

Onrechtmatig (verkregen) bewijs en de arbeidsrechtpraktijk

ArbeidsRecht 2020/35

In april 2014 heeft de Hoge Raad zich in een civiele kwestie (na tientallen jaren² weer eens) uitgelaten over de (on)toelaatbaarheid van onrechtmatig (verkregen) bewijs door schending van het recht op privacy.³ In deze bijdrage besteedt de auteur aandacht aan deze (verzekeringsrecht)zaak – die ondanks zijn leeftijd allesbehalve aan actualiteitswaarde heeft verloren – en gaat hij in op de vraag hoe lagere rechters hiermee in de arbeidsrechtpraktijk omgaan⁴ tegen de achtergrond dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zich ook uitstrekt tot de verhouding tussen werkgever en werknemer.⁵

1. Vrije bewijsleer

In art. 152 lid 1 Rv is bepaald dat bewijs kan worden geleverd door alle middelen (tenzij de wet anders bepaalt). Een limitatieve opsomming van bewijsmiddelen ontbreekt in deze ‘open’ bepaling, zodat hieronder ook steeds nieuwe technische middelen kunnen worden geschaard.⁶ In het tweede lid van art. 152 Rv is bepaald dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten (tenzij de wet anders bepaalt). Hiermee heeft de wetgever uitdrukking gegeven aan de zogenaamde ‘vrije bewijsleer’. Deze gaat ervan uit dat de rechter in zijn oordeel ten aanzien van de overtuigende kracht van enig bewijs niet door wetsbepalingen mag worden gehinderd,⁷ omdat zij afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.⁸ Aan art. 152 Rv ligt het algemene, maatschappelijke belang ten grondslag dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben om hun stellingen in rechte aannemelijk te

kunnen maken. Gegeven deze belangen rijst de vraag of ook onrechtmatig (verkregen) bewijs – vanwege strijd met het recht op privacy – door de rechter mag worden toegelaten in civielrechtelijke procedures. Na een periode van enkele decennia liet de Hoge Raad zich hierover in april 2014 weer eens uit in het Achmea-arrest.

2. Achmea-arrest⁹

2.1 Feiten

In deze kwestie gaat het om een particuliere verzekerde (tevens verzekeringnemer) die met Interpolis (de rechtsvoorganger van Achmea) een arbeidsongeschiktheidsverzekering heeft afgesloten. Volgens de polisvoorwaarden is de verzekerde, kort gezegd, verplicht om – op straffe van (onmiddellijke) beëindiging van het recht op uitkering, alsmede van de verzekering – gevraagd en ongevraagd alle gegevens te verstrekken aan (deskundigen van) Interpolis teneinde het recht op uitkering te kunnen vaststellen. Nadat de verzekerde zich op 8 april 2003 had ziek gemeld bij Interpolis, heeft Interpolis in de periode nadien aan de verzekerde uitkeringen gedaan op grond van de arbeidsongeschiktheidsverzekering. In juli 2006 heeft Interpolis een extern onderzoeksbureau opdracht gegeven om een persoonlijk onderzoek in te stellen naar de verzekerde. Op grond van de uitkomsten van dit persoonlijk onderzoek heeft het extern onderzoeksbureau geconcludeerd en Interpolis geïnformeerd dat de verzekerde bewust onjuiste informatie aan haar heeft verstrekt. Naar aanleiding hiervan heeft Interpolis de arbeidsongeschiktheidsverzekering van de verzekerde beëindigd en heeft zij in rechte van de verzekerde uitkeringsrestitutie gevorderd, alsmede betaling van de door haar gemaakte (onderzoeks)kosten. Tegen de vorderingen van Interpolis heeft de verzekerde onder andere aangevoerd dat het rapport van het door Interpolis ingeschakelde onderzoeksbureau als onrechtmatig verkregen bewijs kwalificeert en daarom buiten beschouwing moet blijven.

