

Het heimelijk opnemen van gesprekken door werknemers: ontwikkelingen in de rechtspraak sinds 2018

ArbeidsRecht 2023/46

Dit artikel is een vervolg op het artikel “Little brother” is recording: het heimelijk opnemen van gesprekken door werknemers.² Het heimelijk opnemen van gesprekken passeert de afgelopen jaren in de rechtspraak geregeld de revue.³ De auteurs zullen in dit artikel ingaan op de belangrijkste tendensen die waarneembaar zijn in de rechtspraak sinds het artikel uit 2018.

1. Tendens: steeds meer werknemers nemen stiekem gesprekken op

In 2018 was de constatering dat het opnemen van gesprekken door werknemers ‘een grote vlucht’ had genomen. In ruim tien jaar tijd kwamen 17 uitspraken van rechters naar voren waarin het heimelijk opnemen van gesprekken door werknemers een rol speelde. Wellicht was te voorzien dat het slechts het begin van een bredere ontwikkeling was. Voor het onderzoek voor dit artikel kwamen wij, over een periode van ongeveer vijf jaar, namelijk ongeveer zestig uitspraken tegen waarin (transcripties van) heimelijk opgenomen gesprekken, hoofdzakelijk door werknemers, in enige mate een rol speelden in het oordeel van de rechter. Het is inmiddels een eufemisme om te stellen dat werkgevers hier anno 2023 bedacht op moeten zijn. De tendensen die in 2018 naar voren kwamen in de rechtspraak, zijn dus doorgetrokken.

We zullen achtereenvolgens behandelen de stand van zaken in het strafrecht, de rol van privacy bij het heimelijk opnemen van gesprekken en in hoeverre (transcripties van) heimelijk opgenomen gesprekken als bewijs kunnen dienen. Daarna komt aan de orde wat rechters vinden van het heimelijk opnemen van gesprekken. Vervolgens bespreken we de gevolgen van het heimelijk opnemen van gesprekken voor het dienstverband. Leidt dit tot een verstoorde arbeidsverhouding, of zelfs tot verwijtbaar handelen door de werknemer? We sluiten af met enkele aandachtspunten en een conclusie.

2. Strafrecht, privacy en bewijs

2.1 Strafrecht

Het heimelijk opnemen van een gesprek waar je zelf aan deelneemt, is niet strafbaar. Dit ligt anders voor het afluisteren of heimelijk opnemen van vertrouwelijke communicatie tussen andere personen.

De initiatiefnota van VVD-Kamerlid Koopmans uit 2018 heeft daar geen verandering in gebracht.⁴ Het voorstel om een toestemmingsvereiste in te voeren voor het stiekem opnemen van privégesprekken, behoudens een evident publiek belang zoals onderzoeksjournalistiek, is niet aangenomen. Het kabinet zag geen aanleiding om het opnemen van gesprekken strafbaar te stellen. Hierdoor zou bijvoorbeeld het opnemen van gesprekken door journalisten of slachtoffers van stalking in beginsel strafbaar worden (of door de introductie van een toestemmingsvereiste tandoeloo). De bescherming tegen het stiekem opnemen van privégesprekken is afdoende geregeld, aldus het kabinet in 2019.⁵

2.2 Algemene verordening gegevensbescherming (AVG)

2.2.1 Ontoelaatbare inbreuk op persoonlijke levenssfeer

In 2018 eindigde de overgangperiode voor de Algemene verordening gegevensbescherming (‘AVG’). We waren dan ook benieuwd wat de impact van de AVG zou zijn in de rechtspraak bij het heimelijk opnemen van gesprekken. Zou een werkgever, met de AVG in de hand, een beroep kunnen doen op een onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens door de werknemer? En in hoeverre zou een geslaagd beroep op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer tot onrechtmatig handelen kunnen leiden door de werknemer, met mogelijk bewijsuitsluiting tot gevolg? Privacy was ‘hot’ dus partijen zouden daar veel vaker een beroep op gaan doen. Toch?

