sollicitatieprocedure is beëindigd en de sollicitant niet wordt aangenomen. Langer bewaren van de gegevens is alleen

11. Het CBP heeft in 2006 overigens onderzocht in hoeverre particuliere recherchebureaus voldoen aan de naleving van de informatieplicht op grond van art. 33 WBP jegens degene die onderwerp is van onderzoek (zie 'Onderzoeksrapport CBP' mei 2006, op <http://www.cbweb.nl>). Het CBP heeft vastgesteld dat in een groot aantal gevallen de bureaus niet weten of zij hebben voldaan aan deze informatieplicht, omdat zij het aan hun opdrachtgever (lees: de potentiële werkgever) overlaten om de onderzochte persoon in te lichten en zij niet controleren of de opdrachtgever dat ook daadwerkelijk heeft gedaan.

12. De meldingen worden opgenomen in een openbaar register (art. 30 WBP). Wanneer melding wordt nagelaten, kan het CBP bestuursdwang toepassen (art. 65 WBP) of een bestuurlijke boete van maximaal € 4500 opleggen (art. 66 WBP).

13. *Stb.* 2001, 250.

toegestaan tot uiterlijk één jaar na beëindiging van een sollicitatieprocedure en met toestemming van een sollicitant.

#### —— Sollicitatiecode NVP

Een ander relevant normenstelsel voor pre-employment screening is de door de Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement & Organisatieontwikkeling (NVP) ontwikkelde sollicitatiecode (de Code). Het doel van de Code is een norm te bieden voor transparante en eerlijke werving en selectie; de sollicitant dient deugdelijk en volledig geïnformeerd te worden. De Code is opgesteld in overleg met de Stichting van de Arbeid. Ten aanzien van screening van een sollicitant zij verwezen naar art. 5.1:

'Indien de arbeidsorganisatie inlichtingen over een sollicitant wil inwinnen bij derden en/of andere bronnen, vraagt zij hiertoe vooraf diens toestemming, tenzij zulks niet vereist is op grond van een wettelijke of algemeen verbindend voorschrift. De beoogde informatie moet direct verband houden met de te vervullen vacature en mag geen onevenredige inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van een sollicitant. Bij derden en andere bronnen verkregen informatie zal, indien relevant, met de sollicitant worden besproken.'

Ten slotte voorziet de Code ook nog in een klachtenbehandeling door de NVP indien de sollicitant geen of een onbevredigende reactie heeft gekregen op de klacht over de potentiële werkgever. De NVP toetst het feitencomplex aan de Code en doet een (niet-bindende) uitspraak, die vergezeld kan gaan van een aanbeveling.<sup>14</sup>

#### —— Gebruik zwarte lijsten detailhandel

In de detailhandel wordt gebruikgemaakt van zwarte lijsten als vorm van pre-employment screening: door een waarschuwingsregister wordt de mogelijkheid geboden op eenvoudige wijze de sollicitant te screenen. Het waarschuwingsregister is beschikbaar voor alle winkelbedrijven in Nederland en er is een beveiligde internetapplicatie. De Stichting Fraude Aanpak Detailhandel (FAD) is verantwoordelijk voor het toezicht op het waarschuwingsregister. Een werknemer die wordt ontslagen wegens fraude en waarvan aangifte is gedaan bij de politie wordt geregistreerd in het waarschuwingsregister. Bij het uitvoeren van een screening voert de detaillist aan de hand van een geldige legitimatie, een code in die bestaat uit de eerste vijf letters van de achternaam en de geboorte-

14. Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement & Organisatieontwikkeling, *NVP Sollicitatiecode*, Nieuwegein: 2006, <http://www.nvp-plaza.nl>.

datum. Het waarschuwingsregister geeft vervolgens aan of deze code is aangetroffen of niet. Indien de code is aangetroffen wordt met de detaillist die de ex-werknemer heeft geregistreerd contact gezocht om te verifiëren of het om dezelfde persoon gaat. FAD heeft een klachtencommissie in het leven geroepen, waarbij geregistreeerde personen bezwaar kunnen maken tegen opname in het register. Het CBP heeft naar aanleiding van de melding van de Raad Nederlandse Detailhandel (RND) van het waarschuwingsregister detailhandel een zogenaamd 'voorafgaand onderzoek' als bedoeld in art. 31 WBP ingesteld.<sup>15</sup> Hoewel het CBP zich eerder in positieve zin heeft uitgelaten over de rechtmatigheid van het gebruik van zwarte lijsten in de detailhandel als vorm van pre-employment screening<sup>16</sup>, heeft het CBP onlangs in een nog niet gepubliceerd onderzoeksrapport aan FAD laten weten het niet geoorloofd te vinden dat 'kleine' fraudezaken, zoals het stelen van een paar voetbalsokken, tot registratie leiden.<sup>17</sup> FAD heeft in haar jaarverslag geconstateerd dat de zwarte lijst steeds vaker en met succes wordt geraadpleegd bij het voorkomen van fraude in de detailhandel.<sup>18</sup> De meeste kritiek van de vakbond, de werknemers en de ondernemingsraden – maar ook van de werkgevers – is het feit dat iemand op een zwarte lijst geplaatst kan worden zonder te zijn veroordeeld door de rechter. Eenieder kan zich levendig voorstellen dat er soms onduidelijkheid is over de vraag of er al dan niet sprake is van diefstal. FNV Bondgenoten heeft onder meer gewezen op het bezwaar van de grijze gebieden van diefstal, zoals de situatie dat niet goed geregeld is of personeel onverkooptbare producten al dan niet mag meenemen.<sup>19</sup>