2.2 Oordeel rechtbank

De vraag of Interpolis naar het doen en laten van de verzekerde een persoonlijk onderzoek heeft kunnen instellen, dient volgens de rechtbank te worden beantwoord aan de hand van de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek, opgesteld door het Verbond van Verzekeraars (in het vervolg: de ‘Gedragscode’). De rechtbank overweegt daarbij dat de resultaten van het persoonlijk onderzoek alleen dan bij de beoordeling van de vorderingen van Interpolis kunnen worden betrokken, wanneer in overeenstemming met de Gedragscode tot dat onderzoek is beslist. Nu de verzekerde aan (door) Interpolis (ingeschakelde personen) diverse mededelingen heeft gedaan die niet met elkaar, althans de

1 Mr. P.J. (Pieter) Huys is advocaat bij AKD N.V. te Rotterdam.

2 HR 1 juli 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AC7591, NJ 1983/682, m.nt. Schultsz; HR 16 oktober 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9997, NJ 1988/850, m.nt. Alkema; HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500, NJ 1993/78, m.nt. Snijders; HR 12 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0860, NJ 1993/599, m.nt. Snijders; HR 27 april 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB1347, NJ 2001/421, m.nt. Stein.

3 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, JIN 2014/113, m.nt. Leen.

4 De auteur heeft daarvoor rechtspraak geanalyseerd die van na 30 juni 2015 (inwerkingtreding van het huidige ontslagrecht krachtens de WWZ) dateert.

5 Zie bijvoorbeeld: H.H. de Vries, ‘Afluisteren van telefoongesprek - onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal’, *ArbeidsRecht* 1997/20; L.C. Roelofs, ‘Verborgen cameratoezicht op de werkplek: straks nog toelaatbaar?’, *ArbeidsRecht* 2003/46; R.E.G. Scheepstra en C.M. Estourgie, ‘Verborgen cameratoezicht op de werkplek: toelaatbaar’, *Arbeidsrecht* 2006/27; M. Hurks, ‘Little brother’ is recording: het heimelijk opnemen van gesprekken door werknemer’, *ArbeidsRecht* 2018/41; I.J. de Laat, ‘Omzien en inzien: een roep om wetgeving over het monitoren van werknemers, alcohol- en drugstesten en het inzage-recht’, *ArbeidsRecht* 2019/33.

6 Beenders, *T&C* Rechtsvordering, art. 152 Rv, aant. 1.

7 Een uitzondering hierop vormt het dwingend bewijs als bedoeld in art. 151 lid 1 Rv. Daarbij is de rechter niet vrij in zijn waardering. Voorbeelden van dwingend bewijs zijn de bewijskracht van de authentieke akte (art. 157 Rv) en die van het strafvonnis (art. 161 Rv).

8 Beenders, *T&C* Rechtsvordering, art. 152 Rv, aant. 1.

9 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, JIN 2014/113, m.nt. Leen.

waarheid strookten, kon er volgens de rechtbank in redelijkheid bij Interpolis een vermoeden van fraude ontstaan, zodanig dat dit haar het recht gaf een persoonlijk onderzoek in te stellen. Tegen deze achtergrond laat de rechtbank het rapport van het externe onderzoeksbureau toe als bewijs en wijst zij de vorderingen van Interpolis (ten dele) toe.

2.3 Oordeel hof

Het hof oordeelt anders.¹⁰ Volgens het hof hebben de feiten en omstandigheden die Interpolis heeft aangevoerd – ook gezamenlijk en in samenhang bezien – niet kunnen leiden tot haar beslissing om tegen de verzekerde een onderzoek in te (laten) stellen. Deze feiten en omstandigheden hebben namelijk niet in redelijkheid bij Interpolis het vermoeden kunnen laten ontstaan dat – zoals de Gedragscode bepaalt – de verzekerde (heeft gefraudeerd en) haar bij de uitvoering van de schadebehandeling grondig en/of structureel heeft misleid.¹¹ Tegen de achtergrond dat de Gedragscode tevens bepaalt dat de verzekeraar afziet van een persoonlijk onderzoek als er andere – minder ingrijpende – middelen zijn die tot hetzelfde resultaat kunnen leiden, overweegt het hof verder dat gesteld noch gebleken is dat aan de zijde van de verzekerde een structureel gebrek aan medewerking was om langs andere weg de in redelijkheid voor de beoordeling van aanspraak op de uitkering vereiste feiten te vergaren.¹² Het hof concludeert dat Interpolis met haar onderzoek een inbreuk heeft gemaakt op het recht op eerbieding van de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde.¹³ Een dergelijke inbreuk levert in beginsel een onrechtmatige daad op, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.¹⁴ Het hof is van oordeel dat Interpolis geen succesvol beroep toekomt op een rechtvaardigingsgrond. Hij acht daarbij van (doorslaggevend) belang dat Interpolis zich niet heeft gehouden aan de Gedragscode – waaraan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit ten grondslag liggen –, omdat zij haar belang bij het instellen van het persoonlijk onderzoek niet hard heeft kunnen maken en evenmin bijkomende omstandigheden heeft gesteld die tot een ander oordeel moeten leiden.¹⁵ In het verlengde hiervan is het hof van oordeel dat de resultaten van het onderzoek van Interpolis buiten beschouwing moeten blijven. Opnieuw acht het hof daarbij van – prominent¹⁶ – belang dat Interpolis de Gedragscode heeft geschonden. Volgens het hof strookt het niet met het doel van de Gedragscode (zelfregulering) een verzekeraar die deze code schendt te belonen door het onrechtmatig door haar verkregen bewijs tot haar voordeel te

