

Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht

M.M. Koevoets*

1 Inleiding

Werkgevers stellen steeds meer in het werk om zelf wangedrag¹ van werknemers op te sporen. Het gaat dan niet alleen om onderzoek naar aanleiding van een concreet vermoeden van ongewenst gedrag van werknemers, maar ook om 'preventief onderzoek' dat ziet op de voortdurende waarneming en controle. Hierbij wordt onder meer gebruikgemaakt van technische hulpmiddelen, zoals camera's en telefoons. Daarnaast worden particuliere recherchebureaus ingeschakeld teneinde intramuraal en extramuraal onderzoek te doen naar wangedrag van werknemers.² Op deze door de werkgever gehanteerde onderzoeksmethoden is een scala aan regels van toepassing. Indien de werkgever bij het doen van onderzoek een van deze regels schendt en/of inbreuk maakt op het recht op privacy, handelt hij onrechtmatig en is het daaruit voortvloeiende bewijs onrechtmatig verkregen.³ Immers, de handeling die strekte tot de verkrijging ervan, was in

* Promovendus sectie arbeidsrecht Faculteit der Rechtsgeleerdheid EUR.

- 1 Onder wangedrag wordt verstaan wangedrag dat tevens onder een strafrechtelijke delictomschrijving valt (strafrechtelijk wangedrag) en wangedrag dat weliswaar door de werkgever als ongewenst wordt ervaren, maar niet direct onder een strafrechtelijke delictomschrijving valt (niet strafrechtelijk wangedrag).
- 2 Een bekend voorbeeld is dat van de werkgever die een privé-detective inschakelt om de gangen van een 'zieke' werknemer, waarvan de werkgever vermoedt dat hij niet ziek is, na te laten gaan (zie bijvoorbeeld Ktr. Rotterdam 19 december 1997, Prg. 1998, 4946 en Pres. Rb. Maastricht 30 september 1991, KG 1991, 364).
- 3 Zie over de schending van het recht op privacy en onrechtmatig verkregen bewijs in verband met de controle op e-mail en internetgebruik, in Nederland, België en Groot-Brittannië: D. Lacevic & W.A. Zondag, Ontslag wegens e-mail- en internetmisbruik op de werkvloer, mede in rechtsvergelijkend perspectief, *Arbeid Integraal* (8) 2004-4, p. 91-98.

strijd met het recht en dus onrechtmatig. Dientengevolge is het bewijsmateriaal onrechtmatig verkregen.⁴

Het door werkgevers op onrechtmatige wijze verkregen bewijsmateriaal is geen onbekend onderwerp in de arbeidsrechtelijke literatuur.⁵ In *ArbeidsRecht* verschenen artikelen van Roelofs, Jager en Even, in *Sociaal Recht* een artikel van Ostendorf en in *Bedrijfsjuridische berichten* een artikel van Thierry.⁶ Roelofs schreef over onrechtmatig verkregen bewijs in verband met de wijziging van artikel 139f en art. 441b van het Wetboek van Strafrecht en de gevolgen daarvan voor het gebruik in een civiele procedure van met cameratoezicht op de werkplek verkregen bewijs. Zij meende dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal als gevolg van strafbaar handelen van de werkgever in beginsel toch toelaatbaar is in de civiele procedure. Een verplichting tot schadevergoeding op grond van artikel 6:162 BW als alternatief voor uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs leek haar minder juist. Jager ging in haar artikel in op de consequenties van de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP) voor de arbeidsrechtpraktijk. Zij meende dat werknemers zouden kunnen bepleiten dat door werkgevers in strijd met de strenge regels van de WBP verwerkte gegevens in een personeelsdossier, niet in een geschil mogen worden betrokken. In zijn reactie op het artikel van Jager stelde Even dat een dergelijk gevolg hem in de regel te vergaand leek. In het civiele recht zal bewijsuitsluiting op grond van de onrechtmatige verkrijging ervan volgens hem niet snel aan de orde komen. Hij verwees hiervoor

- 4 In navolging van de in de literatuur heersende opvatting knoop ik hiermee aan bij het normatieve kader van art. 6:162 lid 2 BW. Zie W.H. van Soeren, Onrechtmatig verkregen bewijs in de civiele procedure, AA (35) 1986-7/8, p. 483-489; M. Kremer, Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken (diss. Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 95-135; M.C.D. Embregts, Uitsluiting over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003, p. 56; H.H. de Vries, Opsporingstechnieken in de onderneming en het recht op privacy, in: E. Verhulst & W.A. Zondag, Disfunctioneren en wangedrag van werknemers, Deventer: Kluwer 2003, p. 215-247. Naar mijn mening komt de in art. 6:162 lid 2 BW genoemde rechtvaardigingsgrond reeds ten volle tot uitdrukking bij de toetsing of sprake is van rechtmatig handelen van de werkgever bij de bewijsgaring. Bij de vraag welke consequenties het onrechtmatig handelen moet hebben, worden de omstandigheden van het geval betrokken.
- 5 Zie ook over onrechtmatig verkregen bewijs in verband met onderzoek door de werkgever: De Vries 2003, p. 215-247. Uitgebreid over onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken: Embregts 2003, Kremer 1999, Van Soeren 1986.
- 6 J.H. Even, Reactie op 'De wet bescherming persoonsgegevens in de arbeidsrechtpraktijk toegepast', *ArbeidsRecht* (10), 2003-12, p. 37-39; M.J. Jager, De Wet bescherming persoonsgegevens in de arbeidsrechtpraktijk toegepast, *ArbeidsRecht* (10), 2003-10, p. 10-16; L.C. Roelofs, Verborgene cameratoezicht op de werkplek: straks nog toelaatbaar?, *ArbeidsRecht* (10), 2003-10, p. 21-27; K. Ostendorf, Uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht en de consequenties daarvan op de werkplek, *Sociaal Recht* (18), 2003-10, p. 305-310; D.M. Thierry, Het gebruik van camera's ter opsporing van strafbare feiten op de werkvloer, *Bedrijfsjuridische berichten* 2001-12, p. 132-134.

onder meer naar voornoemd artikel van Roelofs. Dit nam volgens hem niet weg dat een beroep op overtreding van de WBP toch nuttig kan zijn. Schending van de WBP door de werkgever zou bijvoorbeeld een rol kunnen spelen bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding in een artikel 7:685 BW-procedure. Evenals Roelofs ging Ostendorf in haar beschouwing in op de gevolgen van de wijziging van de artikelen 139f en 441b van het Wetboek van Strafrecht voor het gebruik van (heimelijk) cameratoezicht op de werkplek. Zij stelde zich de vraag of de rechter het bewijs dat is verkregen door cameratoezicht, dat niet aan de zorgvuldigheidsnormen voldoet, buiten beschouwing moet laten. Deze vraag kwam volgens haar het scherpst naar voren bij een ontslag op staande voet, waarbij het enige beschikbare bewijsmateriaal de onrechtmatig verkregen camerabeelden zijn. Zij meende dat de rechter ruimte heeft van onrechtmatig verkregen bewijs in een civiele procedure gebruik te maken. Daarnaast was zij van mening dat de rechter de mogelijkheid heeft zijn oordeel over de onrechtmatigheid van het verkregen bewijs mee te nemen in zijn belangenafweging en tot uitdrukking te brengen in de c-factor van de kantonrechtersformule bij de toekenning van een vergoeding. Thierry ging in het kader van het gebruik van camera's op de werkvloer ter opsporing van strafbare feiten in op het arrest L/Wennekes Lederwaren en de mogelijkheid van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs. Ook los van de omstandigheden die de Hoge Raad aanvoerde voor toelating hiervan, moest volgens Thierry het onrechtmatig verkregen materiaal in beginsel tot het bewijs tegen een werknemer kunnen worden gebezigd. In voornoemde artikelen werd steeds stilgestaan bij de mogelijkheid van gebruik en uitsluiting van door de werkgever onrechtmatig verkregen bewijs. De meest fundamentele vraag, namelijk die naar de aanwezigheid van een grondslag voor sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs in een civiele arbeidsrechtelijke procedure, bleef daarbij steeds buiten beschouwing. In dit artikel staat de beantwoording van deze vraag centraal en wordt dit als uitgangspunt voor de verdere redenering over onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht gehanteerd. Alvorens hiertoe over te gaan, wordt stilgestaan bij de gepubliceerde jurisprudentie om zodoende een beeld te krijgen van de wijze waarop thans kantonrechters met door de werkgever onrechtmatig verkregen bewijs omgaan (par. 2 en 3). Aan de hand van de bevindingen uit de jurisprudentie wordt voornoemde vraag behandeld (par. 4). Na beantwoording van de vraag naar de grondslag voor sanctionering wordt gezien wanneer *welke* sanctie moet worden toegepast. Hierbij wordt tevens stilgestaan bij de mogelijkheid van uitsluiting en toelating van het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal (par. 5). In paragraaf 6 staat de conclusie.