15. Verwerking van persoonsgegevens die specifieke risico's meebrengen voor de rechten en vrijheden van betrokkene kunnen aan een zogenaamd voorafgaand onderzoek worden onderworpen. De voorafgaande controle bestaat uit het kenbaar maken aan het CBP van de meegenomen verwerkingen en de bevoegdheid van het CBP om een nader onderzoek hiernaar in te stellen.
16. Zie [http://www.cbpweb.nl/documenten/med\\_uit\\_z2004-0253.stm?refer=true&theme=purple](http://www.cbpweb.nl/documenten/med_uit_z2004-0253.stm?refer=true&theme=purple) (geraadpleegd op 17 september 2007). Zie *Jaarverslag CBP 2006*, p. 20, <http://www.cbpweb.nl>.
17. 'Privacywet beschermt kruimeldief', *De Telegraaf* 10 september 2007. Het jaarverslag 2006 van het CBP meldt dat de resultaten van dit onderzoek in 2007 zullen worden gepubliceerd.
18. FAD, *Jaarverslag 2006*, Leidschendam: 2007, <http://www.stichtingfad.nl>.
19. Zie <http://www.nieuwsbank.nl/inp/2005/06/17/R278.htm> (geraadpleegd op 17 september 2007).
20. Van in-employment screening is sprake wanneer er al een arbeidsovereenkomst bestaat, maar bijvoorbeeld bij een functie-wijziging het arbeidsverleden, de moraliteit en de integriteit moeten worden gescreend.

### Pre- en in-employment screening in de financiële sector

Tot 2007 was de wettelijke verplichting van pre- en in-employment screening (PES)<sup>20</sup> van personeel in integriteitsgevoelige functies bij financiële ondernemingen onder meer opgenomen in de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer (NRg 2002), het Besluit integere bedrijfsvoering kredietinstellingen<sup>21</sup> en de daarmee verbonden Regeling integriteitsgevoelige functies kredietinstellingen en verzekeraars.<sup>22</sup> Een soortgelijke verplichting is thans opgenomen in de Wet op het financieel toezicht (Wft) – waarin de 'Markets in Financial Instruments Directive' (MiFID-richtlijn) vanaf eind 2007 zal worden geïmplementeerd. Daarin maakt de verplichting om vóór indiensttreding een onderbouwde beoordeling te maken van de betrouwbaarheid van personen in integriteitsgevoelige functies, deel uit van de algemene norm zorg te dragen voor integere bedrijfsvoering.<sup>23</sup>

De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) heeft in het kader van voornoemde wettelijke verplichtingen een screening-standaard ingevoerd voor de financiële sector. Voor de uitvoering van de screening is het Dutch Securities Institute (DSI) ingeschakeld, dat als integriteitsbewaker van de financiële sector veel ervaring heeft opgedaan met de screening van beleggingsdeskundigen in verband met hun DSI-registratie.<sup>24</sup>

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB) hebben in maart 2007 aangegeven het initiatief van het DSI en de NVB te steunen, waarmee aan financiële ondernemingen de mogelijkheid wordt geboden de PES van (toekomstig) eigen of ingehuurd personeel in integriteitsgevoelige functies door het DSI te laten verrichten.<sup>25</sup>

Van deze PES kunnen alle financiële ondernemingen en voor hen werkzame uitzend- en detachingsorganisaties en overige leveranciers van personeel gebruikmaken. De financiële ondernemingen concentreren zich op de inhoudelijke beoordeling van de kandidaat, terwijl het DSI de formele screeningwerkzaamheden voor zijn rekening neemt. Het DSI voert de screening uit volgens een standaard die in nauwe samenwerking met de branche tot stand is gekomen en volledig aan de door de financiële sector gestelde eisen voldoet.

21. *Sib.* 2003, 396.

22. *Stcrt.* 2003, 248, p. 58.

23. Zie <http://www.10.128.8.59/data/kportalneo/current/29708/wft.pdf> (geraadpleegd op 17 september 2007).

24. Zie <http://www.dsi.nl>.

25. Zie [http://www.dsi.nl/downloads/files/Briefv\\_n\\_AFM\\_DNB.pdf](http://www.dsi.nl/downloads/files/Briefv_n_AFM_DNB.pdf) (geraadpleegd op 17 september 2007).

