

Hoge Raad, 16 oktober 1987, Driessen v Van Gelder



## PUBLICATIE - PRIVACY

### “Stemrecht”?

- nu in art. 21 Auteurswet ligt besloten dat het menselijk gelaat niet een zo intiem deel van de persoonlijkheid is dat ongeautoriseerde vastlegging (en openbaarmaking) daarvan onder alle omstandigheden ongeoorloofd is, bezwaarlijk valt aan te nemen dat zulks wèl geldt ten aanzien van de menselijke stem

De primaire klacht van onderdeel A.1. strekt ten betoge dat het hof heeft miskend dat ‘het zonder toestemming en/of medeweten van de gesprekspartner vastleggen van het betreffende gesprek op geluidsband’ onder alle omstandigheden inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. De aan dit betoog ten grondslag gelegde stelling kan evenwel in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard.

3.3.2 Om te beginnen valt erop te wijzen dat, nu in art. 21 Auteurswet ligt besloten dat het menselijk gelaat niet een zo intiem deel van de persoonlijkheid is dat ongeautoriseerde vastlegging (en openbaarmaking) daarvan onder alle omstandigheden ongeoorloofd is, bezwaarlijk valt aan te nemen dat zulks wèl geldt ten aanzien van de menselijke stem.

- slotsom dat het enkele zonder toestemming van de gesprekspartner op een geluidsband vastleggen van een telefoongesprek nog geen inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer oplevert, maar dat daarvoor bijkomende omstandigheden vereist zijn.

Voor de beantwoording van de vraag of het zonder toestemming van de gesprekspartner op een geluidsband vastleggen van een telefoongesprek inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, dat ook werking heeft tussen burgers onderling, is voorts van belang dat men bij de totstandkoming van de wet van 7 april 1971, houdende enige strafbepalingen tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer,

blijkens de in de conclusie van het OM onder 5.11 geciteerde passages uit de parlementaire stukken, ervan is uitgegaan dat vastleggen van een telefoongesprek als hierbedoeld niet valt aan te merken als inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Weliswaar is dit enigszins te sterk uitgedrukt in het licht van de parlementaire geschiedenis van het later tot stand gekomen art. 10 Gr.w, waarbij is opgemerkt: ‘Bepaalde vormen van communicatie, zoals het telefoongesprek en de briefwisseling, plegen tot de privésfeer te worden gerekend en genieten eveneens een zekere rechtsbescherming’ (Bijl. Hand. ?, 1975–1976, 13 872, nrs. 1–5, p. 40). Doch dit kan niet los worden gezien van het grote gewicht dat t.a.p. op p. 41 wordt toegekend aan ‘de aard en de mate van intimiteit’ van hetgeen waarop het waarnemen, vastleggen of openbaren betrekking heeft. Een en ander rechtvaardigt de slotsom dat het enkele zonder toestemming van de gesprekspartner op een geluidsband vastleggen van een telefoongesprek nog geen inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer oplevert, maar dat daarvoor bijkomende omstandigheden vereist zijn.

### Opnemen zakelijk gesprek geen inbreuk op persoonlijke levenssfeer

geen andere conclusie toelaat dan het hier betrof een in het zakelijk verkeer tussen twee directeurs van bedrijven gevoerd telefoongesprek met een geheel zakelijke inhoud.

Onder welke bijkomende omstandigheden het zonder toestemming van de gesprekspartner op een geluidsband vastleggen inbreuk oplevert op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van die gesprekspartner, kan in het midden blijven: te dezen is van zodanige inbreuk immers in elk geval geen sprake, aangezien hetgeen dienaangaande over en weer is gesteld geen andere conclusie toelaat dan het hier betrof een in het zakelijk verkeer tussen twee directeurs van bedrijven gevoerd telefoongesprek met een geheel zakelijke inhoud.

Vindplaatsen: NJ 1988, 850

### Hoge Raad, 16 oktober 1987

(Ras, Martens, De Groot, Roelvink, Boekman)

(...)

P.H. Driessen Assurantiën BV, te 's-Gravenhage, eiseres tot cassatie, adv. Mr. R.D. Vriesendorp, tegen

S. van Gelder BV, te Amsterdam, verweerster in cassatie, adv. Mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt.

(...).

#### 1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerster in cassatie — verder te noemen Van Gelder — heeft bij exploit van 16 aug. 1984 eiseres tot cassatie — verder te noemen Driessen — gedagvaard voor de Rb. te 's-Gravenhage en gevorderd dat de Rb. Driessen zal veroordelen om tegen deugdelijk bewijs van kwijting aan Van Gelder te betalen de som van □ 100 000, te vermeerderen met de wettelijke rente over

dit bedrag vanaf de dag der inleidende dagvaarding tot die der voldoening.

Nadat Driessen tegen die vordering verweer had gevoerd, heeft de Rb. bij tussenvonnis van 14 febr. 1986 — alvorens verder te beslissen — een comparitie van pp. gelast ten einde de litigieuze bandopname te horen. Tegen dit tussenvonnis heeft Driessen hoger beroep ingesteld bij het Hof te 's-Gravenhage.

Bij arrest van 26 juni 1986 heeft het hof het tussenvonnis van de Rb. bekrachtigd. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

## 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Driessen beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Van Gelder heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor pp. toegelicht door hun advocaten.

De [conclusie van de wnd. A-G Asser](#) strekt tot verwerping van het beroep.

## 3. Beoordeling van het middel

3.1. In dit geding vordert Van Gelder, groothandelaar in diamanten, van Driessen een schadevergoeding van Dfl. 100 000 ter zake van door Driessen als haar assurantietussenpersoon gepleegde wanprestatie. Aan die vordering heeft Van Gelder, voor zover thans van belang en kort samengevat, ten grondslag gelegd: dat zij door bemiddeling van Driessen sedert 17 april 1981 onder meer zendingen van juwelen binnen Europa had verzekerd tot Dfl. 100 000 per zending; dat zij in augustus 1982 Driessen telefonisch heeft opgedragen dit bedrag met onmiddellijke ingang te verhogen tot Dfl. 200 000; dat Driessen heeft verzuimd deze opdracht uit te voeren; dat dientengevolge, toen een in december 1982 door haar ter post bezorgde diamant ter waarde van Dfl. 229 140 verloren ging, assuradeuren haar slechts Dfl. 100 000 hebben uitgekeerd.

Driessen heeft primair ontkend van Van Gelder voormelde opdracht te hebben ontvangen. Daarop heeft Van Gelder gesteld dat haar directeur op 1 nov. 1983 met de directeur van Driessen een telefoongesprek heeft gevoerd waarin hij hem heeft gevraagd hoe hij stond tegenover de bewering van de namens Driessen optredende advocaat volgens welke de directeur van Driessen zich van een opdracht als voormeld niets kon herinneren. De directeur van Driessen zou daarop hebben erkend die opdracht te hebben ontvangen, alsmede dat te zijnen kantore was verzuimd deze door te geven aan assuradeuren. Van dit telefoongesprek is, zo stelt Van Gelder, een bandopname gemaakt.

Driessen heeft haar ontkenning gehandhaafd en opgeworpen dat, nu haar directeur niet tevoren was medegedeeld dat het telefoongesprek op de band werd vastgelegd, in deze procedure van de band geen gebruik gemaakt mag worden.

De Rb. heeft overwogen dat zij 'alvorens verder te beslissen' deze bandopname wenst te horen, en heeft daartoe een comparitie van partijen gelast. In zijn bestreden arrest heeft het hof deze uitspraak bekrachtigd.

3.2 's Hof's beslissing steunt daarop dat het hof niet als juist heeft aanvaard de door Driessen in appèl aange-

drongen stelling dat aan de litigieuze bandopname geen enkel bewijs mag worden ontleend daar dit bewijs, nu die bandopname zonder toestemming en/of medeweten van haar directeur is gemaakt, moet worden beschouwd als onrechtmatig verkregen.