Niets blijkt minder waar. De rechtspraak laat zien dat procespartijen amper een beroep lijken te doen op de AVG of een schending van de persoonlijke levenssfeer. In slechts vier uitspraken⁶ werd de rechter verleid om een afweging te maken of sprake was van een toelaatbare inbreuk op

1 Mr. M. (Mick) Hurks en mr. M.M.W. (Manon) Vermeulen zijn advocaat bij Höcker Advocaten te Amsterdam.

2 M. Hurks, “Little brother” is recording: het heimelijk opnemen van gesprekken door werknemers, *ArbeidsRecht* 2018/34.

3 Voor dit artikel zijn in totaal ongeveer zestig relevante uitspraken geanalyseerd, waarin aan de orde kwam dat een werknemer heimelijk gesprekken met (medewerkers van) de werkgever had opgenomen. De onderzoeksperiode is beperkt tot rechtspraak in de periode van januari 2018 tot en met augustus 2023.

4 *Kamerstukken II* 2018/19, 34926, nr. 2, p. 5.

5 *Kamerstukken II* 2018/19, 34926, nr. 8, p. 16–17.

6 Rb. Gelderland 30 augustus 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3935 en Rb. Rotterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1169 (werknemer nam gesprekken op); Rb. Noord-Holland 14 maart 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2483 en Rb. Den Haag 11 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:257 (werkgever nam gesprekken op).

de privacy van de gesprekspartner. De Rechtbank Gelderland oordeelde bijvoorbeeld dat de werkgever onvoldoende onderbouwd had dat sprake was van een 'rechtens ontoelaatbare inbreuk op de privacy van medewerkers'.⁷ In geen enkele uitspraak leidde een beroep op een inbreuk op de privacy van de gesprekspartner tot een sanctie voor de werknemer. Daarentegen kon een werkgever die gesprekken opnam onvoldoende aantonen dat voldaan was aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. De werkgever had minder vergaande middelen in moeten zetten voordat overgegaan werd op het heimelijk opnemen van gesprekken en het doorzoeken van de gehele IT-omgeving van de werknemer. Dit gegeven was (mede) aanleiding voor de rechtbank om een billijke vergoeding van € 100.000 bruto toe te kennen aan de werknemer, vanwege ernstig verwijtbaar handelen.⁸

2.3 Vrije bewijsleer

Om alvast op een van de conclusies vooruit te lopen: het heimelijk opnemen van gesprekken is een uiterst effectief bewijsmiddel voor werknemers. In geen van de uitspraken waarin een werknemer bewijs leverde aan de hand van (transcripties van) heimelijk opgenomen gesprekken, werd het bewijs uitgesloten door de rechter.

Zelfs indien wordt vastgesteld dat bewijsmateriaal door de partij die zich erop beroept onrechtmatig is verkregen, geldt, gelet op het bepaalde in artikel 152 Rv, niet als algemene regel dat de rechter daarop geen acht mag slaan. In beginsel wegen het algemeen, maatschappelijk 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 uitsluiting van dat bewijs gerechtvaardigd.⁹

Van bijkomende omstandigheden was sprake in een zaak bij de Rechtbank Den Haag.¹⁰ Een werkgever maakte in strijd met de AVG heimelijke geluidsopnames van telefoongesprekken van een werknemer die werd verdacht van (het opstarten van) concurrerende activiteiten onder werktijd. Het bewijs mocht worden uitgesloten, omdat de verdenking slechts was gebaseerd op een vermoeden en de werkgever meteen overging tot het heimelijk maken van geluidsopnames voordat de werknemer was gevraagd wat er speelde. Het leidde tot een vernietiging van het ontslag op staande voet en ontbinding vanwege ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever. In geen van de uitspraken waarin de werkgever een beroep deed op onrechtmatig verkregen bewijs aan de hand van heimelijk opgenomen gesprekken, werden de bijkomende omstandigheden voldoende onderbouwd.

Opvallend was nog het standpunt van een werkgever die enerzijds verzocht om de door een werknemer heimelijk opgenomen gesprekken uit te sluiten van bewijs, en zich anderzijds weer beriep op passages uit de transcripties van die gesprekken. De rechter liet het bewijs, niet geheel verrassend, toe.¹¹ Een heimelijk opgenomen gesprek is vaak veel waard als hiermee een afspraak bewezen kan worden die niet op papier staat. Zo wist een werknemer aan de hand van opgenomen gesprekken aan te tonen dat hem een winstdelingsregeling van 5% was toegezegd, hetgeen de werknemer € 485.000 opleverde aan achterstallige winstdeling.¹² Het heimelijk opnemen van gesprekken kan zodoende een schat van bewijs opleveren voor de partij die het gesprek heeft opgenomen. Hetzelfde geldt overigens voor de wederpartij die handig gebruik weet te maken van de (transcripties van de) heimelijke gespreksopname om een standpunt te weerleggen of juist een eigen standpunt te onderbouwen.