Na de aanvraag voor een PES controleert en verifieert het DSI de gegevens op basis van een dossier dat de kandidaat zelf aanlevert en stelt het een verklaring op van zijn bevindingen (PES-verklaring) eventueel met vermelding van bijzonderheden. De kandidaat dient een verklaring betreffende zijn integriteit en deskundigheid te laten ondertekenen door de (ex-)werkgever(s), waar hij de laatste vijf jaar gewerkt heeft. Het DSI controleert of deze referenties correct zijn. Het blijft de verantwoordelijkheid van de (toekomstige) werkgever om een oordeel te geven over de deskundigheid en de integriteit van de kandidaat in relatie tot de beoogde functie. Het DSI doet daar geen uitspraak over; het beperkt zich tot het afgeven van de PES-verklaring.

Naast de toetsing aan de eigen database, controleert het DSI in overeenstemming met de interne procedures het volgende: het identiteitsbewijs, de Verklaring omtrent Gedrag (VOG), de eigen verklaring met betrekking tot integriteit, de juistheid van referenties van de laatste vijf jaar, de relevante diploma's en of er sprake is geweest van een faillissement.

Het feit dat de sollicitant zelf een dossier aanlevert, biedt de nodige duidelijkheid voor de sollicitant en sluit aan bij de norm van transparante en eerlijke werving en selectie, zoals neergelegd in de hierboven vermelde Code. Een ander voordeel is dat door het aanleggen van een database van gescreende personen veel benodigde gegevens reeds voorhanden zijn, waardoor financiële instellingen heel snel over gescreend personeel kunnen beschikken. Ook heeft het centraliseren van de screening tot voordeel dat een instituut, dat de autoriteit heeft om voor de (financiële) branche een screening te verrichten, eerder toegang verkrijgt tot databases van bijvoorbeeld opleidings- en exameninstututen.<sup>26</sup>

De zorgvuldige en professionele wijze waarop de financiële sector de uitvoering van pre- en in-employment screening heeft aangepakt zou mijns inziens serieus moeten worden onderzocht door andere branches.

### Rechtspraak

In het navolgende wordt een aantal uitspraken besproken, die relevant zijn voor de vraag of, hoe en wanneer (pre-)employment screening is toegestaan.

#### Onderzoeksverplichting potentiële werkgever tijdens sollicitatie

Interessant in dit kader is een uitspraak van de Kantonrechter Groningen in een ontbindingsprocedure

waarbij de kantonrechter uitging van een onderzoeksverplichting voor een werkgever met betrekking tot het arbeidsverleden van de sollicitant. De kantonrechter overwoog:

'(...) het is bij een sollicitatieprocedure, waarbij bekend is dat de vorige dienstbetrekking van de beoogde werknemer als gevolg van een arbeidsconflict werd beëindigd, altijd zeer gewenst, zoal niet noodzakelijk, dat de werkgever bij de vorige werkgever ook informeert naar de achtergronden van het conflict (...).'

Het gaat niet aan dat de werkgeefster de mededelingsplicht van de werknemer eenzijdig benadrukt en dat zij haar eigen *onderzoeksverplichting* [cursivering auteur] geheel uit het oog verliest (...).<sup>27</sup>

Hoeveel werkgevers zijn zich bewust van het feit dat er in een sollicitatieprocedure, waarbij bekend is dat de beoogde werknemer met een conflict is vertrokken, wel eens een onderzoeksverplichting zou kunnen worden aangenomen? De werkgever doet er in ieder geval verstandig aan een goede *due diligence* te doen bij indiensttreding van een nieuwe werknemer.<sup>28</sup>

Daarnaast is het aan te bevelen bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst in een vaststellingsovereenkomst heldere afspraken te maken over de (wijze van) communicatie over het vertrek van de werknemer en vast te leggen dat slechts mededelingen aan derden over het arbeidsverleden worden gedaan als de werknemer hiervoor toestemming heeft gegeven. Op deze wijze voorkomt de werknemer – zo veel mogelijk – dat zijn voormalige werkgever op ongecontroleerde wijze informatie verstrekt aan de potentiële werkgever. Overigens kan er een lastige situatie ontstaan wanneer de nieuwe werkgever voldoet aan zijn onderzoeksverplichting en informatie vraagt die op basis van afspraken tussen de voormalige werkgever en ex-werknemer slechts in zeer neutrale zin wordt afgegeven.

**Doorgifte belastende informatie voormalige werkgever aan potentiële werkgever niet onrechtmatig**  
KLM had als voormalig werkgever gegevens bewaard inzake een tegen een uitzendkracht gerezen verdenking van verduistering, alsmede inzake andere inci-

27. Ktr. Groningen 30 september 1996, *JAR* 1996/222. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2004, *JAR* 2007/70.