3.3.1 De primaire klacht van onderdeel A.1. strekt ten betoge dat het hof heeft miskend dat 'het zonder toestemming en/of medeweten van de gesprekspartner vastleggen van het betreffende gesprek op geluidsband' onder alle omstandigheden inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. De aan dit betoog ten grondslag gelegde stelling kan evenwel in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard.

3.3.2 Om te bepalen valt erop te wijzen dat, nu in art. 21 Auteurswet ligt besloten dat het menselijk gelaat niet een zo intiem deel van de persoonlijkheid is dat ongeautoriseerde vastlegging (en openbaarmaking) daarvan onder alle omstandigheden ongeoorloofd is, bezwaarlijk valt aan te nemen dat zulks wèl geldt ten aanzien van de menselijke stem.

Voor de beantwoording van de vraag of het zonder toestemming van de gesprekspartner op een geluidsband vastleggen van een telefoongesprek inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, dat ook werking heeft tussen burgers onderling, is voorts van belang dat men bij de totstandkoming van de wet van 7 april 1971, houdende enige strafbepalingen tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer, blijkens de in de conclusie van het OM onder 5.11 geciteerde passages uit de parlementaire stukken, ervan is uitgegaan dat vastleggen van een telefoongesprek als hierbedoeld niet valt aan te merken als inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Weliswaar is dit enigszins te sterk uitgedrukt in het licht van de parlementaire geschiedenis van het later tot stand gekomen art. 10 Gr.w., waarbij is opgemerkt: 'Bepaalde vormen van communicatie, zoals het telefoongesprek en de briefwisseling, plegen tot de privésfeer te worden gerekend en genieten eveneens een zekere rechtsbescherming' (Bijl. Hand. ?, 1975-1976, 13 872, nrs. 1-5, p. 40). Doch dit kan niet los worden gezien van het grote gewicht dat t.a.p. op p. 41 wordt toegekend aan 'de aard en de mate van intimiteit' van hetgeen waarop het waarnemen, vastleggen of openbaren betrekking heeft. Een en ander rechtvaardigt de slotsom dat het enkele zonder toestemming van de gesprekspartner op een geluidsband vastleggen van een telefoongesprek nog geen inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer oplevert, maar dat daarvoor bijkomende omstandigheden vereist zijn.

3.3.3 Onder welke bijkomende omstandigheden het zonder toestemming van de gesprekspartner op een geluidsband vastleggen inbreuk oplevert op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van die gesprekspartner, kan in het midden blijven: te dezen is van zodanige inbreuk immers in elk geval geen sprake, aangezien hetgeen dienaangaande over en weer is gesteld geen andere conclusie toelaat dan het hier betref een in het zakelijk verkeer tussen twee directeuren van bedrijven gevoerd telefoongesprek met een geheel zakelijke inhoud.

De subs. klacht van onderdeel A.1., volgens welke het vastleggen van het betreffende gesprek onder de bijzondere omstandigheden van het geval een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer vormt, faalt derhalve.

3.3.4 Ook overigens is in dit stadium van het geding geen aanleiding het vastleggen van het onderhavige telefoongesprek onrechtmatig te oordelen. In de door Van Gelder gestelde omstandigheden kan niet worden gezegd dat haar directeur jegens zijn gesprekspartner, die hij wenste te onderhouden over het loochenen van een eerder telefoongesprek, onoirbaar handelde door het onderhavige telefoongesprek zonder diens voorkennis vast te leggen.

3.4.1 Onderdeel A.2. strekt ten betoge dat openbaarmaking van een bandopname waarop zonder toestemming en/of medeweten van de gesprekspartner een telefoongesprek is vastgelegd, 'te allen tijde, althans in de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval' inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van die gesprekspartner.

3.4.2 Bij de beoordeling van dit betoog dient voorop te worden gesteld dat te dezen van geen andere openbaarmaking sprake is dan openbaarmaking aan de rechter in een civiel rechtsgeding. En voorts dat het hier, naar uit het onder 3.3 overwogene volgt, gaat om openbaarmaking van een als zodanig rechtens niet geoorloofde vastlegging.

3.4.3 Wat de grenzen van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer betreft moet met de MvT op de wetbepaling die heeft geleid tot art. 10 Gr.w worden aangenomen dat in sommige gevallen 'niet de vastlegging maar slechts de publikatie van het geregistreerde ongeoorloofd is'. Op zichzelf is dus denkbaar dat vastlegging van een telefoongesprek niet, openbaarmaking van die vastlegging echter wél inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.

Zoals in die Memorie — in overeenstemming met wat elders aangenomen wordt — is aangegeven, zal echter de 'aard en de mate van intimiteit van hetgeen omtrent een ander' wordt vastgelegd of geopenbaard 'hierbij van groot gewicht' zijn. Tegen deze achtergrond en mede gelet op het onder 3.3.2 overwogene kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard de stelling dat openbaarmaking van een (als zodanig rechtens niet ongeoorloofde) vastlegging van een telefoongesprek die heeft plaatsgevonden zonder toestemming en/of medeweten van de gesprekspartner, 'te allen tijde' inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.

3.4.3 Openbaarmaking van de onderwerpelijke vastlegging aan de rechter in een civiel rechtsgeding maakt geen inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en is evenmin uit anderen hoofde onrechtmatig. Onderdeel A.2. faalt derhalve en daaruit volgt dat ook onderdeel A.3. dat ervan uitgaat dat een van de eerdere onderdelen slaagt, niet tot cassatie kan leiden.

3.5 Het vorenoverwogene brengt mee dat 's hofs hiervoor onder 3.2 weergegeven oordeel juist is. Driessen

mist daarom belang bij de in onderdeel B. geformuleerde motiveringsklacht.

Opmerking verdient nog dat verwerping van de stelling 'dat aan de onderwerpelijke bandopname geen enkel bewijs mag worden ontleend', niet zonder meer meebrengt dat de vraag of te dezen aan die band bewijs kan worden ontleend, bevestigend moet worden beantwoord: gezien de aan geluidsbanden eigen bezwaren zal die vraag, waaromtrent de Rb. zich nog niet heeft uitgelaten, nog onder ogen moeten worden gezien met inachtneming van de behoedzaamheid welke met name bij de waardering van de overtuigende kracht van dit soort bewijsmiddelen past.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Driessen in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Van Gelder begroot op □ 456,30 aan verschotten en □ 2500 voor salaris.

---

### Conclusie Advocaat-Generaal Asser

#### 1. Feiten

1.1. De Rb. heeft in eerste aanleg de volgende, kennelijk ook door het hof tot uitgangspunt genomen feiten, vastgesteld (met 'eiseres' is bedoeld verweerster in cassatie en met 'gedaagde' eiseres tot cassatie):

1. Als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende weersproken staat tussen pp. het volgende vast:

a. Tussen eiseres en Engelse verzekeraars is met ingang van 17 april 1981 t/m 16 april 1982 op basis van een door eiseres op 20 maart 1981 ingediend aanvraagformulier via gedaagde als assurantietussenpersoon een verzekeringsovereenkomst tot stand gekomen op de voorwaarden van de zgn. Juwelers Blockpolis.

b. Deze verzekeringsovereenkomst dekde de risico's van schade, hoe ook ontstaan en met renunciatie aan de art. 249 en 276 K, aan eiseresses handelsvoorraad, bestaande uit juwelen, gouden en zilveren voorwerpen etc. Voor zover ten deze van belang, gold voor zendingen binnen Europa een verzekerde som op premie risqué basis van □ 100 000.

c. Voormelde verzekeringsovereenkomst is na 16 april 1982 verlengd tot — in ieder geval — 17 april 1983.

d. Eiseres heeft uit hoofde van haar schademelding ter zake van verlies op of omstreeks 14 dec. 1982 van een volgens haar bij het postkantoor Oosterdokskade te Amsterdam ter post bezorgde en voor het Diamond Center te Antwerpen bestemde aangetekende zending van een geslepen diamant van 2,01 karaat, van assuradeuren een schadevergoeding ad □ 100 000 ontvangen.