laten strekken.¹⁷ Met het buiten beschouwing laten van de resultaten van het onderzoek komt het hof tot de conclusie dat de vorderingen van (inmiddels) Achmea tot uitkeringsrestitutie en vergoeding van de gemaakte (onderzoeks)kosten moeten worden afgewezen.

2.4 Oordeel Hoge Raad

Achmea heeft vervolgens beroep in cassatie ingesteld. Naast het feit dat zij enkele motiveringsklachten opwerpt tegen de uitleg die het hof aan de Gedragscode heeft gegeven (ik laat deze verder onbesproken, omdat deze het bereik van deze bijdrage te buiten gaan), verwijt Achmea het hof dat het is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting waar het oordeelt dat schending van de Gedragscode meebrengt dat het met het onderzoek verkregen bewijs als onrechtmatig verkregen moet worden aangemerkt en buiten beschouwing dient te worden gelaten. Ten aanzien van dit verwijt van Achmea overweegt de Hoge Raad – onder verwijzing naar art. 152 Rv – dat in een civiele procedure niet als algemene regel geldt 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, zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden is terzijdelegging van dat bewijs gerechtvaardigd, aldus de Hoge Raad.¹⁸ Anders dan Achmea concludeert de Hoge Raad dat het hof deze vereiste bijkomende omstandigheden wel degelijk heeft vastgesteld. De Hoge Raad overweegt daartoe dat het hof zijn beslissing om de resultaten van het persoonlijk onderzoek buiten beschouwing te laten niet heeft gegrond op de enkele omstandigheid dat het onderzoek onrechtmatig is geweest jegens de verzekerde. Het hof heeft volgens de Hoge Raad daarbij mede het doel van de Gedragscode (zelfregulering) in aanmerking genomen, waarmee niet strookt dat in de omstandigheden van dit geval in strijd daarmee verkregen bewijsmateriaal toch door een verzekeraar kan worden gebruikt. De Hoge Raad concludeert dat dit oordeel geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting (en dat dit evenmin onvoldoende is gemotiveerd)¹⁹ en verwerpt het cassatieberoep van Achmea.²⁰

3. Commentaar

De vraag in de inleiding van deze bijdrage of onrechtmatig (verkregen) bewijs – vanwege strijd met het recht op privacy – in civiele procedures mag worden toegelaten door de rechter, beantwoordt de Hoge Raad dus bevestigend en voegt daaraan toe dat terzijdelegging van dat bewijs slechts dan gerechtvaardigd is, indien er sprake is van bijkomende omstandigheden. De regel of onrechtmatig (verkregen)

10 Hof Den Bosch 11 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9465. (Aan het slot van dit arrest staat dat dit op 4 september 2012 is gewezen. Dit is een kennelijke verschrijving of vergissing.)

11 Zie voor deze feiten en omstandigheden: r.o. 13-32.

12 Zie: r.o. 32.

13 Zie: r.o. 33.

14 Vgl. HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9609, NJ 2003/589, m.nt. Vranken.

15 Zie: r.o. 34.

16 Daarnaast acht het hof van belang dat Interpolis onvoldoende alternatieve wijzen van informatieverzameling heeft benut om te bezien of haar gestelde vermoeden van fraude ontkracht kon worden en voorts dat niet gezegd kan worden dat de verzekerde door zijn opstelling de onoorbare wijze van bewijsgaring heeft uitgelokt of in de hand heeft gewerkt (r.o. 36).