28. In het kader van de onderzoeksverplichting van een werkgever wordt verwezen naar een arrest van het Hof Amsterdam 6 april 2006 (*JAR* 2006/280) waarbij werd overwogen dat een nieuwe werkgever, die kan worden aangemerkt als een naaste concurrent van de werkgever van de sollicitant, bij het sollicitatiegesprek dient te vragen naar het bestaan van een concurrentiebeding (zie ook V.zr. Rb. Rotterdam 20 februari 2007, *JAR* 2007/84).

26. DSI, *PES Brochure voor de werkgever*, Amsterdam, <http://www.dsi.nl>.

denten waarbij de uitzendkracht betrokken was geraakt. KLM had *uit eigen beweging* deze belastende informatie over de uitzendkracht aan Martinair doorgespeeld. De voormalige uitzendkracht van KLM tekende hoger beroep aan, nadat hij eerder door de rechtbank in het ongelijk was gesteld. De uitzendkracht stelde primair dat KLM in strijd had gehandeld met de WPR (de voorloper van de WBP) door – zonder zijn medeweten – zijn persoonsgegevens te registreren en deze zonder zijn toestemming aan een potentiële werkgever, in casu Martinair, te verstrekken. De subsidiaire grondslag van de vordering luidde dat KLM onrechtmatig had gehandeld door bovengenoemde gedragingen. Martinair maakte al enkele jaren gebruik van de diensten van de bedrijfsbeveiliging van KLM en werkte op diverse terreinen (nauw samen met KLM. In dat kader bezien en gelet op de aard van de recentelijk door KLM met de uitzendkracht opgedane ervaringen, overwoog het hof dat het KLM niet euvel kon worden geduid dat zij, nadat zij de uitzendkracht had afgewezen voor de door deze geambieerde functie van grondsteward, Martinair met het oog op een mogelijke sollicitatie van de uitzendkracht had ingelicht. KLM heeft aldus het belang dat Martinair ‘begrijpelijkerwijs bij het verkrijgen van deze informatie had laten prevaleren boven het belang van de uitzendkracht dat die informatie niet verder bekend zou worden’, aldus het hof. Aangezien niet gebleken was dat KLM bewust onjuiste informatie – of informatie in onnodig grievende vorm – aan Martinair had doorgegeven, was het doorgeven van die informatie door KLM aan Martinair niet onrechtmatig jegens de uitzendkracht.<sup>29</sup>

Het gaat mijns inziens wel ver dat reeds bij een gezeten verdenking een voormalige werkgever op eigen initiatief een mogelijk toekomstige werkgever inlicht met alle gevolgen van dien voor de werknemer, terwijl in rechte niet is komen vast te staan dat hij zich inderdaad schuldig heeft gemaakt aan verduistering.

#### **Informatieverstrekking over sollicitant zonder toestemming niet onrechtmatig**

De sollicitatie van een voormalige medewerkster van de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) van het ministerie van Justitie naar de functie van gerechtssecretaris bij het parket liep spaak nadat de IND – *desgevraagd* – informatie had verstrekt aan het parket over het arbeidsverleden van de sollicitant. Voorafgaand aan haar vertrek had de voormalige IND-medewerkster een afscheidsmail aan alle medewerkers gestuurd, waarin zij kritiek had geleverd op twee met name genoemde leidinggevendenden. Het ministerie van

Justitie merkte deze e-mail aan als smaad en laster; de medewerkster werd disciplinair gestraft door een inhouwing van loon. Hierdoor rezen bij het parket twijfels over een aantal vaardigheden waarover een parketsecretaris zou moeten beschikken. De gedupeerde voormalige IND-medewerkster eiste schadevergoeding van de IND wegens loonderving. Hiertoe stelde zij dat de IND door het zonder toestemming verstrekken van informatie omtrent haar functioneren aan het parket, onrechtmatig had gehandeld nu de bepalingen van de WBP waren geschonden. De claim werd afgewezen door de rechtbank.

De CRvB stelde in hoger beroep allereerst vast dat appellante in dienst was geweest bij het ministerie van Justitie en dat deze ook de beoogde nieuwe werkgever was. Dit betekende niet alleen dat het parket in dit geval niet als ‘een derde’ in de zin van de WBP kon worden beschouwd, maar ook dat geen sprake was van het verstrekken of doorzenden van gegevens. De stelling van de voormalige IND-medewerkster dat het verwerken van haar persoonsgegevens slechts toegestaan was indien zij daarvoor ondubbelzinnig toestemming had verleend, miskende volgens de CRvB, dat zodanige verwerking ook toelaatbaar was indien werd voldaan aan een van de andere voorwaarden genoemd in art. 8 van de WBP. De CRvB oordeelde dat het raadplegen van de persoonsgegevens in het personeelsdossier van de voormalige IND-medewerkster noodzakelijk kon worden geacht voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van het ministerie van Justitie (zie art. 8 onder f WBP). Het parket diende zich immers een oordeel te vormen omtrent de geschiktheid van deze kandidaat voor de door haar geambieerde functie van parketsecretaris. Tegen dat gerechtvaardigd belang kon niet opwegen het persoonlijk belang van de voormalige IND’ster om informatie over haar disciplinaire bestraffing en het daaraan ten grondslag liggende gedrag achter te houden. De verstrekking van gegevens was niet onrechtmatig nu deze kon worden gebaseerd op de grondslag van art. 8 WBP dat verstrekking noodzakelijk was voor het gerechtvaardigde belang van de werkgever, aldus de CRvB.<sup>30</sup>