1.2 Van deze feiten dient ook in cassatie te worden uitgegaan.

#### 2. Het geding

2.1. In eerste aanleg heeft verweerster in cassatie — Van Gelder — eiseres tot cassatie — Driessen — voor de Rb. te 's-Gravenhage gedaagd met een vordering tot betaling van □ 100 000 in hoofdsom ter zake van scha-

devergoeding wegens wanprestatie. Deze wanprestatie bestaat, naar de omschrijving van de Rb. in r.o. 2.1 van haar vonnis, hieruit dat Driessen als assurantietussenpersoon heeft verzuimd de door Van Gelder aan haar telefonisch in augustus 1982 verstrekte opdracht tot verhoging met onmiddellijke ingang van de verzekerde som tot □ 200 000 voor zendingen binnen Europa uit te voeren, ten gevolge waarvan assuradeuren in plaats van □ 200 000 □ 100 000 hebben uitgekeerd, terwijl de totale waarde van de verloren diamant volgens Van Gelder □ 229 140 was.

2.2. De Rb. heeft bij tussenvonnis van 14 febr. 1986 een comparitie van pp. gelast teneinde een bandopname te horen die Van Gelder stelde te hebben gemaakt van een op 1 nov. 1983 door haar directeur J.R. van Gelder met de directeur van Driessen, P.H. Driessen, gevoerd telefoongesprek waarin laatstgenoemde zou hebben erkend dat hij de hierboven genoemde opdracht tot verhoging van de verzekerde som had ontvangen en dat ten kantore van Driessen was verzuimd deze door te geven aan assuradeuren.

2.3. Van dit vonnis heeft Driessen hoger beroep ingesteld bij het Hof te 's-Gravenhage met één grief. Deze grief berust, aldus het hof in r.o. 2 van zijn arrest, 'op de stelling dat aan de lititieuze bandopname geen enkel bewijs mag worden ontleend daar dit bewijs als onrechtmatig verkregen zou moeten worden beschouwd, nu die bandopname zonder toestemming en/of medeweten van de directeur van Driessen is (ik lees, A:) gemaakt'.

2.4. In r.o. 3 overweegt het hof:

"Bij de huidige stand van de techniek is het niet ongebruikelijk dat met name zakelijke telefoongesprekken door derden worden meebelusterd of op een geluidsband worden opgenomen. Deelnemers aan zulke gesprekken dienen op deze mogelijkheden — die kunnen bijdragen tot het bewijs van het besprokene in een procedure als de onderhavige — bedacht te zijn, ook als de gesprekspartner hen daarvan niet tevoren uitdrukkelijk in kennis heeft gesteld."

Vervolgens in r.o. 4 overwegende dat de in r.o. 2 vermelde stelling niet als juist kan worden aanvaard, zodat de grief ongegrond is, bekrachtigt het hof het vonnis van de Rb. bij arrest van 26 juni 1986.

2.5. Driessen heeft tijdig van dit arrest beroep in cassatie ingesteld met een uit verscheidene onderdelen opgebouwd middel.

3. Het geschilpunt

3.1. In cassatie is aan de orde of, zoals Driessen stelt in het eerste onderdeel (A) van het middel, de hiervoor genoemde bandopname die, naar in cassatie als uitgangspunt moet dienen, zonder toestemming en zelfs zonder medeweten van Driessen zou zijn gemaakt, buiten beschouwing moet blijven — en met name niet door de rechter mag worden beluisterd — als onrechtmatig verkregen bewijs. Driessen stelt dat deze opname onder alle omstandigheden, althans onder de omstandigheden van dit geval, een inbreuk vormt door Van Gelder op de persoonlijke levenssfeer 'van zijn gesprekspartner Driessen' en derhalve een onrechtmatige daad oplevert 'jegens deze'. Subs. stelt Driessen dat het

openbaar maken van deze opname te allen tijde, althans onder de omstandigheden van dit geval, zo'n inbreuk vormt en derhalve onrechtmatig is. Dit brengt volgens Driessen mee dat de bandopname niet (in rechte) mag worden gebruikt en de openbaarmaking niet (in rechte) mag plaatsvinden tegen de wil van degene wiens gesprek zonder toestemming of medeweten is vastgelegd. Driessen vindt dat de bandopname nimmer, althans niet in het onderhavige geval als bewijs mag worden gebezigd, zodat kennisneming daarvan door de rechter niet is toegestaan.

3.2. De eerste vraag die ik hieronder zal behandelen is of de onrechtmatige verkrijging van bewijsmateriaal, zoals een bandopname als de onderhavige, er toe kan leiden dat zulk materiaal niet als bewijs mag worden gebezigd en zelfs niet ter kennis van de rechter mag worden gebracht. Ik ga voorbij aan onregelmatigheden die tijdens het proces met betrekking tot de bewijslevering plaatsvinden. De vragen wat moet gelden met betrekking tot aldus geleverd bewijs laat ik rusten. Vervolgens zal ik aandacht besteden aan de vraag of de bewuste opname of het gebruik daarvan als bewijsmiddel in dit civiele geding een inbreuk vormt op de persoonlijke levenssfeer, waarbij ik zal ingaan op de vraag wiens (wier) persoonlijke levenssfeer in dit geval is getroffen.

#### 4. Onrechtmatig verkregen bewijs

4.1. Waar het gaat om de toelating van bewijsmiddelen heeft de rechter in ons land een grote vrijheid. In beginsel zijn, mag men wel zeggen, alle bewijsmiddelen toegestaan. In het Ontwerp bewijsrecht wordt dit bevestigd in het eerste lid van art. 179 Ontwerp Rv:

Bewijs kan geleverd worden door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt.

De tekst is te vinden in Bijl.Hand.? 1986–1987, 10377, nr. 61, p. 2 (tweede nader gewijzigd voorstel van wet, vastgesteld 3 nov. 1986). Zie voor beschouwingen op dit punt ook de m.v.t. bij dit wetsvoorstel Bijl.Hand.? 1969–1970, 10377, nr. 3, onder 5, p. 9–10 en onder 6, p. 10. Overigens is dit eerste lid van art. 179 eerst in 1981 in het ontwerp opgenomen, zie de m.v.a., Bijl.Hand.? 1981, nr. 7, p. 5; de Nota van Wijziging, stuk nr. 9, p. 1; het gewijzigd ontwerp, stuk nr. 10, p. 2.

4.2. Ook waar het betreft de waardering van het bewijs heeft de rechter een grote vrijheid. Deze is vastgelegd in art. 179 lid 2 Ontwerp Rv (oorspronkelijk het enige lid van dit artikel):

De waardering van het bewijs is, voor zover de wet niet anders bepaalt, aan het oordeel des rechters overgelaten.

Bij de behandeling van deze bepaling is door de minister genoemd het belang dat een proces zoveel mogelijk moet kunnen leiden tot het vinden van de materiële waarheid, waartoe aan de rechter bindende voorschriften, wat de waardering van het bewijs betreft, slechts bij uitzondering gegeven worden. Zie m.v.a., Bijl.Hand.? 1981, nr. 7, p. 2.

4.3. Aan de kwestie van het al of niet toelaten van onrechtmatig verkregen bewijs is bij de behandeling van het wetsvoorstel inzake het nieuwe bewijsrecht geen aandacht besteed, op één uitzondering na. Bij de be-

handeling in tweede termijn maakte de fractie van D'66 in de Tweede Kamer de opmerking dat bij de bewijsmiddelen van audio-visuele aard de vraag naar de rechtmatigheid bijv. bij inbreuken op de persoonlijke levenssfeer een rol kan spelen. Daarbij werd verder gezegd:

"Natuurlijk zal de rechter in duidelijke gevallen een dergelijk bewijsmiddel niet aanvaarden voor het bewijs, maar er zijn ook grensgevallen en het lijkt niet verstandig de taak van de rechter onnodig te verzwaren door zijn discretionaire bevoegdheid voortdurend uit te breiden. Er ontstaat dan gemakkelijk een breuk met het huidige recht waarin de rechter in bewijskwesities door de wet als regel tot een bepaalde beslissing wordt gedwongen, hetgeen aan de rechtszekerheid ten goede kan komen."