3. Wat vinden rechters van het heimelijk opnemen van gesprekken?

Een palet van ongeveer zestig uitspraken levert een mooi inzicht op in de overtuigingen van rechters over het heimelijk opnemen van gesprekken. Een lijn die vrij goed te ontwaren is, is dat rechters met de bril van de omstandigheden van het geval kijken naar het heimelijk opnemen van gesprekken. Naargelang de werknemer meer in de verdrukking kwam tegenover de werkgever, zie je dat rechters meer begrip lijken op te brengen voor werknemers die heimelijk gesprekken opnemen. De Rechtbank Overijssel verwoordde het als volgt: "(...) niet netjes (...), maar gelet op de situatie niet onbegrijpelijk."¹³ Niet iedere werknemer kan echter op dezelfde clementie rekenen. De Rechtbank Gelderland vond het heimelijk opnemen van gesprekken "buitengewoon onfatsoenlijk". Dat rechtspraak mensenwerk is, bleek mooi uit het gegeven dat het Hof Arnhem-Leeuwarden in dezelfde casus oordeelde dat "die handelwijze in de gegeven omstandigheden begrijpelijk was".¹⁴

4. Rechtspraak over het heimelijk opnemen van gesprekken in relatie tot ontslag

Het heimelijk opnemen van gesprekken door een werknemer kan voor de werkgever reden zijn om de arbeidsovereenkomst te willen beëindigen. Werkgevers verzoeken dan met name ontbinding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding (g-grond) en/of verwijtbaar handelen (e-grond), al dan niet in combinatie met de cumulatiegrond (i-grond). In de uitspraken uit ons onderzoek werd het ontbindingsverzoek van de werkgever vijftientig keer toegewezen op

7 Rb. Gelderland 30 augustus 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3935, r.o. 5.6.

8 Rb. Noord-Holland 14 maart 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2483.

9 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942.

10 Rb. Den Haag 11 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:257, r.o. 2.12.

11 Rb. Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:2992, r.o. 4.0.

12 Rb. Noord-Holland 19 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:4675.

13 Rb. Overijssel 26 februari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:774.

14 Rb. Gelderland 10 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:7094 en Hof Arnhem-Leeuwarden 4 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1053.

de g-grond en zes keer op de e-grond, maar ook vier keer¹⁵ afgewezen. We bespreken enkele terugkerende thema's en opvallende zaken waarin het heimelijk opnemen van gesprekken (mede) aanleiding was voor een ontbindingsverzoek.

4.1 *Verstoorde arbeidsverhouding (g-grond)*

4.1.1 *Wantrouwen*

Dat een werknemer zich kennelijk genoodzaakt voelt om stiekem een gesprek op te nemen toont voor werkgevers aan dat het vertrouwen van de werknemer weg is. Het is een veelgebruikt argument bij onderbouwing van de g-grond.¹⁶ Het heimelijk opnemen van gesprekken kan getuigen van wantrouwen van de werknemer richting de werkgever. Dat sprake is van wantrouwen leidt echter niet per definitie tot de conclusie dat sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorte arbeidsverhouding. Daar is meer voor nodig, zoals langdurig,¹⁷ meerdere gesprekken¹⁸ met verschillende medewerkers¹⁹ opnemen. In dat soort situaties zien rechters het als bewijs van een diepgeworteld of onherstelbaar gebrek aan vertrouwen.²⁰

4.1.2 *Heimelijk opnemen van gesprekken is de reden voor ontbinding*

Het heimelijk opnemen van gesprekken kan de druppel zijn die de emmer van de werkgever doet overlopen. Dit was bijvoorbeeld het geval in een geschil bij de Rechtbank Den Haag. Toen duidelijk werd dat er heimelijke opnames waren gemaakt, was voortzetting van het dienstverband wat betreft de werkgever niet meer mogelijk. Hoewel de verstoring van de arbeidsverhouding zijn oorsprong leek te hebben in een functioneringsgesprek, was het uiteindelijk de werknemer die, door het heimelijk opnemen van gesprekken met de leidinggevende om haar daar vervolgens mee te confronteren, de arbeidsverhouding definitief had verstoord. Door het heimelijk opnemen van gesprekken was namelijk niet alleen de verhouding tussen de werknemer en de leidinggevende verstoord, maar ook het vertrouwen van de werkgever in werknemer onherstelbaar geschaad.²¹