17 Zie: r.o. 35-37.

18 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942 (r.o. 5.2.3), JIN 2014/113, m.nt. Leen. De Hoge Raad refereert hierbij aan zijn eerdere rechtspraak: HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500, NJ 1993/78, m.nt. Snijders; HR 12 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0860, NJ 1993/599, m.nt. Snijders.

19 Zie: r.o. 5.4.1 en r.o. 5.4.2.

20 Zie ook: concl. plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense, ECLI:NL:PHR:2014:77, JIN 2014/113, m.nt. Leen.

bewijs in civiele procedures mag worden gebruikt is dus: ja, tenzij er bijkomende omstandigheden zijn die zich hier tegen verzetten ('ja-tenzij-regel').²¹ Volgens de Hoge Raad vormde het gegeven dat de verzekeraar de (zelfregulerende) Gedragscode had geschonden een dergelijke bijkomende omstandigheid.

Ik vraag mij af of de Hoge Raad ook tot dit oordeel was gekomen als het onderzoek onweerlegbaar had uitgewezen dat de verzekerde had gefraudeerd, daarbij tevens in ogenschouw genomen dat de ernst van de inbreuk op het privacy recht van de verzekerde als 'beperkt' kwalificeerde.²² Kremer zet ook zo zijn vraagtekens bij de uitspraak van de Hoge Raad. Hij vraagt zich af waarom schending van een zelfregulerende gedragscode anders – en in dit geval zelfs nog strenger – beoordeeld zou moeten worden dan schending van door eenieder onderschreven, wettelijke normen.²³ In vergelijkbare zin meent Mendel dat aan schending van een zelfregulerende gedragscode minder gewicht moet toekomen als deze verder gaat en dus strenger is dan waartoe het recht noopt.²⁴ Kremer stelt zich (in algemenere zin) de vraag of onrechtmatig(e) bewijs(verkrijging) (überhaupt) wel zou moeten (kunnen) leiden tot bewijsuitsluiting, of dat deze (ook ingeval van de door de Hoge Raad in zijn arrest aangehaalde 'bijkomende omstandigheden') (slechts) zou moeten leiden tot een schadevergoeding aan de benadeelde.²⁵ Vegter wijst hierbij op het kritische tegengeluid van Vranken²⁶ – een benadering als die van Kremer zet de deur open voor de gedachte dat alle middelen geoorloofd zijn om bewijs te vergaren, terwijl een schadevergoeding niet altijd een geschikte sanctie is – en acht het begrijpelijk dat de Hoge Raad enerzijds onrechtmatig (verkregen) bewijs niet geheel wil uitsluiten, maar anderzijds ook niet al het onrechtmatig (verkregen) bewijs wil toelaten. Zij signaleert dat het nadeel hiervan weliswaar is dat er geen 'hard and fast rules' kunnen worden gegeven, maar acht dit niet onoverkomelijk en meent dat dit ook inherent is aan vele juridische kwesties.²⁷ Overigens wordt met dit artikel niet beoogd een bijdrage te leveren aan de al langer in de literatuur gevoerde discussie of het onder omstandigheden gerechtvaardigd is om de benadeelde procespartij – bij wijze van alternatief voor bewijsuitsluiting – schadeloos te stellen, daargelaten dat een dergelijke bijdrage een artikel op zichzelf zou rechtvaardigen.