Men stelde daarom voor art. 179 uit te breiden met de bepaling: 'Het bewijs van een feit waarvan de beslissing in een zaak rechtstreeks afhangt, kan niet geleverd worden door slechts een bewijsmiddel met uitsluitend vrije bewijskracht' (Nader VV, Bijl.Hand.? 1981–1982, 10377, nr. 12, p. 10).

4.4. Bij de Nadere m.v.a., Bijl.Hand.? 1984–1985, 10377, nr. 13, p. 26, heeft de minister dit voorstel afgewezen. Hij wenste niet weer beperkingen van de vrijheid van de rechter in te voeren die juist waren afgeschaft. Niet blijkt of de minister het eens was met het standpunt van genoemde fractie dat de rechter 'in duidelijke gevallen' een bewijsmiddel van audio-visuele aard 'niet zal aanvaarden' voor het bewijs. In elk geval gaf een en ander de minister geen aanleiding het debat te sturen in de richting van een gedachtenwisseling omtrent de kwestie van het onrechtmatig verkregen bewijs. Er is verder over dit door D'66 aangeroerde punt niet meer gesproken. Het genoemde voorstel is kennelijk ook niet gehandhaafd.

4.5. Over het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in het burgerlijk proces is tot nu toe nog niet erg veel geschreven. In een annotatie van Verpaalen bij een uitspraak van het Hof van Discipline (Adv.bl. 1960, p. 434–439), op welke uitspraak ik hierna nog terugkom, schrijft deze dat de maatschappelijke opvattingen van de huidige dag (1960; A.) vooralsnog luiden, dat het niet behoorlijk is dat men de uitlatingen van een gesprekspartner heimelijk opneemt en vervolgens tegen hem bezigt. Hij acht het een schending van het in de advocaat ook door een tegenpartij gestelde vertrouwen indien die advocaat zo iets doet.

De Brauw heeft in zijn praeadvies voor de NJV over de vraag: Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaar maken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende? (Hand.NJV 1965, ?, p. 61) min of meer terloops opgemerkt dat de mogelijkheid tot misbruik van het zonder medeweten van de spreker vastleggen van het gesproken woord (waarvan zijns inziens enig redelijk nut niet te verwachten is) zo groot is dat van bewijskracht geen sprake kan zijn. Nadere motivering van deze opvatting geeft hij niet, maar duidelijk is wel dat hij een grondige afkeer van clandestien vastleggen van het gesprokene heeft. Zie ook

zijn opmerking in de vergadering (Hand.NJV 1965, ?, p. 38) dat hij het op de band vastleggen van hetgeen een mens zegt, wanneer dat niet bedoeld is voor vastlegging, wanneer dus de mogelijkheid bestaat dat hij zich hoogst persoonlijk uit, onder alle omstandigheden ontoelaatbaar vindt.

Veegens, Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken, 1, Algemene grondslagen en verdeling van de bewijslast, 1973, p. 60–63, sluit zich aan bij de in Duitsland heersende opvatting dat bewijsmateriaal verkregen met schending van grondrechten — voor ons in het bijzonder de rechten van art. 6 en 8 EVRM — dient te worden verworpen.

Dommering, Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse civiele recht, praeadvies NJV, Hand.NJV 1983, deel 1, tweede stuk, p. 200–203, geeft met name verwijzend naar de opvattingen en rechtspraak in Duitsland, aan dat enerzijds in de civiele procedure men ook vanuit de klassieke functie van art. 6 EVRM tot afscherming van een grondrecht tegen overheidshandelen, kan redeneren voor zover het een aanspraak geeft van pp. jegens de rechter bepaald materiaal niet te gebruiken en anderzijds dat men in de relatie tussen pp. van een onrechtmatige daad kan spreken (mede op grond van een horizontaal werkend recht als het recht op privacy), waarbij in het terzijde stellen van onrechtmatig bewijs een vorm van restitutio in integrum is te zien, waardoor het schadelijke gevolg van de onrechtmatige handeling zoveel mogelijk wordt weggenomen (p. 203).

Wachter, Beeld- en geluidsopnamen als middelen tot het vergaren van bewijs in civiele procedures, in: BIE 1985, p. 263–268, neemt een genuanceerd standpunt in. Hij verwacht dat men langs de weg van de begrippen 'eisen van een goede procesorde' en 'misbruik van procesrecht' een dam kan opwerpen tegen bewijsmateriaal dat niet slechts op onconventionele wijze verkregen werd, doch tevens onder omstandigheden die gebruikmaking van dit materiaal onaantvaardbaar maken. Hij wijst er in het bijzonder ten aanzien van art. 8 EVRM op, dat dit artikel er geen twijfel over laat bestaan dat inmenging van het openbaar gezag in het privéleven o.a. geoorloofd is 'voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'. Dit geldt volgens hem tevens voor een ieder die in een civiele procedure betrokken is. Een partij kan er aanspraak op maken dat hij in staat gesteld wordt om het de rechter mogelijk te maken de waarheid vast te stellen omtrent feiten die bewijs behoeven. Hiertoe verwijst hij naar HR 11 nov. 1977, NJ 1978, 399 (m.nt. WHH) — een arrest waarin het verschoningsrecht van de journalist werd afgewezen op grond van een afweging van het belang van de vrije nieuwsgaring tegen het door art. 1946 lid 1 BW beschermde belang van een goede rechtsbedeling, omdat de daarin vervatte regel dat alle personen, bekwaam om getuige te zijn, verplicht zijn getuigenis in rechte af te leggen, ertoe strekt om de rechter beter in staat te stellen de waarheid vast te stellen omtrent feiten die bewijs behoeven. Bij die afweging kende Uw Raad bijzonder gewicht toe aan de overweging dat toekenning van een verschoningsrecht aan de journalist voor dege-

nen die door een perspublicatie wordt geschaad een ernstige belemmering in de handhaving van hun rechten zou opleveren en dat een zodanig verschoningsrecht aldus ertoe kan leiden dat hun de rechtsbescherming die in beginsel aan een ieder toekomt wordt onthouden — iets dat Uw Raad in diezelfde rechtsoverweging vervolgens een onaanvaardbare consequentie noemt. Ook in HR 7 nov. 1986, NJ 1987, 457 (m.nt. WLH) vindt een afweging plaats van het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt tegen het maatschappelijk belang dat in verband met de functie van een gemeenteraadslid in de samenleving gediend is met de toekenning van een verschoningsrecht aan gemeenteraadsliden. Weliswaar achtte Uw Raad aannemelijk dat toekenning van een verschoningsrecht aan gemeenteraadsliden een behoorlijke vervulling van de functie van gemeenteraadslid bevorderde, maar tegen het aanvaarden van zo'n verschoningsrecht woog naar het oordeel van Uw Raad zwaarder dat het optreden van gemeenteraadsliden op grond van anoniem verstrekte en daardoor wellicht minder betrouwbare informatie voor degenen die door zulk een optreden worden geschaad een ernstige belemmering kan opleveren in de handhaving van hun rechten aangezien zij in de regel het betrokken gemeenteraadslid niet voor de geleden schade kunnen aanspreken, zodat het voor hen van belang is verhaal te kunnen nemen op de informant van het gemeenteraadslid, waartoe het getuigenis van deze laatste veelal onontbeerlijk zal zijn. Aanvaarding van zulk een verschoningsrecht zou deze mogelijkheid van verhaal frustreren en aldus de aan ieder toekomende rechtsbescherming aan de gelaedeerde onthouden. Aldus het zojuist genoemde arrest. Ik heb bij deze uitspraken wat uitvoeriger stilgestaan, omdat er uit blijkt dat Uw Raad grote waarde hecht aan het maatschappelijk belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt in verband met het belang van iedereen dat hem niet de hem toekomende rechtsbescherming wordt onthouden. Zie in dit verband ook nog Dommering (p. 200–201) die opmerkt dat de discussie over het al dan niet toelaten van onrechtmatig bewijs overeenkomstige trekken vertoont met die over het toelaten van een verschoningsrecht voor journalisten.