Zoals wel vaker biedt art. 8 onder f WBP een kapstok als ondubbelzinnige toestemming voor het verwerken van persoonsgegevens ontbreekt, maar de rechter toch vindt dat het verwerken van persoonsgegevens geoorloofd is.

29. Hof Amsterdam 29 juni 2004, *NJF* 2004, 579.

30. CRvB 24 november 2005, *TAR* 2006, 24.

### Veroordeling werkgever tot rectificatie, intrekking berisping en verwijdering uit het personeelsdossier

Een voormalige bankdirecteur vorderde onder meer een gebod tot intrekking en rectificatie, alsmede verwijdering van een berisping uit haar personeelsdossier. De kantonrechter oordeelde dat de werknemers voldoende belang had bij haar vorderingen, nu de berisping bij latere sollicitaties, gelet op haar functie ongetwijfeld in haar nadeel zou werken. De berisping had niet gegeven mogen worden nu de cao deze disciplinaire maatregel niet kende. De kantonrechter veroordeelt de werkgever tot ongedaanmaking van de berisping en verwijdering uit het personeelsdossier. Daarnaast diende de werkgever een rectificatie aan collega's te verstrekken dat de werknemers in kwestie ten onrechte was berispt, waarbij excuses moeten worden gemaakt over de inhoud van de mededeling.

Met het op deze wijze zuiveren van het blazoen kon de werknemer er zelf toe bijdragen dat de pre- en employment screening tot een positief resultaat leidde.<sup>31</sup>

### Ongevraagd informatie verstrekken aan potentiële werkgever: onrechtmatige daad voormalige werkgever

De ongevraagde (ongunstige) informatieverstrekking door een voormalige werkgever aan een potentiële werkgever leidde ertoe dat een sollicitant zijn kansen op een nieuwe baan in rook zag opgaan. De sollicitant vorderde een verklaring voor recht dat zijn voormalige werkgever een onrechtmatige daad tegen hem had begaan, dan wel in strijd met het goed werkgeverschap had gehandeld. Er werd in deze kwestie geen beroep gedaan op de WBP. De kantonrechter droeg de sollicitant op te bewijzen dat zijn voormalige werkgever uit eigen beweging informatie had verschaft. De kantonrechter achtte hierbij niet van belang of de beschuldigingen juist waren. Dat zou alleen onderzocht behoeven te worden als gesteld zou zijn dat de voormalige werkgever de bewuste informatie aan de potentiële werkgever had verstrekt naar aanleiding van vragen die laatstgenoemde op eigen initiatief gesteld had. In dat geval zouden dergelijke mededelingen niet onrechtmatig zijn als ze waar zijn, aldus de kantonrechter in een overweging ten overvloede. De sollicitant slaagde in de bewijsopdracht. De voormalige werkgever had in een telefoongesprek met de potentiële werkgever gezinspeeld op verdere zaken ten aanzien van de sollicitant; hierdoor moest de voormalige werkgever beseft hebben dat hij aldus

vragen van de potentiële werkgever uitlokte, hetgeen kwalificeerde als een onrechtmatige daad.

Het verweer van de voormalige werkgever dat de oud-werknemer verhaal had moeten halen bij de potentiële werkgever trof geen doel. 'Het staat vast dat de bewuste informatie (...) fataal is geworden en dan dient degene die de informatie uit eigen beweging heeft verschaft eerder aansprakelijk gesteld te worden dan degene die op de informatie afgaat', aldus de kantonrechter.<sup>32</sup>

Anders dus dan het Hof Amsterdam in bovengenoemde KLM-zaak, meende de kantonrechter dat het ongevraagd verstrekken van informatie van de voormalige werkgever aan de potentiële werkgever wel degelijk onrechtmatig is. De kantonrechter benadrukte dat indien mededelingen op verzoek van de aanstaande werkgever worden gedaan en de inhoud juist was, geen sprake was van onrechtmatig handelen door de voormalige werkgever. Naast de expliciete afspraken in een vaststellingsovereenkomst over de wijze van communicatie over de achtergrond van vertrek en het arbeidsverleden van de werknemer doet de werkgever er goed aan intern te bewaken dat geen van zijn medewerkers ongevraagd informatie verstrekt aan potentiële werkgevers nu een dergelijke handelswijze mogelijk onrechtmatig zou kunnen zijn.