2 Jurisprudentie

De jurisprudentie over door werkgevers op onrechtmatige wijze verkregen bewijsmateriaal, kan in twee categorieën worden verdeeld. Het onderscheid tussen deze twee ligt in de wijze waarop rechters omgaan met de mogelijkheid, dat het door de werkgever verzamelde bewijs, op onrechtmatige wijze is verkregen. De eerste categorie betreft de zaken waarin de rechter niet expliciet stelling neemt ten aanzien van de rechtmatigheid van het verkregen bewijsmateriaal. Deze categorie wordt hierna als eerste behandeld aan de hand van het arrest L/Wennekes Lederwaren. De tweede categorie betreft de zaken waarin de rechter wel stelling neemt ten aanzien van de rechtmatigheid van het verkregen bewijsmateriaal. Deze categorie is weer onder te verdelen in vier subcategorieën, afhankelijk van de bevindingen van de rechter ten aanzien van de rechtmatigheid van het verkregen bewijs en de consequenties die hij daaraan verbindt. De eerste subcategorie wordt gevormd door zaken waarin wordt geoordeeld dat het bewijs wellicht op onrechtmatige, althans ongepaste wijze is verkregen, maar dit volgens de rechter nog niet hoeft te betekenen dat het materiaal niet kan meewerken tot het bewijs. Als voorbeeld wordt een uitspraak van de sector kanton van de Rechtbank Amsterdam besproken, maar daarnaast kan ook het arrest van de Hoge Raad in de zaak L/Wennekes Lederwaren als voorbeeld dienen. In de zaken die vallen onder de tweede subcategorie gaan de rechters een stap verder, dan in de zaken van de eerste subcategorie. Ook deze rechters zijn van mening dat de onrechtmatige verkrijging niet hoeft te betekenen dat het materiaal niet kan meewerken tot het bewijs, maar zij verbinden vervolgens wel een ander rechtsgevolg aan de onrechtmatige wijze van verkrijging van het bewijs. Als voorbeeld van een dergelijke zaak wordt een uitspraak uit 1996 van de Rechtbank Utrecht besproken. De derde subcategorie bestaat uit zaken waarin de rechter oordeelt dat het materiaal vanwege de wijze waarop het is verkregen, niet kan meewerken tot het bewijs. In het kader van deze categorie wordt een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam besproken. De vierde en laatste subcategorie wordt gevormd door de zaken waarin de rechter het door de werkgever verzamelde materiaal als rechtmatig verkregen beoordeelt en het derhalve toelaat tot het bewijs.⁷ Aangezien deze categorie minder interessant is voor de beantwoording van de in dit artikel centraal gestelde vraag (namelijk die naar de grondslag voor sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs), komt zij niet in een afzonderlijke paragraaf aan de orde.

7 Bijvoorbeeld Ktr. Haarlem 16 juni 2000, JAR 2000, 170. Ktr. Amsterdam 8 september 2003, JAR 2003, 230 en Rb. Amsterdam 20 mei 1998, JAR 1998, 135.

2.1 Categorie I: de zaak L/Wennekes Lederwaren

Een werkgever, Wennekes, had bedrijfsrecherchebureau Hoffmann ingeschakeld om verduistering binnen het bedrijf op te sporen. Naar aanleiding hiervan kwamen twee gevallen van diefstal aan het licht, waaronder die door werkneemster L. Op (geheime) videobeelden was te zien dat L een portemonnee verkoopt, deze verkoop niet registreert op de kassa en na ontvangst van de betaling door de klant het bedrag in haar handtas stopt, die opgeborgen is in een kast achter de toonbank. L werd met deze video-opnamen geconfronteerd, waarna ze op staande voet werd ontslagen wegens het verduisteren van geld uit de kassa. Werkneemster ontkende uitdrukkelijk dat zij gelden zou hebben ontvreemd uit de kassa. Zij voerde tegen de video-opnamen aan dat deze niet als bewijsmiddel mochten dienen bij de beantwoording van de vraag of sprake was van een dringende reden. Wennekes had immers een ernstige inbreuk op de privacy van haar werknemers gemaakt. Deze inbreuk was volgens L niet gerechtvaardigd, omdat werknemers hiervoor behoren te worden gewaarschuwd. Het recherchebureau had daarentegen zonder medeweten van de werknemers camera's geplaatst. L beriep zich er dan ook op dat met de geheime opnamen een ongerechtvaardigde inbreuk op haar privacy was gemaakt en dat het bewijsmateriaal daardoor onrechtmatig was verkregen. De Hoge Raad behandelde eerst de vraag of sprake was van een ongeoorloofde inbreuk op het recht op privacy. Hij overwoog dat dienaangaande van belang was dat een concreet vermoeden bestond dat een van de werknemers zich schuldig maakte aan strafbare feiten en dit vermoeden anders dan met gebruikmaking van een verborgen camera niet zou kunnen worden gestaafd. Nu enerzijds Wennekes aldus een gerechtvaardigd belang had door middel van een geheime videocamera opnamen te maken, terwijl anderzijds de opnamen slechts de gedragingen bij de kassa betroffen, moest worden aangenomen dat ook indien Wennekes bij het onderzoek inbreuk op het privé-leven van L zou hebben gemaakt, dit nog niet betekende dat dit bewijsmateriaal niet mocht worden gebruikt in de procedure. De Hoge Raad liet daarmee in het midden of de werkgever bij het verzamelen van het bewijs onrechtmatig had gehandeld en ging direct over tot de beantwoording van de vraag of het bewijsmateriaal in de procedure kon worden toegelaten.⁸

8 HR 27 april 2001, JAR 2001, 95. Zie over dit arrest in verband met onrechtmatig verkregen bewijs ook: W.A. Zondag, Opsporing van interne criminaliteit door de werkgever: de verborgen videocamera, ArA 2001/3, p. 91-105.