Van Soeren, Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele procedure, in: AA, 35 (1986), p. 483–489 is van mening dat onrechtmatig verkregen bewijs in een civiele procedure niet onder alle omstandigheden ontoelaatbaar is en sluit daarmee, dunkt mij, in zoverre aan bij de opvatting van Wachter. Hij grijpt terug op de verschillende sinds HR 31 jan. 1919, NJ 1919, 161 (Lindenbaum/Cohen) erkende categorieën van onrechtmatig gedrag. Hij meent dan dat wanneer bewijs is verkregen op een wijze waarbij degenen die het verkreeg handelde in strijd met een wettelijke plicht — waaronder hij verstaat een gebod of verbod in de wet in materiële zin (zie hiervoor ook in het algemeen Onrechtmatige Daad ? B (Jansen), nrs. 11–29) — deze schending van het recht steeds moet leiden tot 'bewijsuitsluiting'. Hij bezigt (in bijna letterlijk dezelfde bewoordingen) daartoe het volgens Veegens (Nieuwe bewijsrecht, p. 62) door de meeste Duitse schrijvers

gehanteerde en door Veegens zelf aanvaarde argument dat een op het ene rechtsgebied (bijv. strafrecht) verboden handeling op een ander rechtsgebied (burgerlijk procesrecht) geen gevolg mag hebben. Zo'n gevolg noemt hij onredelijk. In de overige gevallen van onrechtmatig handelen bij het vergaren van bewijs dient volgens Van Soeren de rechter slechts na een zorgvuldige belangenafweging het 'gebezigde bewijs' al dan niet ontoelaatbaar te achten. De rechter dient zijns inziens in het belang van de rechtszekerheid daartoe criteria te ontwikkelen en zelf geeft hij vervolgens een aantal omstandigheden aan die de rechter in onderling verband dient te beschouwen. Verder heeft volgens hem de rechter steun aan de begrippen 'eisen van een goede procesorde' en 'misbruik van procesrecht'. Hierbij sluit hij zich dus aan bij de opvatting van Wachter. Bij een zorgvuldige belangenafweging dient volgens Van Soeren de rechter ook rekening te houden met de verhouding tussen het 'gebruikte (onrechtmatige) bewijs' en het te verdedigen belang van de partij die het verkreeg, en hij wijst er op dat het proportionaliteitsbeginsel in het strafprocesrecht ook hier van nut zou kunnen zijn. Dat geldt zijns inziens ook voor het subsidiariteitsbeginsel (dat hij al onder de criteria had genoemd). Maar hij vindt dat de rechter beide beginselen niet dan met grote voorzichtigheid in de civiele procedure dient toe te passen in verband met het verschil tussen de problematiek rond onrechtmatig verkregen bewijs in het civiele proces en die in het strafprocesrecht (p. 489). Wachter (p. 267 r.k.) acht het een vraag of men aansluiting mag of moet zoeken bij beide beginselen. Zie over deze beginselen in het strafproces in verband met onrechtmatig verkregen bewijs: T.M. Schalken, Zelfkant van de rechtshandhaving, 1981, p. 45–46 (naar wie Wachter t.a.p. verwijst).

4.6. De rechtspraak van de feiten-rechters is verdeeld. Ik noem hier Hof Amsterdam 20 nov. 1964, NJ 1965, 422; Rb. Groningen 15 dec. 1972, NJ 1973, 324; Pachtkamer Ktg. Groningen 2 maart 1977, NJ 1977, 581; Pres. Rb. Utrecht 5 febr. 1981, KG 1981, 8; Hof Amsterdam 2 juli 1981, NJ 1982, 537; Rb. Rotterdam 10 dec. 1982, NJ 1984, 667; Pres. Rb. Dordrecht 19 aug. 1986, KG 1986, 420. Een bespreking van deze rechtspraak laat ik achterwege mede omdat die in de literatuur die ik zojuist heb genoemd alsook in de gedingstukken is te vinden.

4.7. Wel wil ik de aandacht vestigen op het ook door Mr. Von Schmidt auf Altenstadt genoemde arrest van Uw Raad van 1 juli 1982, NJ 1983, 682 (m.nt. JCS), een voortzetting van HR 6 febr. 1981, NJ 1982, 280 en HvJ EG 31 maart 1982, NJ 1982, 281 (m.nt. JCS). Het ging daar om een door de ene partij (de man) opgesteld, door hem 'codicil' genoemd stuk dat in de handen was van de andere partij (de vrouw). De man vorderde (heel kort gezegd) afgifte van dat stuk, een bevel tot vernietiging van alle kopieën en een verbod tot het in een procedure of anderszins houden of gebruiken van een kopie daarvan. De Pres. ontzegde deze vorderingen, het hof wees ze toe. Ten aanzien van deze kwestie overwoog Uw Raad (onder 3.4) het volgende:

"De onderdelen 6 en 7 klagen erover dat het hof op grond van zijn opvatting, dat de vrouw het betreffende stuk onrechtmatig onder zich zou hebben gekregen en houden, zonder meer aanneemt dat zij dan ook van dat stuk geen afschrift of weergave mag behouden, noch het voor enig bewijs mag bezigen.

Deze klacht is eveneens gegrond. Ook als, gezien het overleg tussen pp. dat tot de opstelling van het stuk heeft geleid, het voor de vrouw onrechtmatig tegenover de man zou zijn om het stuk onder zich te houden, ligt daarin nog niet opgesloten, dat zij er ook geen afschrift van mag behouden of dat zij de inhoud ervan niet als bewijs zou mogen bezigen. Of een en ander het geval is, dient zelfstandig te worden onderzocht op grond van wat zich tussen pp. bij het opstellen van het stuk heeft afgespeeld."

De vrouw wenste het codicil te gebruiken als bewijs in een tegen de man aangespannen procedure waarin zij ter zake van beweerdelijk door de man ten laste van haar privévermogen verrichte verliesgevende termijntransacties betaling van de man vorderde van schadevergoeding. In het 'codicil' verklaarde de man — kort gezegd — dat hij alle daar genoemde termijntransacties zonder voorkennis van zijn echtgenote had afgesloten en droeg hij zijn erfgenamen op ervoor zorg te dragen dat zijn echtgenote geen geldelijke nadelen zou ondervinden van alle voor en namens haar afgesloten termijntransacties (zie voor een en ander de vaststellingen van de Pres., NJ 1982, p. 1050 l.k. onderaan, r.k. bovenaan). Over de bedoeling van pp. bij dit 'codicil' heerste onenigheid — het schijnt dat de man de waarheid van de verklaring er in ontkende — en verder verschilden zij van mening over de vraag hoe de vrouw in het bezit van het stuk was gekomen.

Wat Uw Raad m.i. duidelijk uitspreekt is dat de onrechtmatige verkrijging van het stuk niet zonder meer meebrengt dat de inhoud daarvan niet als bewijs zou mogen dienen in de procedure die de vrouw tegen de man had aangespannen. Het hangt van de omstandigheden van het geval af. Uw Raad laat dus de mogelijkheid open dat de inhoud van het stuk niet als bewijsmiddel kan worden toegelaten.

4.8. Regel 46 lid 1 van de Gedragsregels voor advocaten 1980 verbiedt de advocaat zonder toestemming van degene met wie hij spreekt iemand aan de telefoon te laten meeluisteren of de inhoud van een gesprek mechanisch vast te leggen, alsook de opname als bewijs te gebruiken. Reeds in een uitspraak van 28 april 1960 (Adv.bl. 1960, p. 431–434) oordeelde het Hof van Discipline dat een advocaat die zonder zijn tegenpartij daarvan op de hoogte te stellen een bandopname maakte van een telefoongesprek met die wederpartij en later in een voorlopig getuigenverhoor zijn bediende die de geluidsband had uitgetypt als getuige liet verklaren dat de door hem getypte verklaring een juiste weergave was van de geluidsband, onjuist handelde. Het hof overwoog daarbij dat een advocaat die een door hem gevoerd telefoongesprek laat opnemen zonder daarvan zijn gespreksgenoot te hebben verwittigd, dit doet in het bewustzijn, zoal niet met de bedoeling, dat de gespreksgenoot minder op zijn woorden zal letten dan

wanneer hij van de ware toestand op de hoogte zou zijn geweest en dat die methode de strekking heeft om profijt te trekken van een dwaling, waarin een ander door toedoen van de advocaat is geraakt; dat de eer van de stand der advocaten verbiedt om zulk een onwaardige methode toe te passen en deze methode dan ook — behoudens zeer bijzondere omstandigheden — als ongeoorloofd moet worden aangemerkt; dat hoe belangrijk het aan het licht komen van de waarheid ook is, het vaststellen van die waarheid niet met alle middelen mag worden nagestreefd.