### Verstrekken informatie over studieschuld aan nieuwe werkgever door voormalige werkgever: onrechtmatig

Het Hof 's-Gravenhage heeft zich recentelijk over dit onderwerp uitgelaten.<sup>33</sup> Het betrof een werknemer die met zijn voormalige werkgever afspraken had gemaakt over de terugbetaling van een studieschuld bij beëindiging van de dienstbetrekking. Inmiddels had deze werknemer bij zijn nieuwe werkgever een lening afgesloten voor het gehele bedrag van deze studieschuld, zonder de nieuwe werkgever te informeren dat een deel van deze schuld al door de oude werkgever was voldaan. De nieuwe werkgever kwam hier achter en ontsloeg de werknemer op staande voet.

Aangezien de werknemer de afspraken tot terugbetaling van de studieschuld bij zijn voormalige werkgever niet nakwam, vorderde laatstgenoemde bij de kantonrechter betaling van het restant van de studieschuld. In reconventie vorderde de werknemer onder meer een verklaring voor recht dat de voormalige werkgever onrechtmatig had gehandeld door aan zijn nieuwe werkgever informatie over de studieovereenkomst en een kopie daarvan te verstrekken. De kan-

8 | 31. Ktr. Haarlem 1 november 2006, *JAR* 2006/273.

32. Ktr. Eindhoven 24 maart 2006, *JAR* 2006/91.

33. Hof 's-Gravenhage 16 februari 2007, *JAR* 2007/125.

tonrechter stelde de voormalige werkgever in het gelijk, waarna de werknemer hoger beroep aantekende. Het hof ging er 'veronderstellenderwijs' van uit dat de voormalige werkgever door (...) informatie over de studieovereenkomst en een kopie van de studieovereenkomst aan de nieuwe werkgever te verstrekken, in strijd heeft gehandeld met art. 7:611 BW en in strijd heeft gehandeld met Wbp en aldus onrechtmatig heeft gehandeld jegens werknemer'. Het hof overwoog voorts dat de werknemer de studieschuld moest aflossen nu dit door partijen was overeengekomen. Ten aanzien van de stelling van de werknemer dat het gedrag van de voormalige werkgever had geleid tot zijn ontslag bij de nieuwe werkgever oordeelde het hof dat het gedrag van de voormalige werkgever inderdaad had bijgedragen aan het ontslag. Maar ook het feit dat de werknemer zijn nieuwe werkgever onjuist had voorgelicht over de omvang van zijn studieschuld had daaraan bijgedragen. Uiteindelijk concludeerde het hof dat de schade billijkheidshalve volledig voor rekening van de werknemer diende te blijven. Daarbij speelde onder meer een rol dat de werknemer niet had betwist dat de door zijn voormalige werkgever aan de nieuwe werkgever – *desgevraagd*, dus niet uit eigener beweging – verstrekte informatie geheel juist was. Het lijkt mij terecht dat de voormalige werkgever niet tot een schadevergoeding werd veroordeeld nu hij – *desgevraagd* – juiste informatie had verschaft die nodig was om een onjuiste voorstelling van zaken recht te zetten.

### Lijn in rechtspraak

Het is onbevredigend dat ondanks de beschermingsbepalingen van de WBP ten aanzien van de informatieprivacy en de Code, de potentiële werkgever geen toestemming nodig lijkt te hebben om onderzoek te doen naar het arbeidsverleden van de sollicitant. In de zaken, zoals hierboven beschreven werd ook geen beroep gedaan op de Code. De lijn in de rechtspraak lijkt te zijn dat wanneer de potentiële werkgever expliciet bij de voormalige werkgever om informatie vraagt, het verstrekken van juiste informatie niet onrechtmatig is.<sup>34</sup>

### Oordeel CBP met betrekking tot gebruik gegevens sollicitatieprocedure

Het CBP heeft twee jaar geleden geoordeeld over een klacht inhoudende dat een potentiële werkgever persoonsgegevens verkregen in het kader van een sollicitatieprocedure niet aan de Sociale Dienst en de So-

ciale Recherche had mogen verstrekken bij een vermoeden van fraude.