4.1.3 *Heimelijke gespreksopnames gebruiken als dreigmiddel of chantagemateriaal leidt tot een ernstig en duurzaam verstoorte arbeidsverhouding*

Werknemers kunnen om verschillende redenen gesprekken opnemen. Twee uitspraken vielen op waarin werknemers, na het dreigen of chanteren met heimelijke gespreksopnames, uiteindelijk met lege handen kwamen te staan. In de ene zaak had de werknemer het opnemen van gesprekken ingezet als dreigmiddel tegen zijn werkgever, waarna de Rechtbank Rotterdam oordeelde dat sprake was van een ernstig en duurzaam verstoorte arbeidsrelatie.²² In de andere zaak probeerde een werknemer de werkgever te chanteren om een functie in een hogere schaal te krijgen door aan te geven diverse gesprekken heimelijk te hebben opgenomen. Aangezien de arbeidsrelatie op diverse niveaus in de organisatie verstoord werd geacht, wees de Rechtbank Amsterdam het verzoek tot ontbinding toe.²³

4.1.4 *Timing van (de confrontatie met) heimelijke gespreksopname relevant bij beoordeling g-grond*

Het moment waarop duidelijk wordt dat een werknemer gesprekken heimelijk heeft opgenomen, is relevant bij de beoordeling van een ontbindingsverzoek vanwege een verstoorte arbeidsverhouding. Zo oordeelde de Rechtbank Utrecht dat het verwijt dat de werkgever richting de werknemer maakte voor het opnemen van gesprekken met leidinggevenden zonder dit vooraf te melden, moest worden gerelativeerd nu de arbeidsverhouding al verstoord was geraakt lang voordat de werkgever wist van de geluidsopnames.²⁴

Wanneer pas in hoger beroep bleek dat de werknemer gesprekken heimelijk had opgenomen, werd dit niet van invloed geacht op de reeds in eerste aanleg vastgestelde verstoorte arbeidsverhouding die tot ontbinding op de g-grond leidde.²⁵ Een werkgever maakte het wel erg bont. Het heimelijk opnemen van gesprekken werd pas in hoger beroep ten grondslag gelegd aan het verzoek tot ontbinding wegens verwijtbaar handelen. Op zich niets mis mee, behalve dan dat de werkgever pas ter zitting haar verzoek op dit punt wijzigde. Dit vond het Hof Arnhem-Leeuwarden te gortig en oordeelde dat de eiswijziging in strijd kwam met de goede procesorde – het verzoek op de e-grond werd buiten de beoordeling gelaten. De werkgever was immers al ver voor de zitting op de hoogte van het feit dat de werknemer heimelijk gesprekken had opgenomen.²⁶

4.1.5 *Opnemen zonder toestemming van werkgever leidt tot verstoorte arbeidsverhouding*

Een werkgever maakte een terugtrekkende beweging toen hij erachter kwam dat de recent aangenomen werknemer

15 Rb. Noord-Nederland 14 september 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3310; Rb. Overijssel 8 november 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:3523; Rb. Overijssel 26 februari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:774 en Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:342.

16 Zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag 22 november 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2291; Rb. Oost-Brabant 25 november 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6150; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2492; Rb. Oost-Brabant 16 juli 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:4044.

17 Zie bijvoorbeeld: HR 17 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:316; Rb. Rotterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1169.

18 Zie bijvoorbeeld: Rb. Oost-Brabant 25 november 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6150; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11626.

19 Rb. Gelderland 30 augustus 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3935.

20 Rb. Overijssel 8 november 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:3523.

21 Rb. Den Haag 8 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:16053.

22 Rb. Rotterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1169.

23 Rb. Amsterdam 11 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6516; zie ook Rb. Amsterdam 11 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6482.

24 Rb. Midden-Nederland 25 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2857.

25 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:282.

26 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:342, r.o. 4.1 e.v.

een verleden had bij een politieke partij. De arbeidsovereenkomst werd door de werkgever tijdens de proeftijd opgezegd. De werknemer liet het er niet bij zitten, ging verhaal halen bij de werkgever en nam het gesprek, na bezwaar daartegen door de werkgever, op. Dit gedrag van de werknemer leidde tot een verstoorde arbeidsverhouding. Hoewel het proeftijdontslag in strijd was met het verbod om onderscheid te maken op basis van politieke gezindheid en dus vernietigd werd, heeft de rechter de arbeidsovereenkomst ontbonden. Ook het opnemen van gesprekken, terwijl de werkgever uitdrukkelijk zegt dat dat niet mag, kan dus tot een verstoorde arbeidsverhouding leiden.²⁷

4.2 Verwijtbaar handelen (e-grond)

Ontbindingsverzoeken op grond van verwijtbaar handelen zien we regelmatig terug in de rechtspraak. Vaak subsidiair op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. In zes uitspraken was sprake van toewijzing van een verzoek op de e-grond.