4.9. Ik denk dat genoemde regel en de uitspraak van het Hof van Discipline vooral tegen deze achtergrond moeten worden gezien dat de advocaat bij uitstek deskundig is bij het verzamelen en waarden van bewijsmateriaal en in staat is een gesprek met een (potentiële) wederpartij die zich niet laat bijstaan door een advocaat te sturen in een richting die gunstig kan zijn voor de belangen van zijn cliënt. Er is dan sprake van een ongelijke positie en het zou als strijdig met de waardigheid die de advocaat past kunnen worden beschouwd als de advocaat van zijn overwicht misbruik zou maken. Men kan echter de vraag stellen of zo'n bandopname nooit als bewijs mag worden gebruikt in een burgerlijk proces. Ik vraag mij met name af of elke schending van de gedragsregels op dit punt zonder meer gevolgen moet hebben in het geding. Ik ben geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden. Ook hier zal het van de omstandigheden hebben af te hangen.

4.10. Voor rechtsvergelijking moge ik verwijzen naar de reeds genoemde passages bij Veegens en Dommering. Zelf wil ik nog opmerken dat inderdaad in de Bondsrepubliek het Bundesgerichtshof (BGH), waar het gaat om bewijsmateriaal dat is vergaard met schending van een door de Grondwet gewaarborgd grondrecht, dergelijk materiaal als bewijsmiddel uitsluit, maar dat overigens de doctrine verdeeld is over de vraag of er een algemene regel geldt aangaande de ontoelaatbaarheid van bewijsmiddelen die in strijd met het recht zijn verkregen of worden gebruikt. Zie hierover thans Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 1986, p. 688, waar in noot 24 wordt vermeld een uitspraak van het BGH van 24 nov. 1981, Neue Juristische Wochenschrift 1982, p. 277–278. Het ging daarin over een geval dat de eiser de verweerster beschuldigde hem herhaaldelijk anoniem telefonisch te belasteren. Er was een bandopname gemaakt van een telefoongesprek waarbij de persoon die deze laster pleegde zich had uitgelaten voor een ander. Deze opname kon dienen om de identiteit van de lasteraar boven water te krijgen — verweerster ontkende de anonieme telefoontjes en ook dit gesprek te hebben gevoerd. Hier botste volgens het hof het grondrecht van verweerster op eerbiediging van haar persoonlijkheidsrecht (haar stem) met het recht van de eiser op eerbiediging van zijn persoonlijkheidsrecht (het niet belasterd worden). Het hof oordeelde kort gezegd dat voor de vraag of een dergelijke bandopname toelaatbaar bewijsmiddel was de belangen dienden te worden afgewogen en overwoog o.a.:

"Die Zulässigkeitsgrenze für die Verwertung einer von dem Gesprächspartner heimlich aufgenommenen Ton-

bandaufnahme als Beweismittel im Zivilprozess lässt sich nicht generell, sondern nur für den jeweiligen konkreten Streitfall abstecken."

In dit geval hechte het hof bijzonder gewicht aan de omstandigheid dat de bandopname diende tot het ophelderen van de identiteit van de persoon die zich in het gesprek voor een ander had uitgegeven teneinde onder die dekmantel zonder risico laster te kunnen uiten.

4.11. Ik kom tot een afronding. Het lijkt me dat een algemene regel dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal te allen tijde buiten beschouwing moet blijven ook in het civiele procesrecht niet kan worden aanvaard. Zelfs in het strafprocesrecht, dat op dit terrein veel verder ontwikkeld is — wat begrijpelijk is gelet op de waarborgen waarmee de positie van de verdachte is omringd — bestaat zo'n regel niet. Als de verdachte niet in zijn belang is of kan zijn geschaad kan bewijsmateriaal dat dankzij een onregelmatige handeling is verkregen toch in het proces als zodanig worden gebruikt. Zie Melai c.s., Het Wetboek van Strafvordering, art. 338, aant. 22 en 24. Het zal van de omstandigheden afhangen of de wijze waarop het bewijsmateriaal is verkregen van invloed moet zijn op de toelaatbaarheid in het geding. Ik zou menen dat hierbij de grootst mogelijke terughoudendheid op haar plaats is. Door bepaald bewijsmateriaal bij voorbaat uit te sluiten ontnemt de rechter zich de mogelijkheid om recht te doen op basis van de werkelijkheid. Een dergelijke ingreep die strijdig is met zo'n zwaarwegend fundamenteel beginsel kan, naar ik meen, slechts gerechtvaardigd zijn indien andere, gelet op de omstandigheden van het geval zwaarderwegende belangen zijn geschonden door de bewijsvergaring. Waar dergelijke belangen aan de zijde van de partij, tegen wie het bewijs zou worden gebezigd, dan bovendien al snel vermengd kunnen raken met het belang van die partij om het proces te winnen, past behoedzaamheid.

### **5. Inbreuk op de persoonlijke levenssfeer**

5.1. In het recentelijk door Uw Raad gewezen arrest inzake Grumböck/Van der Kaaij (HR 9 jan. 1987, RvdW 1987, 18 (NJ 1987, 928, m.nt. EAA; AB 1987, 231, m.nt. FHvdB; Red.)) is beslist dat een recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer moet worden aanvaard, dat aansluit bij vergelijkbare ontwikkelingen in andere landen en dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door art. 8 EVRM, waarvan moet worden aangenomen, dat het ook werking heeft tussen de burgers onderling. Ik ga ervan uit dat Driessen zich beroept op dit recht en stelt dat daarop een inbreuk is gemaakt. Daarom ga ik verder voorbij aan de beschouwingen die in de stukken gewijd zijn aan de art. 8 EVRM, 10 Gr.w en 17 IVBP in hun onderling verband en de vraag in hoeverre aan die bepalingen horizontale werking toekomt.

5.2. Ik heb mij voorts afgevraagd op wiens (wier) persoonlijke levenssfeer door de bandopname of het gebruik daarvan inbreuk is of zou worden gemaakt. Het middel laat daaromtrent enige twijfel bestaan: de persoonlijke levenssfeer van Driessen BV of die van haar directeur die het gesprek voerde. Uit de schriftelijke toelichting van Mr. Vriesendorp (p. 19) lijkt primair het

standpunt te worden ingenomen dat een inbreuk is gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van Driessen BV en subs. op de persoonlijke levenssfeer van haar directeur Driessen. Bevestiging hiervan vind ik in de repliek, p. 6–7. Ten aanzien van de subsidiaire stelling rijst dan echter de vraag of een rechtspersoon in een geding als het onderhavige en met het doel om bewijsmateriaal uit te sluiten een beroep toekomt op schending van de persoonlijke levenssfeer van haar directeur. Dit lijkt mij eerlijk gezegd nogal ver gaan.