Weliswaar biedt de 'ja-tenzij-regel' van de Hoge Raad minder rechtszekerheid dan de uitgesproken benadering van Kremer en kwalificeert deze niet als een 'hard and fast rule' waaraan Vegter refereert, maar houvast zou de regel de rechtspraak wel moeten geven. De regel brengt namelijk met zich dat het uitgangspunt is dat onrechtmatig (verkregen) bewijs in civiele procedures toelaatbaar is en dat deze regel *alleen dan* uitzondering lijdt, indien er sprake is van bijkomende omstandigheden. En hoewel de Hoge Raad in het Achmea-arrest oordeelde dat sprake was van bijkomende omstandigheden, volgt uit andere rechtspraak van ons hoogste rechtscollege dat hij onrechtmatig (verkregen) bewijs (als daar al sprake van zou zijn) niet snel uitsluit.^{28, 29} Zo concludeerde de Hoge Raad in het Driessen/Van Gelder-arrest – met een uiterst zuinige argumentatie – dat openbaarmaking van de onderwerpelijke vastlegging van een heimelijk opgenomen telefoongesprek aan de rechter in een civiel rechtsgeding geen inbreuk maakt op het recht op eerbieding van de persoonlijke levenssfeer en evenmin uit anderen hoofde onrechtmatig is.³⁰ En liet de Hoge Raad in het Slemkes/Nool-arrest heimelijk door een detective opgenomen telefoongesprekken toe als bewijs onder andere met de motivering (daarbij verwijzende naar het eerder genoemde Driessen-Van Gelder-arrest) dat het enkele feit dat deze telefoongesprekken (door de andere deelnemer aan die telefoongesprekken) niet 'in het zakelijk verkeer' waren gevoerd, niet als een bijkomende omstandigheid kwalificeert die uitsluiting van het bewijs rechtvaardigt.³¹ In het Codicil-arrest en het L/Wennekes Lederwaren-arrest liet de Hoge Raad het antwoord op de (logische) voorvraag of er sprake was van onrechtmatig (verkregen) bewijs – opmerkelijk genoeg – in het midden³² en overwoog hij dat ook als het bewijs onrechtmatig door een procespartij zou zijn verkregen, dit nog niet tot gevolg heeft dat dit niet in rechte mag worden gebruikt.^{33, 34}

4. Lagere rechtspraak

4.1 Inleiding

Het vorenstaande roept de vraag op hoe lagere rechters in de arbeidsrechtpraktijk omgaan met onrechtmatig (verkregen) bewijs – wel of niet toelaten – en de 'ja-tenzij-regel' van de Hoge Raad. Om die vraag te beantwoorden heb ik lagere rechtspraak bekeken van na de inwerkingtreding van

21 Zie: concl. A-G Wissing, ECLI:NL:HR:2014:1632, bij HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632, *JIN* 2014/175, m.nt. Kemp.
 22 Zie: HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942 (r.o. 3.4.5), *JIN* 2014/113, m.nt. Leen. Vgl. H.H. de Vries en P. Oskam, 'Fraudeonderzoek, privacy en onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal', *TVP* 2014/3.
 23 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632, *JBPR* 2014/52, m.nt. Kremer. Zie ook: M. Kremer, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken', diss. Groningen, o.a. p. 305-308.
 24 Zie ook: conclusie plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense, ECLI:NL:PHR:2014:77, *NJ* 2015/20, m.nt. Mendel en Krans (nr. 15).
 25 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632, *JBPR* 2014/52, m.nt. Kremer. Zie ook: M. Kremer, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken', diss. Groningen, o.a. p. 305-308.
 26 *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2000, p. 59-61. Zie ook: K.G.F. van der Kraats, 'Onrechtmatig bewijs in het arbeidsrecht', *TRA* 2012/97. Zie voorts over dit onderwerp: M.M. Koevoets, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht', *ArA* 2004/3; L. van der Helm, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht', *TVP* 2014/6.
 27 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632, *TRA* 2014/78, m.nt. Vegter.

28 HR 1 juli 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AC7591, *NJ* 1983/682, m.nt. Schultsz; HR 16 oktober 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9997, *NJ* 1988/850, m.nt. Alkema; HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500, *NJ* 1993/78, m.nt. Snijders; HR 12 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0860, *NJ* 1993/599, m.nt. Snijders en HR 27 april 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB1347, *NJ* 2001/421, m.nt. Stein.
 29 Zie ook: conclusie plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense, ECLI:NL:PHR:2014:77, *NJ* 2015/20, m.nt. Mendel en Krans (nr. 10).
 30 HR 16 oktober 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9997 (r.o. 3.4.3), *NJ* 1988/850, m.nt. Alkema.
 31 HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500 (r.o. 3.5.2), *NJ* 1993/78, m.nt. Snijders.
 32 M.M. Koevoets, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht', *ArA* 2004/3, p. 46.
 33 HR 1 juli 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AC7591 (r.o. 3.4), *NJ* 1983/682, m.nt. Schultsz.
 34 HR 27 april 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB1347 (r.o. 3.7), *NJ* 2001/421, m.nt. Stein.

de WWZ (en dus van na het Achmea-arrest). De geanalyseerde jurisprudentie bestaat uit zeven kantonzaken en vijf zaken die bij drie van de vier hoven dienden.