Hoewel werkgevers het werknemers geregeld ernstig verwijten heimelijk gesprekken te hebben opgenomen, zien rechters het doorgaans niet als een *ernstig* verwijt.²⁸ Het kwalificeert niet per definitie als ‘verwijtbaar handelen’. Het is wel belangrijk dat een werknemer eerlijk antwoord geeft wanneer een werkgever vraagt of een gesprek wordt opgenomen, zoals een kok keurig deed.²⁹ In die zaak oordeelde de Kantonrechter Alkmaar:

“(…) een werknemer is gerechtigd een gesprek met zijn werkgever zonder voorafgaande toestemming op te nemen, mits de werknemer desgevraagd wel bevestigt dat hij het gesprek opneemt.”

Mocht de werkgever er namelijk achter komen dat de werknemer heeft gelogen, zou dat ons inziens mogelijk wél kunnen leiden tot een ontbinding op grond van (ernstig) verwijtbaar handelen of onder omstandigheden zelfs een ontslag op staande voet rechtvaardigen.

4.2.1 Heimelijk opnemen van gesprekken is geen reden voor ontbinding

Een werknemer werd op staande voet ontslagen vanwege (de inconsistente en onlogische verklaringen over) het ophalen van een tweede maaltijdbon. De rechter heeft het ontslag op staande voet vernietigd en de arbeidsovereenkomst vanwege een verstoorde arbeidsverhouding ontbonden. De werknemer vorderde in hoger beroep wedertewerkstelling. Het feit dat een werknemer heimelijk geluidsopnames heeft gemaakt van het gesprek waarin hij op staande voet werd ontslagen, werd door de werkgever expliciet ten grondslag gelegd aan het ontbindingsverzoek op de e-grond. Uit de transcriptie viel op te maken dat de werknemer het (opgenomen) gesprek met de werkgever niet goed had begrepen.

²⁷ Rb. Rotterdam 19 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4211.

²⁸ Hof Den Haag 11 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1502; zie ook de zaak in eerste aanleg bij Rb. Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7355.

²⁹ Rb. Noord-Holland 28 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:9600, r.o. 5.14.

Aangenomen werd dat het niet zijn bedoeling was om zich de waarde van de bon toe te eigenen. Het Hof Den Haag oordeelde dat het handelen van de werknemer geen ontslag op staande voet, verwijtbaar handelen of een verstoorde arbeidsverhouding opleverde, en herstelde de arbeidsovereenkomst.³⁰

4.2.2 Niet één maar acht keer heimelijk gesprekken opnemen en openbaren is wel verwijtbaar

Een voorbeeld waarbij het heimelijk opnemen van gesprekken tot ontbinding op grond van verwijtbaar handelen leidde, betrof de zaak van een werknemer van een universiteit. Deze werknemer nam in het kader van een contractverlenging voor onbepaalde tijd heimelijk gesprekken over haar functioneren op, omdat ze door zenuwen bang was bepaalde zaken te vergeten en de opname naderhand wilde terugluisteren. De Rechtbank Den Haag achtte het verwijtbaar dat de werknemer dat – niet één maar acht keer – heimelijk heeft gedaan, die opnames vervolgens in de openbaarheid heeft gebracht en daardoor de vertrouwelijkheid heeft geschonden.³¹

4.2.3 Al een waarschuwing gegeven? Dan geen aanleiding (meer) voor ontbindingsverzoek op e-grond

Een werknemer mag niet dubbel ‘bestraft’ worden voor het maken van heimelijke geluidsopnames. Zo oordeelde de Rechtbank Arnhem dat deze – op zichzelf ongewenste – handelwijze geen aanleiding (meer) kon zijn voor een ontbindingsverzoek op grond van verwijtbaar handelen, omdat de werknemer al een waarschuwing had ontvangen.³²

4.2.4 Het gebruik van heimelijke geluidsopnames door de werknemer is verwijtbaar

De wijze waarop een werknemer gedurende lange tijd omging met de heimelijk gemaakte geluidsopname had invloed op de beoordeling van het – in dit geval verwijtbaar – handelen van de werknemer. De werknemer had richting de werkgever lange tijd slechts een signaal afgegeven dat sprake zou zijn van misstanden in de vorm van discriminatie, maar maakte dat niet concreet en wilde de geluidsopname ook niet met de werkgever delen waardoor het niet in het onderzoek betrokken kon worden. Gelet op de situatie kwalificeerde dit als zodanig verwijtbaar handelen en/of nalaten dat van deze werkgever niet kon worden verwacht de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.³³

³⁰ Hof Den Haag 1 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:639.