5.3. Ik zal nu eerst ingaan op de vraag of een rechtspersoon al helemaal aanspraak heeft op eerbiediging van haar persoonlijke levenssfeer. In de m.v.t. op wetsontwerp 13 872 (Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van bepalingen inzake grondwet), Bijl.Hand.? 1975–1976, nr. 3, p. 11 wordt gezegd dat de voorgestelde bepalingen ook beogen aan rechtspersonen en aan groepen en organisaties zonder rechtspersoonlijkheid rechten en aanspraken te verlenen voor zover dat naar de aard van het betreffende grondrecht zin kan hebben. In deze zin ook Colaes, Derdenwerking van grondrechten in private rechtsverhoudingen waarbij groeperingen betrokken zijn, in: De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen, 1982, p. 247–252; Velu, praeadvies in: Privacy en rechten van de mens, (Hand. 3e colloquium EVRM) 1974, p. 24–25. Met Overkleef-Verburg, Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, in: Grondrechten, 1982, p. 243 e.v., zou ik menen dat er aanleiding bestaat ook rechtspersonen een beroep op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer toe te kennen. Maar de omvang van dat recht wordt natuurlijk bepaald mede door de omstandigheid dat het een rechtspersoon betreft. Ook rechtspersonen hebben dunkt me aanspraak op eerbiediging van de sfeer waarin zij bijv. geheimen willen bewaren of geen inmenging van buitenaf wensen in het algemeen. Ten aanzien van art. 8 EVRM hebben zowel het HvJ EG (26 juni 1980, NJ 1981, 425 (m.nt. EAA)) als Uw Raad (HR 10 dec. 1974, NJ 1975, 178 (m.nt. ThWvV); AA 1975, p. 673; BNB 1975k 52 (YDC van Duyn)) in het midden gelaten of een rechtspersoon een beroep op dat artikel toekomt.

5.4. Op grond van een en ander ga ik er bij het volgende van uit dat Driessen in beginsel aanspraak kan maken op eerbiediging van haar 'persoonlijke levenssfeer' maar dat de omvang daarvan mede wordt bepaald door de omstandigheid dat zij een rechtspersoon is.

5.5. Een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer levert in beginsel een onrechtmatige daad op in de zin van art. 1401 BW, aldus het arrest inzake Grumböck/Van der Kaaij.

5.6. Voor de vraag waar de grens ligt van dit recht op privacy of privéleven, verwijst Uw Raad in dat arrest mede naar de gedachten die daarover te vinden zijn in de m.v.t. op het artikel (1.10) dat tot art. 10 Gr.w (dat ingevolge art. ? Additionele Artikelen nog niet in werking is getreden) heeft geleid. Ik moge voor de door Uw Raad bedoelde passage verwijzen naar p. 40–41

van de m.v.t. en met name naar wat Uw Raad daaruit citeert in genoemd arrest. Ik zal daarop niet thans opnieuw ingaan. Wel lijkt me van belang ter aanvulling hier te wijzen op de Nota naar aanleiding van het eindverslag. Bijl.Hand.? 1976–1977, 13 872, nr. 11, p. 1 en de Nota over de vraag of een bepaling over het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam in de Grondwet zou moeten worden opgenomen, Bijl.Hand.? 1978–1979, 15 463, nr. 2, p. 7, uit welke stukken eveneens blijkt dat de regering tot uitgangspunt nam dat onder persoonlijke levenssfeer wordt verstaan de onbevangenheid van de mens in een reeks situaties, het afweren van inmenging buitenaf. Zie hieromtrent ook G. Overkleef-Verburg, Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, in: Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, 1982, p. 221–235.

5.7. Aan een en ander kan geen duidelijk antwoord worden ontleend op de vraag die ons in dit geding bezighoudt.

5.8. Daarom blijft te beantwoorden de vraag of het verdedigen van de onderhavige bandopname of het gebruik daarvan een inbreuk op een recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als hierboven bedoeld vormt.

5.9. In dit verband wil ik in de eerste plaats vermelden dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van de art. 139a e.v. Sr blijkt dat de regering destijds van oordeel was dat een opname van een (telefoon)gesprek door een van de deelnemers daaraan geen inbreuk vormde op de persoonlijke levenssfeer van de andere deelnemers. Zie ten aanzien van het in opdracht van een deelnemer afluisteren en het opnemen van een telefoongesprek wat wordt opgemerkt in de m.v.t. (Bijl.Hand.? 1966–1967, 8911, nr. 3, p. 6, l.k.) bij het later ingetrokken wetsontwerp 8911 houdende nadere regels ter bescherming van het telefoongeheim (van welk ontwerp de bepalingen naderhand zijn gevoegd in het ontwerp 9419 dat heeft geleid tot o.a. art. 139c Sr): "In de delictomschrijving is, zoals reeds werd aangeduid, uitgezonderd het afluisteren in opdracht van een deelnemer aan het betrokken gesprek.

Die casuspositie behoort reeds hierom niet onder het delict van art. 139a te vallen, omdat zodanig afluisteren hoogstens misbruik van door de ene gesprekspartner in de andere gesteld vertrouwen kan zijn en niet een schending van het vertrouwen in de telefoon als communicatiemiddel kan opleveren.

Overigens zij nog opgemerkt, dat zulk afluisteren, dat wellicht juist als meeluisteren kan worden gekarakteriseerd, ook zonder voorkennis van de gesprekspartner, in het bijzonder in het zaken- en beroepsverkeer een normaal verschijnsel is. Zo komt het vaak voor, dat een secretaresse met een speciaal meeluisterapparaat een door haar chef gevoerd telefoongesprek volgt; ook worden dikwijls gesprekken ter latere referentie op de band vastgelegd. Een niet op het gebied van het zaken- en beroepsverkeer gelegen voorbeeld is het rechtstreeks uitzenden van een telefoongesprek in een radioprogramma.

Of zulk afluisteren en opnemen zonder voorkennis van de wederpartij als onbehoorlijk is aan te merken, hangt af van de omstandigheden van het geval. Het rechtstreeks uitzenden van een gesprek door de radio moet echter steeds als onoirbaar worden aangemerkt, als degene die is opgebeld niet is gewaarschuwd, dat het gesprek direct wordt uitgezonden. De grens van de strafwaardigheid, welke overigens op andere overwegingen dan die van inbreuk op het telefoongeheim zou moeten berusten, wordt in al die gevallen evenwel niet overschreden."

5.10. Zie in dit verband ook Noyon-Langemeijer-Remmelink, art. 139c Sr, aant. 4. Daar wordt verder ook opgemerkt dat in een aantal gevallen met name het opnemen als onfatsoenlijk zal moeten worden aangemerkt maar dat dit niet wegneemt dat men dit alles toch wel onder een rubriek kan onderbrengen, nl. dat een telefoongesprek een zeker risico inhoudt en dat men mitsdien geacht moet worden te aanvaarden dat de ander daarmee iets doet wat men liever niet wil. Deze uitspraak lijkt me niet onder alle omstandigheden geldig, want het kan zeer goed zijn dat een telefoongesprek nu juist niet bedoeld is, bijv. door het vertrouwelijke of intieme karakter, voor enigerlei vastlegging, ook niet door de andere partij. Geschiedt zo'n opname dan wel dan zou sprake kunnen zijn van schending van de persoonlijke levenssfeer van die ander. Hier is dus niet slechts sprake van een schending van vertrouwen maar ook van een inbreuk op de privé-sfeer.

5.11. Daarom zou ik enerzijds ook niet onder alle omstandigheden willen onderschrijven wat van de kant van de regering is opgemerkt in de m.v.t. bij wetsontwerp 9419 (enige strafbepalingen tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer) (Bijl.Hand.? 1967–1968, stuk nr. 3, p. 5 r.k.):

"Hier zij er reeds op gewezen, dat in beide artikelen (dat wil zeggen de art. 139A en 139B van het oorspronkelijke ontwerp, later de art. 139a en b Sr; A.), evenals in art. 139a, zoals dit wordt voorgesteld in wetsontwerp nr. 8911, in de delictomschrijving is uitgezonderd het afluisteren in opdracht van een deelnemer, dan wel het opnemen door of in opdracht van een deelnemer. Onder 'deelnemer' moet uiteraard worden verstaan een partner in het gesprek; daaronder valt dan ook niet ieder, die bij het gesprek of een deel daarvan tegenwoordig is, zoals degeen, die tijdens het gesprek consumpties serveert. Het hier bedoelde afluisteren en opnemen is niet een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of een andere door buitenstaanders aangedane overlast. In een aantal gevallen is het als onschuldig of maatschappelijk gerechtvaardigd te beschouwen, in andere gevallen kan het een schending zijn van het vertrouwen, dat de gespreksgenoten in elkaar stellen. Het feit, dat zulk afluisteren en opnemen buiten het bereik van de strafwet blijft, betekent dan ook geenszins, dat het soms en misschien zelfs dikwijls niet moreel afkeurenswaardig zal zijn"

en in de m.v.a (Bijl.Hand.? 1969–1970, 9419, nr. 4, p. 6 r.k.-7 l.k.):

"Naar de mening van de ondergetekenden gaat het hier om een andere problematiek dan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In het geval, dat een deelnemer aan een gesprek dat opneemt en vervolgens die opname door derden laat beluisteren blijkt het vertrouwen dat in deze gesprekspartner is gesteld, beschaamd te worden. Dit vertrouwen zou echter ook kunnen worden beschaamd indien die deelnemer, zonder een opname te hebben gemaakt, het besprokene aan derden vertelt. Kernpunt van het onjuiste van een dergelijk gedrag is het misbruik maken van het gestelde vertrouwen, niet het eventueel daarbij gebruikte middel van het opnemen van het gesprek. In het algemeen kan men van een ieder verlangen, dat hij mededelingen, die niet voor derden bestemd zijn, slechts doet aan personen, die hij betrouwbaar acht. Het is niet de taak van het strafrecht om degene, die ten onrechte een persoon voor betrouwbaar houdt, te beschermen tegen het doorgeven van confidenties."