Het CBP overwoog onder meer:

'(...) Het gaat hierbij in essentie om de vraag of de vertrouwelijkheid van het sollicitatiegesprek doorbroken moet worden in het kader van fraudebestrijding. Als de wetgever van oordeel is dat het werken met dergelijke informatie een maatschappelijk wenselijke situatie is, moet een dergelijke bevoegdheid helder in de wetgeving geëxpliciteerd worden. Het CBP merkt hierbij wellicht ten overvloede op dat ook wanneer deze verstrekking getoetst zou worden aan de WBP, De Scholengemeenschap [lees: de potentiële werkgever, aantekening auteur] het vermoeden van fraude door verzoeker niet zou hebben mogen doorgeven omdat deze verwerking onverenigbaar zou zijn geweest met het doel waarvoor verzoeker zijn persoonsgegevens aan het De Scholengemeenschap heeft verstrekt, namelijk ten behoeve van de sollicitatieprocedure (artikel 9 WBP). (...)'<sup>35</sup> Het zal geen verbazing wekken dat het CBP de klacht grotendeels gegrond achtte. Opmerking verdient dat bij een klacht over gedrag van een potentiële werkgever ten aanzien van schending van de WBP niet alleen een beroep op de Code van de NVP kan worden gedaan, maar dat ook de schending van de WBP onder de aandacht gebracht kan worden. Hierbij is van belang dat een schending van de WBP een onrechtmatige daad kan opleveren (art. 6:162 BW).<sup>36</sup>

### 'De uitsmijter'

Een tweetal recente uitspraken over pre-employment screening<sup>37</sup> – in de financiële sector – zijn aanleiding om een discussie aan te zwengelen met betrekking tot de positie van de ex-werkgever en de ex-werknemer wanneer een integriteitsverklaring niet wordt verstrekt. Onder welke omstandigheden kan de voormalige werkgever hiervoor door zijn ex-werknemer aansprakelijk gesteld worden? Hoe kan een werknemer beschermd worden tegen een weigering van een integriteitsverklaring op onjuiste of oneigenlijke gronden?

Na dertig jaar dienstverband werd de arbeidsovereenkomst met een districtsdirecteur van ABN AMRO ontbonden onder toekenning van een vergoeding van € 770 000 bruto. ABN AMRO verstreekte aan de dis-

34. In gelijke zin: H.H. de Vries, 'De staat van de privacybescherming van de werknemer 2005-2006', *P&I* 2006, 313.

35. Zie [http://www.cbprecht.nl/downloads\\_uit/z2004-0755\\_2\\_klager.pdf?refer=true&theme=purple](http://www.cbprecht.nl/downloads_uit/z2004-0755_2_klager.pdf?refer=true&theme=purple) (geraadpleegd op 17 september 2007).

36. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 26 (MvT).

37. Ktr. Rotterdam 5 september 2006, *LJN* AY9231, 687 197 en de bij het ter perse gaan van dit artikel nog niet gepubliceerde uitspraak van Ktr. Amsterdam 14 september 2007, nieuwsbericht 2007/184, *OpMaat Arbeidsrecht*.

trictsdirecteur een positief getuigschrift; de werkzaamheden waren 'naar volle tevredenheid verricht'. Vervolgens trad deze werknemer in dienst bij Fortis onder de ontbindende voorwaarde dat ABN AMRO een integriteitsverklaring verstrekke op basis van de integriteitscode, zoals overeengekomen tussen de Nederlandse Vereniging van Banken. ABN AMRO weigerde de integriteitsverklaring te verstrekken, onder meer omdat de ex-werknemer ten opzichte van zijn medewerkers 'de menselijke maat uit het oog verloren had, waardoor een aantal van hen beschadigd was geraakt'. Daarnaast stelde ABN AMRO dat de ex-werknemer hem tijdens de onderhandelingen over zijn afvloeiingsregeling op ongeoorloofde wijze had getracht onder druk te zetten, terwijl toen ook was gebleken dat de werknemer vele bedrijfsdocumenten thuis had liggen, die eerst waren ingeleverd toen er met een ontslag op staande voet werd bedreigd. Fortis stelde zich op het standpunt dat de arbeids-overeenkomst door vervulling van de ontbindende voorwaarde op 2 augustus 2005 van rechtswege was geëindigd en verzocht zekerheidshalve om een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De Rotterdamse Kantonrechter ontbond de arbeids-overeenkomst voorwaardelijk op 1 december 2005 onder toekenning van een voorwaardelijke vergoeding van € 67 500 bruto.

In de bodemprocedure concludeerde de Rotterdamse Kantonrechter dat Fortis geen beroep op de ontbindende voorwaarde had mogen doen. De kantonrechter meende dat het feit dat de ex-werknemer zich 'verre van geliefd heeft gemaakt', nog geen reden was om te twijfelen aan zijn professionele integriteit. Het woord 'integriteit' in de integriteitscode binnen het bankiersbedrijf refereert aan eigenschappen als eerlijkheid en betrouwbaarheid binnen de uitoefening van dat bedrijf en ziet niet op de omgang met collega's, aldus de kantonrechter. Laatstgenoemde hanteerde een beperkte uitleg van het begrip 'integriteit' en wees onder meer een loonvordering toe van ruim € 51 000 bruto nu de arbeidsovereenkomst met Fortis had voortgeduurd tot 1 december 2005.