4.2 *Kantonzaken*

In de zaak die bij de kantonrechter Dordrecht diende, had de werkgever een extern bedrijfsrecherchebureau drie verborgen camera's laten ophangen, omdat hij wilde achterhalen wie er achter diefstallen op de afdeling van het verpleeghuis zat. Uit de camerabeelden volgde dat de werknemers zich schuldig had gemaakt aan de diefstal van een pak koffie. De Werkgever ontsloeg de werknemers vervolgens op staande voet. De werknemers ageerde tegen dit ontslag en verweerde zich onder andere met het betoog dat de camerabeelden onrechtmatig – want in strijd met haar recht op privacy – door de werkgever waren verkregen en dus niet als bewijs konden dienen. De kantonrechter verwierp dit betoog van de werknemers met de enkele overweging dat de werkgever de verborgen camera's mocht inzetten – ondanks dat de inzet van verborgen camera's op de werkplek in strijd is met art. 139f Sr –, omdat hij op geen andere wijze de waarheid boven tafel kon krijgen en het belang van de waarheidsvinding zwaarder weegt dan het belang van bewijsuitsluiting.³⁵ Of er sprake was van bijkomende omstandigheden liet de kantonrechter onbesproken. Ook de kantonrechter Maastricht liet dit onbesproken en bediende zich van een evenzo gebrekkige motivering toen hij, in een vergelijkbare kwestie, de door de werkgever in het geding gebrachte camerabeelden – ondanks protest van de werknemers – toeliet:

“Het zonder toestemming [van de ondernemingsraad, PJH] maken van video-opnamen van een persoon is weliswaar op zichzelf aan te merken als onrechtmatig, maar het belang van de waarheidsvinding prevaleert in dit geval.”³⁶

In de zaak die aan de kantonrechter Haarlem was voorgelegd, was de werknemers op staande voet ontslagen, omdat de werkgever haar verweet tijdens ziekte nevenwerkzaamheden te hebben verricht. De werkgever baseerde zich daarbij op de bevindingen van een extern onderzoeksbureau dat de werknemers gedurende zeven dagen had gevolgd. Hoewel uit de beschikking van de kantonrechter niet volgt dat de werknemers bezwaar had gemaakt tegen het toelaten van de bevindingen van het onderzoeksbureau, overwoog de kantonrechter dat het feit dat:

“[werkgeefster] zich niet als goed werkgeefster heeft gedragen door onmiddellijk na de ziekmelding een niet gecertificeerd onderzoeksbureau in te schakelen om [werknemers] te volgen, evenwel niet betekent dat het ‘rapport’ onder geen omstandigheden zou mogen worden gebruikt.”³⁷

Zonder deze overweging verder te onderbouwen – door hieraan toe te voegen dat van bijkomende omstandigheden niet was gebleken –, liet de kantonrechter het onderzoeksrapport toe als bewijs, maar merkte hij daarbij wel op dat de bevindingen van het onderzoeksbureau met een zekere terughoudendheid moesten worden beschouwd, gelet op de teneur van de verslaglegging waarbij de observator zich allerlei kwalificaties permitteerde over de toestand van de werknemers.

In de zaak waarover de kantonrechter Rotterdam had te oordelen, ging het wederom om camerabeelden. Daarop was te zien dat de werknemers (en een derde) eigendommen van de werkgever heimelijk meenam(en). Deze beelden leidden tot het onverwilde ontslag van de werknemers. De kantonrechter liet de camerabeelden toe als bewijs (mochten deze al als onrechtmatig verkregen kwalificeren) en motiveerde dit – anders dan zijn hiervoor genoemde ambts-gegoten – wel met inachtneming van de ‘ja-tenzij-regel’ van de Hoge Raad:

“In een civiele procedure geldt, anders dan [verweerder] kennelijk meent, niet als algemene regel dat de rechter op (gesteld) onrechtmatig verkregen bewijs geen acht mag slaan. In beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt en het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, welke belangen mede aan artikel 152 Rv ten grondslag liggen, namelijk zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is terzijdelegging van dat bewijs gerechtvaardigd. (...) Dergelijke bijkomende omstandigheden zijn in deze procedure gesteld noch gebleken.”³⁸

