

## **Het (heimelijk) opnemen van gesprekken. Onrechtmatig verkregen bewijs.**

### **1. Inleiding**

Steeds meer komt men in de praktijk tegen dat (telefoon)gesprekken met smartphones worden opgenomen zonder dat de andere partij dit weet. Hoe moet je hierover denken?

Of het opnemen van een gesprek zonder dat de wederpartij hiervan op de hoogte is onrechtmatig is, hangt volgens de jurisprudentie af van de omstandigheden van het geval. Ja, maar wat betekent deze formule in concrete gevallen? In dit artikel ga ik in op dit onderwerp.

Ik zal niet ingaan op enkele aanverwante onderwerpen, zoals de vrijheid van meningsuiting, het portretrecht, e.d.m.

### **2. Uitgangspunt. Artikel 152 Rv.**

In het arrest van 18 april 2014 overweegt de Hoge Raad<sup>i</sup> als volgt:

*Art. 152 Rv bepaalt dat bewijs door alle middelen kan worden geleverd en dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt. In een civiele procedure geldt niet als algemene regel dat de rechter op onrechtmatig verkregen bewijs geen acht mag slaan. In beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, welke belangen mede aan art. 152 Rv ten grondslag liggen, zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden<sup>ii</sup>, is terzijdelegging van dat bewijs gerechtvaardigd (HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500, NJ 1993/78, en HR 12 februari 1993, ECLI:NJ:HR:1993:ZC0860, NJ 1993/599).*

Bewijs kan dus door alle middelen worden geleverd, tenzij de wet anders bepaalt. Onrechtmatig verkregen bewijs in een civiele procedure niet onder alle omstandigheden ontoelaatbaar.

### **3. Eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Inbreuk op het recht op privacy onrechtmatig behoudens een rechtvaardigingsgrond.**

In de Conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal<sup>iii</sup> bij bovengenoemd arrest is het volgende te lezen:

*Een inbreuk op het recht op privacy moet in beginsel worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad, tenzij een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Of zulk een rechtvaardigingsgrond zich voordoet, kan – aldus uw Raad – slechts worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het geval door tegen elkaar af te wegen enerzijds de ernst van de inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds de belangen die met de inbreuk makende handelingen redelijkerwijs kunnen worden gediend.*

#### **4. Onrechtmatig verkregen bewijs en bewijsuitsluiting.**

Genoemde conclusie vervolgt:

*Onrechtmatig verkregen bewijs wordt niet 'automatisch' uitgesloten bij de bewijslevering in een civiele procedure. Dit houdt verband met het belang van de waarheidsvinding en met de waarheidsplicht van partijen (art. 21 Rv). Het belang van de partij wier privacy is geschonden, moet worden afgewogen tegen het belang van de wederpartij dat in de procedure de door haar gestelde feiten komen vast te staan. Het gaat daarmee bij de beoordeling van de vraag of onrechtmatig verkregen bewijs in de civiele procedure moet worden toegelaten, ook om de afweging van het belang van waarheidsvinding tegenover het belang van een behoorlijke, rechtens verantwoorde bewijsgaring. ....De belangenafweging is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, zodat algemene regels moeilijk zijn te geven.*

Onder omstandigheden weegt het belang van de waarheidsvinding door openbaarmaking van een opname dus zwaarder dan het belang van bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

#### **5. Enkele voorbeelden uit de praktijk.**

Stiekem een geluidsband mee laten lopen tijdens een telefoongesprek van een werknemer, om hem te kunnen ontslaan: een kantonrechter in Breda oordeelde dat dit mag. Door deze bepaling behoort ontslag op basis van een afgeluisterd gesprek voor Nederlandse werkgevers voortaan tot de mogelijkheden. Naar het oordeel van de kantonrechter Breda<sup>iv</sup> in het vonnis van 25-02-2007 is geen sprake van een ongeoorloofde inbreuk op het onder meer door artikel 8 EVRM beschermde recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer aangezien, zoals ook door [Y] ter zitting is verklaard, het gesprek is gevoerd in het kader van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst ([Y] belde over loonbetaling, derhalve een zakelijk karakter had, waarbij de persoonlijke levenssfeer van [Y] niet in het geding was. Onder deze omstandigheden weegt het belang van de waarheidsvinding door openbaarmaking van de opname zwaarder dan het belang van [Y] bij bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer.

