

## **Over toegang tot een Gmail-account en onrechtmatig verkregen bewijs**

Arbeidsrecht is en blijft een heerlijk vak! Praktisch, maar ook juridisch. En daarnaast vaak "sappige" zaken. De ene keer gaat het over alcohol drinkende stewardessen, de andere keer over scheldpartijen op social media. Dit keer gaat het over een werkgever die zich toegang verschafft tot het Gmail-account van de echtgenote van een werknemer. Op basis van de e-mails die vervolgens worden gevonden, wordt de werknemer ontslagen. Mag dat? Of is er sprake van onrechtmatig verkregen bewijs, dat niet ten grondslag mag liggen aan het ontslag? De eer is aan het Gerechtshof Den Bosch om hierover te oordelen (LJN BZ5206, 4 april 2013).

### ***List en bedrog in China?***

De werkgever (Doco International BV, hierna: Doco) en de werknemer spreken in februari 2008 af dat werknemer met zijn gezin naar China verkast, om een goedkopere inkoopmarkt op te zetten. Daar werd een nieuw bedrijf voor opgericht: Clear Concept Investments Ltd. (hierna: Clear Concept). De echtgenote van werknemer verrichtte tegen betaling werkzaamheden voor Doco en Clear Concept.

In januari 2009 ontstonden er bij Doco verdenkingen tegen de werknemer: hij zou bezig zijn een concurrerend bedrijf op te zetten. Dat werd volgens Doco bevestigd door het feit dat de werknemer had geweigerd zijn laptop af te geven, waarop volgens Doco bestanden van het bedrijf gekopieerd zouden zijn. Onder andere vanwege deze redenen wordt de werknemer op 16 januari 2009 op non-actief gesteld.

Vervolgens wordt er nader onderzoek gedaan naar de werknemer. Hieruit blijkt onder andere dat hij samen met zijn schoonvader ("toevallig" de Algemeen Directeur van Doco) voorbereidingen treft voor de oprichting van een concurrerend bedrijf. Dit blijkt uit persoonlijke e-mails van de werknemer en de Algemeen Directeur, die op het netwerk van Doco terecht zouden zijn gekomen.

Na afloop van het onderzoek wordt de werknemer bij brief van 30 januari 2009 op staande voet ontslagen per 3 februari 2009. Partijen belanden vervolgens in diverse juridische procedures. In de procedure die ik hier bespreek moest eerst de kantonrechter oordelen of Doco de werknemer terecht op staande voet had ontslagen. Het antwoord daarop was: ja, de werknemer mocht worden ontslagen. De werknemer gaat vervolgens in hoger beroep bij het Gerechtshof Den Bosch.

***Een ontslag op staande voet na 1 week: onverwijld?***

Oplettendheid is geboden bij een ontslag op staande voet. De gevolgen voor de werknemer zijn zeer ingrijpend en er moet voortvarend gehandeld worden om de feiten op tafel te krijgen. Vervolgens moet het ontslag op staande voet onverwijld (dat wil zeggen: snel) worden gegeven, nadat de dringende reden is ontdekt. Kortom: actie!

Ik hanteer zelf als stelregel dat een werkgever 2 of 3 dagen de tijd heeft om over te gaan tot ontslag op staande voet. In het geval van Doco zat er veel meer tijd tussen: Doco had op 16 januari 2009 haar onderzoek gestart en dit was rond 22 januari 2009 afgerond. Het duurde vervolgens tot 30 januari 2009 (8 dagen later), dat Doco een brief verstuurde met de mededeling dat de werknemer op staande voet werd ontslagen.

Het Hof vond dat Doco desondanks toch onverwijld had gehandeld. Het onderzoek tussen 16 en 22 januari 2009 was op voortvarende wijze uitgevoerd. En daarna had Doco ook voortvarend gehandeld. Mede gezien de belangen van beide partijen, de tijd die nodig was voor intern overleg, voor overleg met de advocaat en het redigeren van de brief, vond het Hof de periode van iets meer dan een week niet te lang.