De kantonrechters Amsterdam, Arnhem en Zwolle kwamen tot eenzelfde overweging met conclusie in vergelijkbare ontslagzaken waarin de betrokken werknemers zich tevergeefs hadden verzet tegen het gebruik door hun werkgever van bewijs bestaande uit camerabeelden (waarop te zien was dat de verkoopster omzetgelden van de werkgever ontvreemde respectievelijk dat de buschauffeur tijdens het besturen van een passagiersbus mobiel belde) respectievelijk registraties van een in de bedrijfsauto gemonteerd GPS-volgsysteem (waaruit viel op te maken dat de werknemers herhaaldelijk uren had gedeclareerd die zij feitelijk niet had gewerkt).³⁹

4.3 *Hofzaken*

In een zaak waarin de werknemers op staande voet was ontslagen, omdat de werkgever in een app Dropbox op de (zakelijke) telefoon van de werknemers foto's had aange troffen van zijn vertrouwelijke bedrijfsgegevens (zoals

35 Ktr. Dordrecht 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3327 (r.o. 4.3).

36 Ktr. Maastricht 6 maart 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:2130 (r.o. 4.1).

37 Ktr. Haarlem, ECLI:NL:RBNHO:2018:7958 (r.o. 5.11).

38 Ktr. Rotterdam 9 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:91 (r.o. 4.16).

39 Ktr. Amsterdam 31 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7608 (r.o. 12, abusievelijk zijn de overwegingen in de uitspraak niet goed doorgenummerd); Ktr. Zwolle 15 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2409 (r.o. 5.10); Ktr. Arnhem 3 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4355 (r.o. 4.4).

jaarrekeningen, loonstroken en bankafschriften), volgde het hof Den Haag de werkneemster – veronderstellenderwijs – in haar betoog dat deze gegevens onrechtmatig door de werkgever waren verkregen. Maar het hof liet het bewijs toch toe, omdat bewijsuitsluiting slechts ingeval van bijkomende omstandigheden gerechtvaardigd is en het hof van oordeel was dat van dergelijke bijkomende omstandigheden niet was gebleken.⁴⁰ Tot eenzelfde oordeel met gelijke overweging kwam ditzelfde hof in een kwestie waarin de werknemer zich op het standpunt stelde dat er sprake was van kennelijk onredelijk ontslag. Het hof was niet gevoelig voor het betoog van de werkgever dat een voor hem belastende brief die de werknemer in het geding had gebracht buiten beschouwing moest worden gelaten, omdat de werknemer deze brief op onrechtmatige wijze had ontvangen van de externe administrateur van de werkgever. Het hof concludeerde dat de werkgever onvoldoende had gesteld voor het oordeel dat sprake was van bijkomende omstandigheden die terzijdelegging van de bewuste brief rechtvaardigden.⁴¹ Tot een vergelijkbare conclusie kwam het Haagse hof in een zaak waarin de werkgever de werknemer op staande voet had ontslagen, omdat uit observaties van een bedrijfsrecherchebureau, zowel bij de werknemer thuis als op de sportschool, was gebleken dat de werknemer de werkgever bewust had voorgelogen over zijn arbeidsongeschiktheid.⁴² Het hof liet de video-opnamen en het onderzoeksverslag van het bedrijfsrecherchebureau toe als bewijs – hoewel het hof deze als onrechtmatig verkregen aanmerkte – en overwoog daarbij dat de door de werknemer aangevoerde (bijkomende) feiten en omstandigheden – onder andere de duur van het onderzoek (een maand) en de onzorgvuldige gespreks-/verhoormethoden (onder valse voorwendsels) – niet van dien aard zijn dat uitsluiting van de hiervoor genoemde bewijsstukken is gerechtvaardigd.⁴³ De zaak waarover het hof Den Bosch had te oordelen, betrof het hoger beroep van de – in de vorige paragraaf aangehaalde – kwestie die in eerste aanleg voor de kantonrechter Maastricht had gediend.⁴⁴ De werknemer had in appel een aantal grieven opgeworpen waarmee hij betoogde dat de kantonrechter onrechtmatige camerabeelden ten onrechte als bewijs had toegelaten. De grieven van de werknemer faalden. Anders dan de kantonrechter motiveerde het hof zijn beslissing met de ‘ja-tenzij-regel’ van de Hoge Raad uit het Achmea-arrest en voegde daaraan toe dat de werknemer geen bijkomende omstandigheden had gesteld.⁴⁵ In de kwestie die bij het hof Arnhem-Leeuwarden speelde, was de statutair bestuurder op staande voet ontslagen vanwege – samengevat – onjuiste en niet correct in de agenda verantwoorde tijdsbesteding, alsmede reizen naar Duitsland die niet in het belang van de vennootschap waren, terwijl de resultaten van het bedrijf