2.2 Categorie II, subcategorie 1: L/Wennekes Lederwaren en de sector kanton van de Rechtbank Amsterdam 24 april 2002

Zoals gezegd kan wederom als voorbeeld uit de jurisprudentie het arrest L/Wennekes Lederwaren worden genoemd. De Hoge Raad was immers van mening dat ook indien de werkgever het materiaal op onrechtmatige wijze had verzameld, dit nog niet betekende dat het bewijsmateriaal niet in de procedure als bewijs zou mogen worden gebruikt. Een ander voorbeeld vormt een uitspraak van de sector kanton van de Rechtbank Amsterdam. Bij softwarebedrijf CTI was na een telefoontje de verdenking gerezen dat een werknemer zijn contractuele geheimhoudingsverplichting ten aanzien van alle klant- en maatschappijgegevens schond. Daarop had CTI de pc van de betreffende werknemer nagekeken en een drietal aan een concurrent gericht e-mails aangetroffen. De werknemer werd op staande voet ontslagen en CTI vorderde veroordeling van de werknemer tot betaling van de boete uit het boetebeding. De werknemer voerde onder meer als verweer dat CTI het bewijs van de overtreding had verkregen door inbreuk te maken op zijn recht op privacy. De kantonrechter verwierp het argument dat de e-mails op onrechtmatige wijze waren verkregen. Het bracht althans niet mee dat CTI ze niet als bewijs mocht gebruiken.⁹ Op gelijksoortige wijze werd geoordeeld door de Kantonrechter Gouda op 27 mei 1999 en door het Hof Den Bosch op 2 december 1992.¹⁰

2.3 Categorie II, subcategorie 2: Rechtbank Utrecht 25 september 1996

De Rechtbank Utrecht moest oordelen over een zaak waarin de werkgever (LBP) bedrijfsrecherchebureau Hoffmann de opdracht had gegeven om onderzoek te doen naar een werknemer/statutair directeur (Kupers). Bovendien had LBP in aanvulling van dit onderzoek zelf gedurende een periode van drie weken de telefoongesprekken van Kupers opgenomen. LBP had het vermoeden dat Kupers zich niet aan de bepalingen van het concurrentiebeding hield. Naar aanleiding van de bevindingen uit de telefoontaps besluit LBP een ontbindingsverzoek in te dienen. Kupers verweerde zich primair met de stelling dat het met de telefoontaps verzamelde bewijsmateriaal op onrechtmatige wijze was verkregen. De rechtbank kwam na afweging van

⁹ Rb. Amsterdam, sector kanton 24 april 2002, JAR 2002, 174.

¹⁰ Ktr. Gouda 27 mei 1999, KG 1999, 161: 'Weliswaar is de kantonrechter met Van der Wiel van oordeel dat het inschakelen van een detectivebureau een ongepaste maatregel was, [...], doch dit leidt er in het onderhavige geval niet toe dat aan het rapport [...] geen bewijskracht zou toekomen.' En Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1992, NJ 1993, 327: 'Dat de stichting zich niet als goed werkgeefster heeft gedragen vitiesert het rapport op zichzelf niet in dier voege, dat het onder geen omstandigheden zou mogen worden gebruikt.'

alle omstandigheden tot de conclusie dat de aanwijzingen die LBP had gehad om Kupers te verdenken onvoldoende waren om een zo ingrijpend middel als het afluisteren van de telefoon toe te passen. Het uit het 'aftappen' van Kupers' telefoon verkregen bewijsmateriaal moest in beginsel dan ook als onrechtmatig verkregen worden aangemerkt. Dit betekende volgens de rechtbank niet dat bewijsmateriaal als het onderhavige, ongeacht de inhoud daarvan, onder alle omstandigheden buiten beschouwing moet worden gelaten. Hierbij dienden het belang van de werknemer, om aan niet al te vergaande maatregelen van zijn werkgever te worden blootgesteld, en het belang van de werkgever, bij het achterhalen van de waarheid, tegen elkaar te worden afgewogen. Uit hetgeen kon worden afgeleid uit de transcripten van de telefoontap, maakte de rechtbank op dat Kupers zich schuldig had gemaakt aan onbehoorlijk handelen jegens zijn werkgeefster. Gelet op de resultaten van de telefoontap, in relatie tot het belang van LBP, was de rechtbank van oordeel dat het uit de telefoontaps verkregen bewijsmateriaal wel meegewogen kon en moest worden. De rechtbank voegde aan haar overwegingen evenwel toe dat ze rekening hield met het verwijt dat de werkgever viel te maken ten aanzien van de ingrijpendheid van de door haar jegens Kupers ingezette opsporingsmiddelen. Gelet op alle verwijten die partijen vielen te maken, was de rechtbank van oordeel dat de arbeidsverhouding wegens verandering van omstandigheden op zo kort mogelijke termijn diende te worden beëindigd. Het kwam de rechtbank vanwege die over en weer te maken verwijten billijk toe aan Kupers, ten laste van LBP, een vergoeding toe te kennen. Rekening houdend met de overige omstandigheden van het geval, waaronder de leeftijd van Kupers, de duur van het dienstverband en de over en weer te maken verwijten, achtte de rechtbank een vergoeding billijk die gelijk was aan de helft van de som waarvoor plaats zou zijn indien aan Kupers geen verwijt van betekenis viel te maken. De vergoeding kwam neer op een bedrag van f 205.350.¹¹ Behalve met de verwijtbaarheid van de werknemer in kwestie hield de rechter bij de vaststelling van de vergoeding derhalve ook rekening met de verwijtbaarheid van de werkgever ten aanzien van de gehanteerde opsporingsmethoden. Zie voor een andere uitspraak waarin op gelijksoortige wijze wordt gereageerd op het toepassen van een ongepaste en onevenredige onderzoeksmethode van de werkgever Kantonrechter Utrecht 15 februari 1993 (zie ook par. 5.3).¹²

11 Rb. Utrecht 25 september 1996, JAR 1997, 6. Zie uitgebreid over deze uitspraak H.H. de Vries, Afluisteren van telefoongesprek – onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal, *ArbeidsRecht* 1997-3, p. 13-17.

12 Ktr. Utrecht 15 februari 1993, JAR 1993, 160.

2.4 Categorie II, subcategorie 3: Kantongerecht Rotterdam 19 december 1997

Een werkneemster zou samen met een ex-collega vanuit haar woning werkzaamheden verrichten die rechtstreeks concurrerend waren met de bedrijfsactiviteiten van de werkgever. De werkgever meende dat dit een dringende reden was voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De werkgever baseerde deze stellingen op een rapport van het door haar ingeschakelde recherchebureau FIF 33. De kantonrechter besloot aan de inhoud van het rapport voorbij te gaan, aangezien zij met name de wijze waarop het rapport tot stand was gekomen zo in strijd achtte met hetgeen van een goed werkgever, die immers ook de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van haar werknemers te respecteren heeft, verlangd kan worden dat de inhoud ervan genegeerd behoorde te worden. De kantonrechter achtte de handelwijze van het recherchebureau een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werkneemster, op de bescherming waarvan zij uiteraard net als ieder ander recht had. Omdat de kantonrechter aan de inhoud van het rapport voorbijging, kon reeds daarom het bestaan van de dringende reden, welke was gebaseerd op het rapport, niet worden aangenomen. Vanwege het verlies aan vertrouwen in elkaar, achtte de rechter wel reden aanwezig om tot ontbinding wegens verandering in de omstandigheden over te gaan. Bij de vaststelling van de vergoeding liet de kantonrechter onder meer meewegen dat door het inschakelen van het recherchebureau inbreuk was gemaakt op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werkneemster. De correctiefactor werd op 1,5 gesteld.¹³

3 De noodzaak tot vaststelling dat het bewijs op onrechtmatige wijze is verkregen

Uit de bespreking van de jurisprudentie blijkt dat niet altijd expliciet stelling wordt genomen ten aanzien van de rechtmatigheid van het verkregen bewijs (categorie I). Zo liet de Hoge Raad in de zaak L/Wennekes Lederwaren de vraag naar de rechtmatigheid in het midden en stelde direct de toelaatbaarheid van het bewijs aan de orde. Dit bergt het gevaar in zich dat uit het oordeel over de toelaatbaarheid van het bewijs de rechtmatigheid van de bewijsgaring wordt afgeleid in plaats van andersom.¹⁴ De vraag naar de rechtmatigheid van de verkrijging van het bewijs is een voorvraag die moet worden beantwoord alvorens een antwoord kan worden gegeven op de vraag of het bewijs wel of niet tot de procedure kan worden toegelaten.