Dat oordeel mag best in twijfel getrokken worden. Vorig jaar oordeelde een rechter nog dat een periode van 5 dagen – wat ook al vrij lang is – acceptabel was (op een donderdag waren de feiten bekend en op de dinsdag erna werd het ontslag op staande voet gegeven), maar de periode van 8 dagen in deze zaak, vind ik te lang. De eis van onverwijldheid brengt namelijk tot uitdrukking dat de feiten zo ernstig zijn, dat van de werkgever niet gevergd kan worden dat de arbeidsovereenkomst voortduurt. Als er dus ruim een week wordt gewacht, kun je je sterk afvragen of hiervan sprake is. Daar komt nog eens bij dat er naar mijn mening geen sprake was van bijzondere redenen die de vertraging rechtvaardigden. Bij veel ontslagen op staande voet zijn de belangen groot, is er overleg nodig en moeten er brieven worden opgesteld. Naar mijn mening was in deze zaak geen sprake van een bijzondere en andere situatie.

***Privé e-mails; onrechtmatig verkregen bewijs?***

Wat deze zaak ook interessant maakt is de tweede inhoudelijke discussie: zijn de e-mails die Doco ten grondslag had gelegd aan het ontslag onrechtmatig verkregen? Zoals gezegd had Doco persoonlijke e-mails van werknemer en de Algemeen Directeur gebruikt, die op het netwerk van Doco terecht zouden zijn gekomen. Het betrof e-mails van een Gmail e-mailaccount, dat op naam stond van de echtgenote van werknemer. Gevoelig dus...

De werknemer stelde dat het privacybelang van zijn echtgenote was geschonden, dat Doco geen toestemming had om te kijken in dit e-mail account

(dat met een wachtwoord was beveiligd), dat de e-mails niet op de server van Doco stonden en dat sprake is van computervredebreuk, schending van het briefgeheim en inbreuk op de persoonlijke levenssfeer.

Doco daarentegen stelde dat het betreffende account zakelijk werd gebruikt en centraal stond in de bedrijfsvoering van Clear Concept. Op basis van het bedrijfsreglement mocht Doco het Gmail-account onderzoeken en daarbij werd de echtgenote bij het beheer van het account geassisteerd door de ICT manager van Doco.

De kantonrechter had Doco in eerste aanleg gelijk gegeven. De werknemer vocht dit in hoger beroep aan bij het Gerechtshof Den Bosch. Het Hof geeft een aantal overwegingen over onrechtmatig verkregen bewijs in het (civiele) arbeidsrecht.

In het strafrecht geldt dat onrechtmatig verkregen bewijs buiten beschouwing blijft. In het civiele recht wordt echter niets geregeld over onrechtmatig verkregen bewijs; de vrije bewijsleer geldt. Dus in feite mogen alle bewijsmiddelen worden gebruikt. Indien het bewijs onrechtmatig is verkregen, is het aan de rechter te bepalen wat hiervan het gevolg is en of dit moet leiden tot uitsluiting van het bewijs. Dat zijn geen verrassende of nieuwe richtlijnen, maar het is goed dat deze richtlijnen nog eens worden bevestigd.

Helaas komt het Hof nog niet toe aan een definitief antwoord over deze vragen. Het Hof vindt het nog onvoldoende duidelijk wat de status is van het Gmail-account van de echtgenote van de werknemer. Is deze nu met name privé, of toch ook in belangrijke mate zakelijk? Daar komt bij dat het voor het Hof ook niet geheel duidelijk is wat voor bestanden werknemer op zijn laptop heeft gekopieerd en wanneer. Tot slot wil het Hof meer informatie over de toegang tot het Gmail-account: Doco stelde dat de echtgenote van de werknemer het wachtwoord van het account had gedeeld en dat de e-mails op de centrale computer stonden en zonder wachtwoord konden worden gelezen. De werknemer betwist dit. Het Hof geeft Doco een bewijsopdracht: zij moet aantonen op welke wijze en op welk moment Doco toegang heeft gekregen tot het Gmail-account.

Helaas nog geen definitief oordeel, maar ik vind wel dat de door het Hof gezette stappen de juiste zijn. Pas als Doco de voorgelegde punten heeft kunnen bewijzen, kan een juist oordeel worden gegeven over de vraag of het bewijs onrechtmatig is verkregen en wat de arbeidsrechtelijke consequenties moeten zijn. To be continued dus...

Sashil Durve  
Advocaat/partner Arbeidsrecht