De rechtbank Haarlem<sup>v</sup> oordeelt in het vonnis van 30-07-2008 dat bewijs door alle middelen kan worden geleverd, tenzij de wet anders bepaalt en dat onrechtmatig verkregen bewijs in een civiele procedure niet onder alle omstandigheden ontoelaatbaar is. Of het opnemen van een gesprek zonder dat de wederpartij hiervan op de hoogte is onrechtmatig is, hangt volgens de jurisprudentie af van de omstandigheden van het geval. Dat de opname is gemaakt met het doel deze als bewijs te kunnen gebruiken en het gesprek daarop gericht is geweest maakt het opnemen van dat gesprek op zich nog niet onrechtmatig. Met betrekking tot het onderhavige gesprek is van belang dat het in een zakelijke setting plaatsvond en niet over zaken ging die de persoonlijke levenssfeer betroffen. Of en in hoeverre de geluidsopname daadwerkelijk als bewijs kan dienen kan pas worden beoordeeld nadat de transcriptie en de opname in het geding zijn gebracht, en de wederpartij op het overgelegde materiaal heeft kunnen reageren en (zodanig) de originele opname is beluisterd.

Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde in het arrest van 12-11-2013<sup>vi</sup> dat het heimelijk opnemen van een gesprek met een notaris niet door de beugel kon.

*Gezien het feit dat thans vaststaat dat de geluidsopname is gemaakt buiten medeweten en zonder instemming van de notaris, is het hof van oordeel dat deze wijze van totstandkoming*

*en inbreng van de geluidsopname in strijd is met een goede procesorde en dat deze geluidsopname om die reden buiten beschouwing zal worden gelaten.*

De tuchtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven d.d. 19-02-2013<sup>vii</sup> betrof de volgende casus. Hoger beroep tegen het oordeel van de accountantskamer dat het aanbrengen van af luisterapparatuur in strijd is met de fundamentele beginselen waar een accountant zich aan dient te houden. Het College volgt de accountantskamer dat sprake is van heimelijk aanbrengen van af luisterapparatuur bedoeld om medewerkers mee af te luisteren. Op zich is dit een zeer ernstig tuchtrechtelijk verwijt maar gelet op alle omstandigheden waaronder appelland dit heeft gedaan volstaat een berisping.

## **6. Slot.**

Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is terzijdelegging van onrechtmatig verkregen bewijs gerechtvaardigd. Het belang van de waarheidsvinding door openbaarmaking van een opname weegt in het algemeen zwaarder dan het belang van bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Peter de Booi  
Advocaat en mediator  
(140520)

---

<sup>i</sup> HR 18 april 2014 ECLI:NL:HR:2014:942

<sup>ii</sup> In HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500, NJ 1993/78 m.nt. H.J. Snijders oordeelde de Hoge Raad dat pas sprake is van een onrechtmatige inbreuk op het recht van privacy die bewijsuitsluiting in een civiele procedure rechtvaardigt, indien sprake is van ‘bijkomende omstandigheden’.

<sup>iii</sup> ECLI:NL:PHR:2014:77

<sup>iv</sup> Rechtbank Breda 25-02-2007 ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ8381

<sup>v</sup> Rechtbank Haarlem 30-07-2008 ECLI:NL:RBHAA:2008:BE8760.

<sup>vi</sup> ECLI:NL:GHAMS:2013:4116

<sup>vii</sup> ECLI:NL:CBB:2013:BZ4369