¹³ Ktr. Rotterdam 19 december 1997, Prg. 1998, 4946.

¹⁴ Kremer 1999, p. 13.

Immers, indien de vraag of het bewijs rechtmatig is verkregen bevestigend kan worden beantwoord, komt men in de meeste gevallen aan de vraag of het bewijs tot de procedure kan worden toegelaten niet meer toe.¹⁵ Er staat niets in de weg aan het toelaten van door de werkgever op rechtmatige wijze verkregen bewijs. Tegelijkertijd is de vaststelling dat het bewijs op onrechtmatige wijze is verkregen van groot belang voor de gevolgen die daaraan moeten worden verbonden. Zowel bij de vaststelling van de (on)rechtmatigheid, als bij de vaststelling van de gevolgen, spelen namelijk de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een belangrijke rol.¹⁶ Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de onderzoekshandelingen van de werkgever evenredig moeten zijn geweest aan het beoogde doel. Het subsidiariteitsbeginsel brengt met zich dat het onderzoek in redelijkheid niet op een andere, voor de betrokken werknemer minder bezwarende wijze, kon worden bereikt. Deze beginselen zijn van grote betekenis voor de beoordeling van de rechtmatigheid waarmee strafvorderlijke bevoegdheden zijn uitgeoefend. Vanwege de ingrijpendheid van de door de werkgever gehanteerde onderzoeksmethoden en de gelijkheid met die strafvorderlijke onderzoeksmethoden, is toetsing van de rechtmatigheid van het handelen van de werkgever aan deze beginselen naar mijn mening op zijn plaats. Wordt bij ingrijpende onderzoekshandelingen van de werkgever niet aan deze beginselen voldaan, dan mag worden geconcludeerd dat de werkgever onrechtmatig heeft gehandeld. De mate waarin de werkgever voornoemde beginselen heeft geschonden is van groot belang voor de vaststelling van de juiste sanctie. De consequentie van onrechtmatig handelen bij het vergaren van het bewijs hoeft namelijk niet altijd de uitsluiting van het betreffende bewijs te zijn. Het is daarom belangrijk dat rechters die in een civiele procedure omtrent beëindiging van een arbeidsovereenkomst worden geconfronteerd met door de werkgever verkregen bewijsmateriaal, niet hun ogen sluiten voor eventuele misstanden bij het verzamelen van het bewijs. Bewijsvergaring en bewijsgebruik behoren samen op hun rechtmatigheid te worden beoordeeld.¹⁷ Dit vloeit eveneens voort uit het in artikel 6 EVRM neergelegde fundamentele recht op een eerlijk proces. Artikel 6 EVRM kan in het concrete geval een ieder verbindende verdragsbepaling zijn, waarop de betrokken werknemer in een arbeidsrechtelijke procedure direct een

15 Embregts 2003, p. 48-49.

16 Zie voor toepassing van deze beginselen bijvoorbeeld de overwegingen van zowel de Hoge Raad, de A-G als de rechtbank in de zaak L/Wennekes Lederwaren en Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1986, NJ 1987, 451 (Koma-zaak).

17 Snijders wees er op dat de rechter anders zou vervallen in een 'Pilatusrol' (H.J. Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (oratie Rotterdam), Arnhem/Deventer/Zwolle: Gouda Quint/Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 59). Waarschijnlijk refereerde hij hiermee aan de uitdrukking 'dat heeft Pilatus zo geschreven', waarmee volgens de Van Dale wordt bedoeld 'aldus is beslist en daaraan is niets meer te veranderen'.

beroep kan doen en waaraan hij rechten en plichten kan ontleen. De beoordeling en waardering van onrechtmatig verkregen bewijs moeten plaatsvinden in het licht van dit fundamentele recht. Met name indien wordt besloten tot toelating van onrechtmatig verkregen bewijs in een procedure, moet de rechter zijn oordeel voldoende motiveren.¹⁸ Hiermee wordt niet alleen invulling gegeven aan het recht op een eerlijk proces, maar worden ook de rechtszekerheid en rechtseenheid gediend. Door middel van de motivering van zijn oordeel over de rechtmatigheid van de verkrijging, kan de rechter de grenzen bevestigen die worden gesteld aan de onderzoeksbevoegdheid van werkgevers.¹⁹ Indien het gaat om onderzoekshandelingen van een werkgever in strijd met een wettelijke strafbepaling, zoals neergelegd in artikel 139f Sr, is dit nog belangrijker. De wetgever heeft met deze wettelijke bepaling expliciet duidelijk gemaakt dat het van tevoren niet kenbaar gemaakt heimelijk cameratoezicht ongewenst is en heeft het daarom verboden en strafbaar gesteld. De civiele rechter kan bij de beoordeling van het door de werkgever in strijd met deze bepalingen verkregen bewijsmateriaal niet om de wil van de wetgever heen. Hij moet daaraan tegemoetkomen door in zijn motivering expliciet in te gaan op deze onrechtmatigheid en de consequenties ervan.²⁰

4 Reden tot sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs

Indien wordt geoordeeld dat het bewijs op onrechtmatige wijze is verkregen, resulteert dit niet altijd in de conclusie dat het onrechtmatig verkregen materiaal niet kan meewerken tot het bewijs. Opmerkelijk is dat in sommige gevallen helemaal geen enkele consequentie aan het onrechtmatig handelen van de werkgever wordt verbonden (categorie II, subcategorie 1). Naar mijn mening zijn twee, nauw met elkaar samenhangende, argumenten aan te voeren ter ondersteuning van de stelling dat, op handelen van werkgevers in strijd met de op onderzoek van toepassing zijnde regels, in beginsel altijd een sanctie moet volgen.

In de eerste plaats is er een praktisch argument; indien op de schending geen sanctie staat, ontbreekt voor de werkgever de stok achter de deur om zich aan de regels te houden. Met deze regels wordt bescherming geboden aan de rechten en belangen van de werknemer die bij voornoemde, soms

18 Aldus ook De Vries 2003, p. 245-246. Zij wijst er geheel terecht op dat het belangrijk is dat de rechter de uitspraak goed motiveert met het oog op de verdere ontwikkeling van het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs in het civiele recht. Zie ook P.F. van der Heijden, De verborgen videocamera en de verborgen rechter, NJB 1992-10, p. 329-330.