³¹ Rb. Den Haag 1 augustus 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:8522; zie ook Rb. Den Haag 5 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:16844 (vonnis in eerste aanleg waarmee werknemer een (transcriptie van een) geluidsopname van telefoongesprek met werkgever heeft overgelegd in het kader van een bewijsopdracht) en Hof Den Haag 16 mei 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:753 (bekrachtiging van beide vonnissen).

³² Rb. Gelderland 31 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3875.

³³ Rb. Noord-Nederland 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3924.

5. Aandachtspunten op basis van de rechtspraak

Een aandachtspunt voor werkgevers is om te controleren of de transcriptie overeenkomt met de geluidsopname. Een werknemer bracht in eigen voordeel ingekleurde transcripties selectief in het geding, zo bleek na het beluisteren van de opname.³⁴ Werkgevers moeten er ook rekening mee houden dat bewijslevering aan de hand van heimelijk opgenomen gesprekken door een werkgever veel strenger beoordeeld lijkt te worden. De werkgever die heimelijk gesprekken opnam, schond de privacy van de werknemer in ernstige mate³⁵ en de Rechtbank Limburg achtte 'bewijsvoering' aan de hand van heimelijk opgenomen gesprekken volstrekt onvoldoende.³⁶

Een aandachtspunt voor werknemers is dat werkgevers een transcript van een gesprek ook kunnen gebruiken om het standpunt van de werknemer te weerleggen of juist een eigen standpunt te onderbouwen. Het inbrengen van transcripties van heimelijk opgenomen gesprekken kan daarmee ook averechts werken. Zo concludeerde het Hof Den Haag dat geen van de overgelegde transcripties steun bood voor de stelling van een werknemer over de toezegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.³⁷ Een werknemer doet er daarom verstandig aan om een transcript alleen in het geding te brengen als hij zeker weet dat dit het standpunt van de werknemer ondersteunt.

6. Effectief bewijsmiddel

De belangrijkste conclusie die getrokken kan worden naar aanleiding van het onderzoek is dat het inbrengen van (transcripties van) heimelijk opgenomen gesprekken een uiterst effectief bewijsmiddel is. Rechters nemen door werknemers opgenomen gesprekken volledig mee als bewijs en een schending van privacy wordt nagenoeg nooit aangenomen, alhoewel dat anders lijkt te liggen als de werkgever de opnemende partij is.

Werknemers dienen er daarentegen wel bedacht op te zijn dat rechters redelijk streng zijn in de gevolgen die het heimelijk opnemen van gesprekken kan hebben voor voortzetting van het dienstverband. Niet zelden wordt het heimelijk opnemen van gesprekken ten grondslag gelegd aan een wederzijds verstoorde arbeidsverhouding of zelfs van een diepgeworteld wantrouwen van de werknemer richting de werkgever. De omstandigheden van het geval spelen hier overigens wel een belangrijke rol. Naarmate de werknemer kan aantonen geen andere uitweg meer te zien om zijn standpunt te onderbouwen, wordt er meer clementie geboden door rechters.

Wij kunnen niet genoeg benadrukken dat werkgevers bedacht moeten zijn op de mogelijkheid dat gesprekken heimelijk opgenomen worden door werknemers. Maak het daarom bespreekbaar voorafgaand aan het gesprek. Daarmee wordt het heimelijk opnemen niet voorkomen, maar het zal, indien de opname gebruikt wordt in een ontslagzaak, een sterke onderbouwing opleveren voor de wederzijds verstoorte arbeidsverhouding.

³⁴ Rb. Amsterdam 11 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6516.

³⁵ Rb. Noord-Holland 14 maart 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2483.

³⁶ Rb. Limburg 31 maart 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:2708.

³⁷ Hof Den Haag 16 mei 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:753, r.o. 5.13.