bovendien achterbleven.⁴⁶ Dit ontslag was mede gegrond op de bevindingen van een extern onderzoeksbureau dat de bestuurder had geobserveerd en gevolgd, (in aanvulling op een track-and-trace-systeem) een peilbaken op de bedrijfsauto van de bestuurder had geplaatst en de bestuurder had ondervraagd. Het hof oordeelde (gelijk de rechtbank) dat van enige noodzaak voor de inzet van deze onderzoeksmethodes niet was gebleken, waarmee de opsporingsmiddelen, die de persoonlijke levenssfeer van de bestuurder raakten, disproportioneel waren. Op grond hiervan oordeelde het hof dat het ontslag op staande voet een te snel en te zwaar ingezet middel was geweest.⁴⁷ Opvallend is dat het hof in zijn overwegingen geen enkele aandacht besteedt aan de ‘ja-tenzij-regel’ van de Hoge Raad, terwijl de rechtbank zich hierover in eerste aanleg juist expliciet – ten nadele van de vennootschap – had uitgelaten. Niet valt uit te sluiten dat de (maar liefst 58) grieven van de vennootschap, die het hof in zijn arrest themagewijs besprak, hier niet op waren gericht.⁴⁸

5. Tot besluit

Het uitgangspunt van het wettelijk bewijsrecht dat het grote belang van de waarheidsvinding in het concrete geval aanleiding is om te kiezen voor een vrij bewijsstelsel en terughoudend te zijn met het in de wet opnemen van bewijsbelemmerende voorschriften, omvat ook de keuze dat aan de rechter grote vrijheid toekomt bij de bewijswaardering.⁴⁹ De Hoge Raad heeft in dat kader in het Achmea-arrest geoordeeld dat rechters in civiele zaken ook acht mogen slaan op onrechtmatig – door schending van het recht op privacy verkregen – bewijs en dat terzijdelegging hiervan slechts gerechtvaardigd is, indien sprake is van bijkomende omstandigheden. Hoewel ons hoogste rechtscollege in dit arrest oordeelde dat er wel sprake was van bijkomende omstandigheden, volgt uit andere rechtspraak van de Hoge Raad dat hij onrechtmatig (verkregen) bewijs (als daar al sprake van zou zijn) niet snel uitsluit. In de arbeidsrechtpraktijk wijst lagere rechtspraak⁵⁰ uit dat kantonrechters en gerechtshoven onrechtmatig (verkregen) bewijs ook zelden terzijdeleggen, zij het dat de overwegingen van de Hoge Raad (met name in eerste aanleg) niet altijd (even consequent) worden gevolgd, daar waar de beslissing om het onrechtmatig (verkregen) bewijs toe te laten, wordt gemotiveerd. Het behoeft geen betoog dat dit laatste de rechtszekerheid niet ten goede komt. Hopelijk brengt toekomstige, lagere rechtspraak hierin, in voorkomende gevallen, verandering, waarbij het uiteraard aan procespartijen is om – ter bevordering van die rechtspraak – een goed debat te voeren over de aan- respectievelijk afwezigheid van bijkomende omstandigheden.

40 Hof Den Haag 13 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3611 (r.o. 4.3).

41 Hof Den Haag 24 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:814 (r.o. 3.4).

42 Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:571, JAR 2020/122, m.nt. Kool. Zie ook: J.J.M. de Laat, ‘Observaties door een bedrijfsrecherchebureau: onrechtmatig verkregen bewijs?’, TRA 2020/57.

43 R.o. 4.14-4.16.

44 Ktr. Maastricht 6 maart 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:2130.

45 Hof Den Bosch 14 november 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4092 (r.o. 3.19).

46 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1015 (r.o. 5.6).

47 R.o. 5.10-5.11.

48 Vgl. Hof Amsterdam 22 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1815. In deze zaak besteedde het hof geen aandacht aan de ‘ja-tenzij-regel’ – ook niet ten overvloede – omdat het van oordeel was dat het bewijs (beelden van verborgen camera’s) niet als onrechtmatig (verkregen) kwalificeerde (r.o. 3.3).

49 De Groot, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 152 Rv, aant. 2.2.

50 Zie: voetnoot 4.