19 Embregts 2003, p. 49.

20 Aldus ook Ostendorf 2003, p. 309.

diep ingrijpende, onderzoeksmethoden in het geding kunnen zijn. Het belangrijkste recht dat deze regels beschermen is het fundamentele recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. De constatering dat de bepalingen door de werkgever moeten worden nageleefd ter bescherming van deze (fundamentele) rechten en belangen, brengt noodzakelijkerwijs de constatering met zich dat op het niet naleven van deze bepalingen een sanctie voor de werkgever moet staan. Deze sanctie vormt de waarborg dat de werkgever zich daadwerkelijk aan de regels houdt.²¹ Indien de werkgever weet dat het schenden daarvan leidt tot een sanctie, zal hij bij de bewijsgaring zorgvuldiger te werk gaan.²² Dit praktische argument voor sanctionering kan worden aangeduid als het preventieargument; door het ongewenste gedrag te sanctioneren wordt het handelen van de werkgever in de goede richting gestuurd.²³

In de tweede plaats is er een juridisch argument voor sanctionering. Het door werkgevers uitgevoerde onderzoek naar wangedrag van werknemers is steeds meer gelijkenis gaan vertonen met strafvorderlijk onderzoek. Werkgevers hebben zich bepaalde onderzoeksmethoden 'toegeëigend' die te vergelijken zijn met strafvorderlijke bevoegdheden; werknemers worden geobserveerd met behulp van camera's, recherchebureaus worden ingeschakeld en telefoons worden getapt. Deze methoden zijn te vergelijken met de strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden observatie (art. 126g en o Sv) en onderzoek van telecommunicatie (art. 126m en t Sv). Evenals met de uitoefening van de strafvorderlijke bevoegdheden, kan met de door de werkgever gehanteerde methoden inbreuk worden gemaakt op een fundamenteel recht, namelijk het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.²⁴ Hier komt nog bij dat tussen de werkgever en werknemer weliswaar sprake is van een horizontale relatie, maar deze relatie een sterk verticaal karakter heeft; de werknemer is economisch afhankelijk van en juridisch onderge-

21 Zie ook Snijders 1992, p. 58. Hij zegt over de vergelijking strafproces en burgerlijk proces ten aanzien van het gebruik in rechte van onrechtmatig verkregen bewijs: 'Niettemin treedt in zoverre een parallel op, dat de wijze van behandeling van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in het burgerlijk proces niet mag prikkelen tot misdadige bewijsgaring.'

22 Vgl. J.H.J. Terstegge, Privacybescherming van werknemers; actie door 'Europa?', *Privacy & Informatie* (5) 2002-1, p. 34.

23 Dit argument is te vergelijken met het strafprocesrechtelijke effectiviteitsargument, dat tot doel heeft het gedrag van de strafvorderlijke autoriteiten te sturen (zie G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 655-656).

24 Van dit onder meer in artikel 8 EVRM neergelegde recht wordt in het algemeen verondersteld dat het horizontale werking heeft en het is inmiddels duidelijk dat het zich mede uitstrekt tot de arbeidsverhouding. Criterium is of de werknemer een 'reasonable expectation of privacy' had, EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506 (Halford), zie ook EHRM 25 september 2001, NJ 2003, 670. Zie over de horizontale werking onder meer L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992 en HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (Edamse bijstandsmoeder).

schikt aan de werkgever.²⁵ De relatie tussen de strafvorderlijke bevoegde autoriteiten en de burger is in deze zin vergelijkbaar met de relatie tussen de werkgever en werknemer. Naast deze gelijkenissen bestaat een groot verschil tussen onderzoek in het strafrecht en onderzoek in het arbeidsrecht. Anders dan in het arbeidsrecht is in het strafprocesrecht namelijk sprake van een gekanaliseerde vorm van machtsuitoefening. De mogelijke inbreuk op fundamentele rechten van burgers wordt gelegitimeerd door de geclausuleerde bevoegdheidstoedeling. In elke regel waarin aan een bepaald strafvorderlijk orgaan bevoegdheden worden toegekend, worden meteen de beperkingen van die bevoegdheden gegeven. Hierdoor wordt de balans tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming in evenwicht gehouden.²⁶ Nu is de rechtspositie van de werkgever uiteraard niet hetzelfde als die van de strafvorderlijke autoriteiten (een werkgever kan bijvoorbeeld geen vrijheidsbenemende dwangmiddelen toepassen), toch verdient het op grond van bovenstaande gelijkenissen aanbeveling dat ook in het arbeidsrecht wordt gestreefd naar een evenwicht tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming. Dit is van belang voor de legitimatie van het door de werkgever uit te voeren onderzoek, waarbij gebruik wordt gemaakt van diep ingrijpende onderzoeksmethoden. Vanwege dit 'legitimatieargument' is het belangrijk dat werkgevers de op het onderzoek van toepassing zijnde regels daadwerkelijk naleven. Hiermee wordt kracht bijgezet aan de noodzaak tot sanctionering van de overtreding van deze regels op grond van het hierboven genoemde preventieargument.

5 Sanctionering

5.1 Welke sanctie

Uit bovenstaande volgt dat, zodra is vastgesteld dat de werkgever bij het verzamelen van het bewijsmateriaal onrechtmatig heeft gehandeld, een sanctie moet volgen. De hierboven aangevoerde argumenten leiden daarentegen niet automatisch tot de conclusie dat die sanctie moet bestaan uit de uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Daarnaast is de in de literatuur al vaker naar voren gebrachte sanctie van (schade)vergoeding mogelijk.²⁷ Daarmee staat de mogelijkheid tot differentiatie in sanctionering open, waarbij uitsluiting van het onrechtmatig verkregen

25 E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu 1996, p. 61.

26 P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 56; Corstens 2002, p. 6; R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 15-17.

27 Ostendorf 2003, p. 309; Kremer 1999, p. 305-306.

bewijs als de zwaarste sanctie kan worden aangemerkt. Uit de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en de genoemde gronden voor sanctionering volgt, dat het belang dat de geschonden regel beoogde te beschermen doorslaggevend moet zijn bij de vaststelling van de zwaarte van de sanctie. Hoe groter het geschonden belang is, des te zwaarder moet de sanctie zijn. Is het een regel die direct ziet op bescherming van een fundamenteel recht zoals het recht op privacy, dan is de noodzaak tot naleving het grootst. Bovendien is het belang van legitimatie van onderzoek waarmee inbreuk kan worden gemaakt op fundamentele rechten groot en is het ook om die reden noodzakelijk dat de daarvoor geldende regels worden nageleefd. Hoe groter de noodzaak tot naleving van de regels is, des te groter moet de stok achter de deur zijn om de werkgever te dwingen de regels na te leven. Differentiatie in sanctionering is niet alleen *mogelijk*, maar ook *wenselijk*. De geschonden regel beoogt namelijk niet altijd een fundamenteel belang te beschermen en de betrokken werknemer zal ook niet altijd in zijn belangen zijn geschaad. Daarbij komt dat partijen tegenover elkaar staan in een privaatrechtelijke verhouding en procedure, dus moet behalve met de rechten van de werknemer ook rekening worden gehouden met de belangen van de werkgever.