Vervolgens stelde de ex-ABN AMRO-medewerker ook ABN AMRO aansprakelijk voor de schade die hij had geleden in verband met het eindigen van zijn (kortstondige) nieuwe carrière bij Fortis. De Kantonrechter Amsterdam concludeerde dat ABN AMRO onrechtmatig had gehandeld en wees bijna € 700 000 bruto (!) toe onder meer voor de vermogensschade bestaande uit gemiste inkomsten uit de arbeid, alsmede een bedrag aan immateriële schade. ABN AMRO krijgt een dure rekening gepresenteerd voor het feit dat hij in tegenstelling tot de Rotter-

damse kantonrechter een ruime uitleg geeft aan het begrip 'integriteit'.

Het is mijns inziens discutabel of de beperkte uitleg van het begrip 'integriteit' in de hierboven genoemde jurisprudentie, gelet op het doel van de verstrekking van een integriteitsverklaring in het kader van pre-employment screening, wel juist is. Wanneer al te krampachtig wordt vastgehouden aan een beperkte definitie van het begrip 'integriteit', kan niet het signaal worden afgegeven door de voormalige werkgever dat de werknemer in kwestie op enigerlei wijze een risico vormt en niet voldoet aan zijn eisen van 'integriteit'. Deze rechtspraak geeft stof tot nadenken over de wijze waarop het begrip 'integriteit' dient te worden uitgelegd en hoe werkgevers en werknemers verschoond kunnen blijven van een slagveld van juridische procedures, zoals hierboven geschetst. Het zou partijen in bovengenoemde jurisprudentie wellicht anders zijn vergaan wanneer er een vertrouwelijk toetsingskader zou hebben bestaan in een met voldoende waarborgen omklede procedure, zoals bij de Tuchtcommissie DSI.<sup>38</sup>

#### Ten slotte

Ondanks de schaarse rechtspraak lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het wettelijke kader van de WBP en de normering op grond van de Code zeer zelden hun weerslag vinden in de rechtspraak, omdat daarop geen beroep wordt gedaan. Het is zonder meer onbevredigend dat een potentiële werkgever zonder toestemming van een sollicitant een onderzoek kan doen naar het arbeidsverleden. Wanneer een potentiële werkgever bij een voormalige werkgever informatie inwint over een arbeidsverleden, is het verstrekken van juiste informatie niet onrechtmatig ook al is deze informatie negatief van aard.

De detailhandel en de financiële sector hebben maatregelen genomen om pre-employment screening te institutionaliseren. Bij het toepassen van de zwarte lijst in de detailhandel past als kritische noot dat het opmerkelijk is dat iemand op deze lijst kan worden geplaatst zonder een strafrechtelijke veroordeling. In de financiële sector wordt de screening centraal gecoördineerd en gestandaardiseerd uitgevoerd op basis van een dossier dat de sollicitant zelf aanlevert, hetgeen meer waarborg biedt voor een zorgvuldige screening.

38. Zie noot 24. De ex-werkgever in de effectensector moet verplicht melding maken bij het DSI indien niet zonder voorbehoud een integriteitsverklaring kan worden afgegeven waarna een onderzoek volgt en eventueel een procedure bij de Tuchtcommissie. Er is ook een integriteitsrichtsnoer voor de effectensector dat kan worden gehanteerd in het kader van de integriteitsbeoordeling van een DSI-geregistreerde.



Ook andere branches zouden – in navolging van de financiële branche – serieus moeten onderzoeken of de pre- en in-employment screening niet op eenzelfde gestandaardiseerde en kwalitatief hoogwaardige wijze zou kunnen worden aangepakt. Dit zal kunnen bijdragen aan een meer transparante sollicitatieprocedure waarbij de sollicitant een actieve rol heeft. Dit is toe te juichen nu de werkgever op professionele wijze voorzien wordt van waardevolle informatie, terwijl voor de sollicitant helder is dat en op welke wijze de pre-employment screening plaatsvindt.

Daarnaast is het voor individuele werkgevers en werknemers verstandig om in het kader van de beëindiging van een arbeidsovereenkomst schriftelijk vast te leggen hoe aan derden gecommuniceerd zal worden over bijvoorbeeld de reden van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en of (positieve) referenties zullen worden verstrekt. Tevens is het aan te bevelen dat een ex-werkgever voorzorgsmaatregelen neemt om te voorkomen dat ongevraagd (negatieve) informatie wordt verstrekt over een ex-werknemer aan een potentiële werkgever nu dit onrechtmatig zou kunnen zijn. Ten slotte is het praktisch het in het kader van de beëindigingsafspraken eens te worden over de inhoud van een getuigschrift om gesteggel achteraf te voorkomen.

Recente rechtspraak geeft aanleiding voor een discussie over de positie van de werkgever die weigert een integriteitsverklaring af te geven en daarmee onrechtmatig zou kunnen handelen, terwijl de werknemer zich moet kunnen verweren tegen een weigering om een integriteitsverklaring af te geven op onjuiste of oneigenlijke gronden. Het draaiboek voor 'His past is your future II' kan geschreven worden!