5.2 De mogelijkheid van uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal

Over de vraag of onrechtmatig handelen van de werkgever kan leiden tot de uitsluiting van het daarmee onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal, blijkt niet altijd duidelijkheid te bestaan. Zo overwoog de Kantonrechter Haarlem in een arbeidsrechtelijke procedure, waarin de werknemer aanvoerde dat de werkgever op onrechtmatige wijze aan het bewijsmateriaal was gekomen, dat van onrechtmatig verkregen bewijs geen sprake was, 'wat de betekenis van dat begrip ook zou zijn in een procedure als deze'.²⁸ Kremer en Embregts verschillen van mening over de mogelijkheid van uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs. Volgens Kremer bestaat geen grondslag voor bewijsuitsluiting als rechtsgevolg van onrechtmatige bewijsgaring.²⁹ Embregts merkt daarentegen op dat in het civiele veld geen verdeeldheid bestaat over de vraag of bewijsuitsluiting een passende consequentie is bij onrechtmatig verkregen bewijs. 'Het is niet zozeer de vraag of bewijsuitsluiting een passende sanctie is, maar de vraag *wanneer* die consequentie precies verbonden moet worden aan onrechtmatige bewijsgaring, die de civilisten bezighoudt.'³⁰ Naar mijn

28 Ktr. Haarlem 16 juni 2000, JAR 2000, 170.

29 Kremer 1999, p. 304-308.

30 Embregts 2003, p. 239.

mening kan worden gesteld dat de uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs in een arbeidsrechtelijke procedure een mogelijke sanctie is. De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in acht genomen, *kan* het recht dat de geschonden regel beoogt te beschermen, afgewogen tegen de belangen van de werkgever, onder omstandigheden met zich brengen dat het onrechtmatig verkregen materiaal moet worden uitgesloten van het bewijs. Aangezien uitsluiting van het bewijs de zwaarste sanctie is, dient hiervan – evenals in het strafprocesrecht – op genuanceerde wijze gebruik te worden gemaakt.³¹ Het stelsel van de wet staat niet in de weg aan bewijsuitsluiting; de rechter is vrij in de waardering van het bewijs (zie art. 152 Rv). Ik ben het derhalve niet met Kremer eens dat geen grondslag zou bestaan voor bewijsuitsluiting als rechtsgevolg van onrechtmatige bewijsgaring. Onder bepaalde omstandigheden zijn andere sancties nu eenmaal geen geschikt alternatief voor bewijsuitsluiting.³² Naast het genoemde preventie- en legitimatieargument kan voor uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs de uit het strafrecht komende reparatiegedachte als argument worden aangevoerd; door de uitsluiting van het bewijsmateriaal moet het jegens de werknemer gedane onrecht zo veel mogelijk worden hersteld. Het druist immers ook in het arbeidsrecht tegen het rechtsgevoel in dat de werkgever zou kunnen profiteren van hetgeen hij met onrechtmatig handelen jegens de werknemer heeft verkregen.³³ Dit geldt met name, indien sprake is van een zware inbreuk op een fundamenteel recht zoals het recht op privacy. Materiaal dat bijvoorbeeld is verkregen in strijd met het in artikel 139f neergelegde verbod, op een wijze waarmee grote inbreuk is gemaakt op het recht op privacy van de werknemer(s), terwijl dit niet in verhouding stond tot het te dienen doel en het bovendien op minder bezwarende wijze had kunnen worden verkregen, moet leiden tot uitsluiting van het dientengevolge onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. In dit specifieke voorbeeld is mede van belang dat de wetgever, in verband met de bescherming van het recht op privacy, door strafbaarstelling uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven het niet van tevoren kenbaar gemaakte heimelijk cameratoezicht als onwenselijk te beschouwen.³⁴ Door het toelaten van het bewijsmateriaal dat is verkregen in strijd met deze bepaling, zou de onwenselijke situatie ontstaan dat de werkgever ten koste van het – door de wetgever uitdrukke-

31 Uitgebreid over de genuanceerde toepassing zie Embregts 2003, p. 123-154.

32 Ik ben dan ook met Embregts van mening dat de mogelijkheid van bewijsuitsluiting naast andere sancties bestaat en dat die andere (materiële) sancties niet, zoals Kremer stelt, een alternatief zijn voor de processuele sanctie van de bewijsuitsluiting. Embregts 2003, p. 266; Kremer 1999, p. 304-308.

33 Corstens 2002, p. 655. Zie ook Embregts 2003, p. 106-107 en 266.

34 Zie Kamerstukken II 2000/01, 27 732, nr. 3, p. 1 (MvT bij wijziging van de artikelen 139f en 441b van het Wetboek van Strafrecht).

lijk beschermde – recht op privacy van de werknemer in een voordeliger bewijspositie komt.³⁵ Bovendien is het handelen in strijd met deze strafbepaling onnodig, aangezien de werkgever vrij eenvoudig aan het in deze bepaling neergelegde ‘kenbaarheidsvereiste’ kan voldoen.³⁶

5.3 De mogelijkheid van toelating van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal

Uit het voorgaande blijkt dat uitsluiting van het door een werkgever onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal een mogelijke sanctie is op onrechtmatig handelen van een werkgever gedurende de onderzoeksfase. Met andere woorden, uitsluiting van het bewijsmateriaal *kan*, maar hoeft niet het gevolg te zijn. Ik ben dan ook niet voor een verplichting om tot uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs over te gaan.³⁷ Het per definitie overgaan tot uitsluiting van het bewijsmateriaal zou bovendien in strijd zijn met het uitgangspunt van het civiele procesrecht, namelijk recht doen op basis van de werkelijkheid en dat degene die gelijk heeft dat ook moet kunnen krijgen.³⁸ Ik ben het daarentegen niet eens met de door Thierry, Ostendorf en Roelofs verdedigde opvatting dat de toelating van onrechtmatig verkregen bewijs

35 Aldus ook Van Soeren 1986, p. 486.

36 Volgens de minister kan de werkgever voldoen aan het kenbaarheidsvereiste door de camera's zichtbaar op te hangen of door op een bordje aan te geven dat gebruik wordt gemaakt van cameratoezicht. Indien dit in een bepaald geval de effectiviteit aan het cameratoezicht zou ontnemen, kan de werkgever ook een verborgen camera inzetten. De werknemers moeten dan wel vooraf van deze mogelijkheid op duidelijke wijze in kennis zijn gesteld. Dit kan bijvoorbeeld door middel van een circulaire aan het personeel waarin is omschreven onder welke omstandigheden de werkgever zich de mogelijkheid voorbehoudt een verborgen camera in te zetten. Op deze wijze voldoet de werkgever aan het 'kenbaarheidsvereiste' en is derhalve geen sprake van een strafbaar feit. Op de vraag of de term 'wederrechtelijk' ruimer kan worden uitgelegd, antwoordde de minister dan ook dat een ruimere uitleg van het bestanddeel 'wederrechtelijk' niet nodig en niet wenselijk is, omdat de bepaling volop ruimte laat voor bedrijven en werkgevers om camera's in te zetten (Kamerstukken II 2000/01, 27 732, nr. 7, p. 1-4). Anders dan sommige andere schrijvers ben ik dan ook niet van mening dat verborgen cameratoezicht door werkgevers alleen in strijd met art. 139f Sr mogelijk is of dat daartoe een beroep moet worden gedaan op de 'ontsnappingsmogelijkheid' van de term wederrechtelijk (anders Thierry 2001, p. 132-134 en D.J. Rutgers & H.H. de Vries, De Hoge Raad en cameratoezicht op de werkvloer, ArbeidsRecht (8) 2001-10, p. 18-23). Aldus ook Ostendorf 2003, p. 308.

37 Aldus ook De Vries 2003, p. 246. Zie ook Rb. Roermond 17 oktober 1990, NJ 1991, 639: 'Een algemene regel dat onrechtmatig verkregen bewijs te allen tijde buiten beschouwing moet blijven, kan niet in het civiele proces worden aanvaard.' Anders Terstegge 2002, p. 31-34.

38 Kremer 1999, p. 296; Sniijders 1992, p. 58; Embregts 2003, p. 214 en 237.

in een civiele procedure kan worden afgeleid uit een bepaalde in het strafprocesrecht geldende regel.³⁹ Ostendorf stelt:

‘Met Thierry ben ik van mening dat het niet voor de hand ligt dat wanneer in het strafrecht in het algemeen geldt dat het gebruik van door derden onrechtmatig verkregen bewijs niet zonder meer onrechtmatig is, vervolgens in het ontslagrecht wel nauw omschreven eisen worden gesteld aan het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs.’⁴⁰

In het strafprocesrecht geldt inderdaad de regel dat het gebruik door politie en Openbaar Ministerie van door derden onrechtmatig verkregen bewijs niet per definitie onrechtmatig is.⁴¹ Indien de politie bijvoorbeeld documenten via een derde in handen krijgt, welke documenten door die derde zijn gestolen, wil dat nog niet zeggen dat de politie de documenten op onrechtmatige wijze heeft verkregen, of dat dit in de weg staat aan het enkele gebruik van de documenten in de strafzaak tegen de verdachte. Naar mijn mening gaat de vergelijking met gebruik in rechte van door een werkgever op onrechtmatige wijze verkregen bewijsmateriaal niet op. De strafprocesrechtelijke regel ziet immers op door particuliere *derden* onrechtmatig verkregen bewijs dat wordt afgeleverd bij politie of justitie. De essentie van deze in het strafprocesrecht geldende regel is niet dat het bewijs door een *particulier* onrechtmatig is verkregen en derhalve kan meewerken tot het bewijs, maar dat politie of justitie niet onrechtmatig hebben gehandeld bij de verkrijging van het bewijs. Deze derden handelden namelijk niet in opdracht van politie of justitie en waren ook niet tot dat onrechtmatig handelen aangezet door de justitiële autoriteiten. Politie en justitie hebben het bewijs door deze derden als het ware in de schoot geworpen gekregen en het kan daarom rechtmatig worden gebruikt in de strafrechtelijke procedure. In het geval dat een werkgever het bewijs onrechtmatig heeft verkregen door zelf onderzoek te (laten) doen en het vervolgens wil gebruiken in de procedure tegen de betrokken werknemer, is geen sprake van een *derde* die het bewijs (zonder opdracht van de werkgever) heeft verzameld en het vervol-

39 Overigens komen we deze opvatting ook tegen in de conclusie van de A-G bij het arrest L/Wennekes Lederwaren. Omdat strafrechtelijk ingrijpen potentieel veel verder strekkende consequenties heeft, kon volgens A-G Spier als hoofdregel gelden dat wat in het strafrecht mag a fortiori in het privaatrecht toelaatbaar is (Roelofs 2003, p. 26 deelt ook deze mening van de A-G). Hierbij kon volgens hem worden aangetekend dat de Strafkamer van de Hoge Raad toelaatbaar acht dat zelfs een door diefstal verkregen bewijsmiddel dat aan de politie is overhandigd als basis dient voor een vermoeden dat uiteindelijk tot een succesvolle strafvervolgging leidt. Het voert in het bestek van dit artikel te ver om in te gaan op de juistheid van de door de A-G geponeerde hoofdregel.

40 Ostendorf 2003, p. 309.

41 HR 11 april 1995, NJ 1995, 537. Zie ook Corstens 2002, p. 658.

gens aan de werkgever heeft geleverd. De in het strafprocesrecht geldende regel kan dan ook niet als argument worden gebezigd dat het gebruik van door werkgevers onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in een arbeidsrechtelijke procedure is toegestaan. Naar mijn mening moet aan de hand van de belangenafweging tussen de werknemer en de werkgever, op de wijze zoals hiervoor beschreven, worden vastgesteld wat de juiste sanctie is. Dit kan in een concreet geval tot de conclusie leiden dat het belang dat de geschonden bepaling beoogde te beschermen niet opweegt tegen het belang van de werkgever bij verzameling en gebruik van het bewijs teneinde de 'waarheid' aan het licht te kunnen brengen. Het kan bijvoorbeeld tegen het rechtsgevoel indruisen, materiaal waarmee wordt aangetoond dat de werknemer een ernstige inbreuk heeft gemaakt op de rechten van de werkgever of medewerkers, niet tot het bewijs mee te laten werken.⁴² In een dergelijk geval moet het materiaal, ook al is het op onrechtmatige wijze verkregen, toegelaten worden tot de arbeidsrechtelijke procedure.

5.4 Andere sancties

Indien het onrechtmatig verkregen materiaal in het concrete geval kan meewerken tot het bewijs, moet het onrechtmatig handelen van de werkgever op een andere wijze worden gesanctioneerd. Gebleken is dat het belang van differentiatie met zich brengt dat, behalve uitsluiting van het bewijsmateriaal, de al eerder in de literatuur naar voren gebrachte mogelijkheid van schadevergoeding bestaat.⁴³ De rechter heeft derhalve de keuze uit twee sanctiemogelijkheden, uitsluiting van het bewijsmateriaal en schadevergoeding. Verder bestaat de mogelijkheid tot differentiatie in de hoogte van de door de werkgever te betalen schadeloosstelling, afhankelijk van het belang dat de geschonden regel diende. Roelofs lijkt een verplichting tot schadevergoeding minder juist, omdat dat bijvoorbeeld zou betekenen dat gevolgschade – schade die erin is gelegen dat het geding mogelijk een nadeliger uitkomst voor de getroffen(e) heeft dan zonder het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal het geval zou zijn geweest – voor vergoeding in aanmerking komt. Dit leek haar onjuist omdat het volgens haar geen schade aan een rechtmatig belang betreft. Naar mijn mening is de beantwoording van de vraag of de gevolgschade wel of niet voor vergoeding in aanmerking komt niet relevant, aangezien de door de werkgever te betalen schadeloosstelling niet ziet op de vergoeding van de gevolgschade, maar op de preventie

42 Dit is te vergelijken met het feit dat het belang van de waarheidsvinding in het strafprocesrecht zwaarder weegt in geval van zware misdrijven. Het is dan namelijk nog moeilijker te verkroppen dat bepaald bewijs niet mag meewerken tot de bewezenverklaring, met als mogelijk gevolg dat de verdachte wordt vrijgesproken (Corstens 2002, p. 656).

43 Ostendorf 2003, p. 309; Kremer 1999, p. 305-306. Zie ook noot 29.

van het maken van inbreuken op (fundamentele) rechten van werknemers. De door de werkgever te betalen vergoeding moet in de eerste plaats dan ook als een sanctie in de vorm van een boete worden beschouwd. Dat deze ten gunste van de betrokken werknemer komt, is voor de hand liggend aangezien de geschonden regel zijn rechten beoogt te beschermen. Behalve als sanctie kan de vergoeding op deze wijze fungeren als schadevergoeding voor de gemaakte inbreuk op de rechten van de getroffen werknemer. Dat het daarbij geen schade aan een rechtmatig belang zou betreffen, zoals Roelofs met verwijzing naar Kremer stelt, is naar mijn mening onjuist.⁴⁴ De belangen die de geschonden bepalingen beogen te beschermen, waaronder het fundamentele recht op privacy, zijn wel degelijk rechtmatige belangen. In een ontbindingsprocedure kan de rechter overgaan tot ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden en de sanctie op de onrechtmatigheid van het handelen van de werkgever tot uitdrukking laten komen in de c-factor. Een voorbeeld hiervan zien we terug in de uitspraak van de Rechtbank Utrecht. Bij de vaststelling van de vergoeding hield de rechtbank rekening met de verwijtbaarheid van de werkgever ten aanzien van de ingrijpendheid van de door hem ingezette opsporingsmethoden. Voorts is een voorbeeld van een dergelijke benadering terug te vinden in een beschikking van de Kantonrechter Utrecht. De kantonrechter moest oordelen over een ontbindingsverzoek van een werkgever (Berenschot). De werknemer (Christiaanse) was in zijn vrije tijd werkzaamheden gaan verrichten als hypnotherapeut. Volgens Berenschot stonden deze werkzaamheden in direct verband met het vele ziekteverzuim van Christiaanse en waren de verhoudingen tussen partijen als gevolg hiervan ernstig verstoord. De werknemer verzette zich niet tegen de ontbinding, maar eiste wel een vergoeding. De kantonrechter ging over tot de ontbinding en achtte een vergoeding ter hoogte van twaalf maandsalarissen (f 90.000) billijk. Bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding nam de kantonrechter mede in aanmerking dat Berenschot Christiaanse niet, zoals van een goed werkgever had mogen worden verwacht, eerst zelf op zijn activiteiten als hypnotherapeut had aangesproken, maar een detectivebureau had ingeschakeld om zijn gangen na te laten gaan. Volgens de kantonrechter was dit een ongepaste en onevenredige maatregel en was het aannemelijk dat hierdoor de goede naam van Christiaanse was aangetast. Dit was aanleiding te bepalen dat van de toe te kennen vergoeding f 10.000 immateriële schade betrof.⁴⁵ Indien de door de werkgever op onrechtmatige wijze aan het licht gebrachte feiten uitmonden in een ontslag op staande voet, is het denkbaar dat de betrokken werknemer zich beroept op de nietigheid van het ontslag. De

44 Roelofs 2003, p. 26. Zie Kremer 1999, p. 237-238.

45 Ktr. Utrecht 15 februari 1993, JAR 1993/160.

werknemer zou immers kunnen aanvoeren, zoals in de zaak L/Wennekes Lederwaren gebeurde, dat het onrechtmatig verkregen materiaal niet mag meewerken tot het bewijs van een (objectief) dringende reden.⁴⁶ Dit betekent niet dat de onrechtmatigheid van het handelen van de werkgever per definitie in de weg staat aan de geldigheid van het ontslag op staande voet. Dit is alleen het geval indien de belangenafweging na toetsing van alle belangen zodanig in het nadeel van de werkgever moet uitvallen, dat de enige juiste sanctie het uitsluiten van het onrechtmatig verkregen bewijs is. Is dit niet het geval en moet derhalve worden geconcludeerd dat sprake was van een geldig ontslag op staande voet, dan resteert de betrokken werknemer niets anders dan een actie uit wanprestatie vanwege het schenden van de contractuele verplichting zich als goed werkgever te gedragen of een actie op grond van artikel 49 van de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP). De WBP voorziet namelijk in een scala van materiële en formele regels waaraan de werkgever zich moet houden bij het verrichten van onderzoek waarbij de verwerking van persoonsgegevens in het geding is. Gezien het ruime bereik van de WBP valt onderzoek door werkgevers hier bijna altijd onder. Bij schending van de regels van de WBP kan de werknemer op grond van artikel 49 WBP de werkgever aansprakelijk stellen en schadevergoeding vorderen. Anders dan Roelofs ben ik van mening dat bij een terecht gegeven ontslag op staande voet de schadeplichtigheid van de werknemer ex artikel 7:677 lid 3 BW niet in de weg staat aan schadeplichtigheid van de werkgever op grond van artikel 6:74 BW of artikel 49 WBP vanwege de onrechtmatige wijze van verzameling van het bewijs.⁴⁷ De schadeplichtigheid van de werkgever is immers niet gerelateerd aan het ontslag op staande voet of de gevolgen daarvan voor de werknemer, maar aan de wijze waarop hij het bewijs heeft verzameld.⁴⁸

Behalve ontslag wegens een dringende reden, kan het onrechtmatig verkregen bewijs uiteraard ook uitmonden in een 'gewoon' ontslag met inachtneming van de juiste opzegtermijn en toestemming van de CWI. Denkbaar is dat de werknemer in dat geval schadevergoeding vordert op grond van kennelijke onredelijkheid van het ontslag. Hiertoe zou aanleiding kunnen bestaan indien het onrechtmatig verkregen materiaal niet kan meewerken

46 Zie ook Ostendorf 2003, p. 308. In de Belgische rechtspraak zijn meerdere voorbeelden terug te vinden, waarin de rechter het onrechtmatig verkregen materiaal niet toeliet tot het bewijs van een dringende reden voor ontslag (zie Lacevic & Zondag, *Ontslag wegens e-mail- en internetmisbruik op de werkvloer, mede in rechtsvergelijkend perspectief*, p. 94-96).

47 Roelofs 2003, p. 26.

48 Dit is een andere situatie dan die zich voordeed in het arrest Schoenmaker, aangezien het daarin ging om de vraag of een terecht gegeven ontslag op staande voet in de weg staat aan de kennelijke onredelijkheid van dat ontslag. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend en achtte daarvoor mede van belang dat de werknemer op grond van art. 7:677 lid 3 BW schadeplichtig was geworden jegens de werkgever (HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643).

tot het bewijs dat sprake was van een redelijk ontslag. Hier geldt hetzelfde als hetgeen hierover is gezegd bij het ontslag op staande voet.

Tot slot moet nog worden opgemerkt dat de rechter in een arbeidsrechtelijk geschil waarin sprake is van onrechtmatig handelen van de werkgever in de onderzoeksfase, altijd rekening moet houden met het feit dat de werknemer wellicht al een beroep heeft gedaan op de onrechtmatigheid van het handelen van de werkgever en naar aanleiding daarvan reeds een schadevergoeding heeft gekregen. De rechter blijft uiteraard vrij in de waardering van het bewijs, maar in die situatie bestaat vanuit de gedachte van het preventie- of legitimatieargument geen grond meer voor sanctionering van de werkgever.

6 Conclusie

Om er zeker van te zijn dat de regels die werknemers bescherming bieden tegen ingrijpende onderzoekshandelingen van werkgevers daadwerkelijk worden nageleefd, is het noodzakelijk dat schending van deze regels wordt gesanctioneerd. Dit preventieargument wordt kracht bijgezet door de noodzaak van legitimatie van de onderzoeksbevoegdheid van werkgevers. Door de plicht tot naleving van de bepalingen blijft een evenwicht bestaan tussen de macht tot uitoefening van deze ingrijpende bevoegdheden en de noodzakelijke rechtsbescherming van de betrokken werknemers. De noodzaak van sanctionering van onrechtmatige bewijsgaring brengt tevens de noodzaak met zich dat rechters in arbeidsrechtelijke procedures omtrent de beëindiging van een arbeidsovereenkomst expliciet de rechtmatigheid van het verkregen bewijs beoordelen. Mocht blijken dat dit op onrechtmatige wijze is verkregen, dan zijn twee sancties mogelijk; uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal of schadevergoeding. Differentiatie in de sanctie is voorts mogelijk aan de hand van de hoogte van de door de werkgever te betalen schadeloosstelling. De vaststelling van de juiste sanctie moet een resultaat zijn van een belangenafweging tussen de werknemer en de werkgever, waarbij enerzijds grote betekenis toekomt aan het belang dat de geschonden regel beoogde te beschermen en anderzijds aan het belang van de waarheidsvinding. Van de besproken jurisprudentie blijkt dat de wijzen waarop in de subcategorieën 2 en 3 van categorie II wordt omgegaan met de rechtmatigheid van het verkregen bewijs, het meest in overeenstemming zijn met de hiervoor omschreven manier waarop rechters in arbeidsrechtelijke procedures met door werkgevers onrechtmatig verkregen bewijs zouden moeten omgaan.