Volledigheidshalve wijs ik in dit verband nog op de Nadere m.v.a. (Bijl.Hand.? 1969–1970, 9419, nr. 8, p. 5 l.k.) waar wederom gesteld wordt dat het hier om een andere problematiek gaat dan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, nl. om de schending van het vertrouwen van iemand die men als deelnemer aan het gesprek aanwezig ziet. Voor het overigens in de Kamer (Nader VV, Bijl.Hand.? 1969–1970, 9419, nr. 7, p. 4 l.k.) gehanteerde argument om de deelnemer die opneemt of laat opnemen toch strafbaar te stellen, dat het heimelijk opnemen van een gesprek makkelijk aanleiding kan geven tot chantage, toonde de regering zich ongevoelig, omdat chantage al strafbaar is.

Anderzijds gaan diegenen die menen dat een bandopname van de stem van een ander een inbreuk vormt op diens privé-sfeer, zoals De Brauw, praeadvies (zie hierboven onder 3.5), p. 61. naar ik meen, te ver, door daarvan ook te spreken daar waar het gesproken woord de intimiteit der persoonlijkheid niet betreft. Die intimiteit lijkt me nu juist een belangrijk criterium. En ik meen dat dit ook blijkt uit de door Uw Raad in het zojuist genoemde arrest geciteerde m.v.t., waar (p. 41) wordt gezegd:

"Een handeling, die op het ene terrein als een ongeoorloofde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer moet worden aangemerkt, kan elders geoorloofd zijn. Sommige terreinen van het menselijk leven hebben een zo intiem karakter, dat elke ongewenste waarneming ervan een ongeoorloofde aantasting van de privacy inhoudt. Op andere gebieden is gewone zintuiglijke waarneming toegelaten, maar is de vastlegging ervan een ongeoorloofde aantasting. Ook is mogelijk, dat niet de vastlegging maar slechts de publikatie van het geregistreerde ongeoorloofd is.

De aard en de mate van intimiteit van hetgeen omtrent een ander wordt waargenomen of gepubliceerd is hierbij van groot gewicht. Het behoeft echter niet het enige te zijn wat voor de toelaatbaarheid of ontoelaatbaarheid van belang is."

5.12. Het kan wel zijn dat men zijn stem ervaart als een deel van zijn persoonlijkheid, zoals de Raad voor de Journalistiek in zijn uitspraak inzake de minister van

Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer tegen Salverda en Runderkamp (De Journalist 2 juni 1986, p. 45 en 47) overweegt (zie daarover ook Doomen, De Journalist aan de telefoon, de bandrecorder in de aanslag, in: NJB 1986, p. 1024–1027), maar men treedt met zijn stem ook naar buiten, waarmee men juist de persoonlijke levenssfeer kan verlaten, afhankelijk van de aard en strekking van wat men zegt en de omstandigheden waaronder men spreekt. Ik zou dan ook niet willen verdedigen dat het opnemen van een (telefoon)gesprek zonder medeweten of toestemming van de andere gesprekspartner in het algemeen een inbreuk vormt op diens persoonlijke levenssfeer.

5.13. De door Mr. Vriesendorp uitvoerig besproken uitspraak van het BGH van 20 mei 1958 (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, 27 (1958), p. 284–291) spreekt mij om dezelfde reden niet geheel aan. Ook daarin wordt naar mijn smaak te absoluut het opnemen van een gesprek zonder medeweten of toestemming van de wederpartij bij dat gesprek onrechtmatig geoordeeld. Ik zou die uitspraak in elk geval niet voor de Nederlandse verhoudingen willen aanvaarden. Ik zou meer het accent willen leggen op de inhoud van het besprokene teneinde te bepalen of de vastlegging daarvan een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer oplevert.

5.14. Zie ik het goed, dan doet de Raad voor de Journalistiek dat eigenlijk ook in genoemde uitspraak. Want hij neemt in aanmerking bij zijn beslissing om in het voorliggende geval openbaarmaking van de bandopnamen gerechtvaardigd te achten, dat de wederpartij bij het gesprek als voorlichtingsmedewerkster van het ministerie zakelijke informatie verschaftte, dat van de zijde van de minister geen bezwaar bestond tegen publikatie van de letterlijke inhoud van de verstrekte informatie en dat niet gesteld of gebleken was dat in dit geval de levenssfeer van de voorlichtster als privépersoon was aangetast of dat zij anderszins persoonlijk in haar belangen was geschaad. Daarom vond de Raad dat in dat geval geen ontoelaatbare inbreuk was gemaakt 'op het recht van gesprekspartners van journalisten om te weten en te bepalen of een gesprek op de band wordt vastgelegd en of die band wordt openbaar gemaakt'. Er was dus geen sprake van schending van de persoonlijke levenssfeer.

5.15. Wat tenslotte betreft de door Mr. Vriesendorp aangehaalde uitspraken van de Europese Commissie voor de rechten van de mens in de zaak Scheichelbauer (Coll.of Dec. 30, p. 1–10; Digest, art. 6, aant. 6.1.1.4.4.5, p. 385–386) en van het Europese Hof in de zaak Klass e.a. (Publ., A, vol.28, p. 5–36) meen ik dat het daar ging om niet vergelijkbare gevallen.

De zaak Scheichelbauer betrof een heimelijk opgenomen gesprek tussen twee verdachten van wie de ene reeds had bekend en de politie door de opname hielp aan bewijsmateriaal tegen de andere verdachte. In het strafproces tegen beide verdachten werd de bandopname gebruikt. De Commissie sprak in het algemeen weliswaar uit dat het op de band opnemen van een 'private conversation' waarmee de deelnemers of een van hen niet op de hoogte is in beginsel een inbreuk op de

privacy oplevert en dat 'in a legal system based on respect for the individual, the person concerned can legitimately demand that the law should give him suitable protection against such interference', maar zij vond onder de omstandigheden van het geval dat art. 6 EVRM niet geschonden was doordat de rechter van de bandopname gebruik had gemaakt. Ik vraag mij af of de Commissie ook een telefoongesprek waarvan in dit geding sprake is zou aanmerken als een 'private conversation'.

In de zaak *Klass e.a.* ging het om de vraag of bepaalde beperkingen ten behoeve van de overheid in de Bondsrepubliek van het 'Brief-, Post und Fernmeldegeheimnis' strijdig waren met art. 8 EVRM. Het hof besliste in ontkennende zin, maar stelt wel in r.o. 41 vast dat telefoongesprekken worden bestreken door de begrippen 'private life' ('vie privé') en 'correspondence' ('correspondance'). Daarmee is echter niets gezegd over de vraag die ons thans bezighoudt. Zie over de zaak *Klass e.a.* ook *Van Dijk en Van Hoof*, p. 341–342. Op grond van een en ander meen ik dat een benadering als door mij hierboven verdedigd niet in strijd is met art. 8 EVRM.

5.16. Ik wil eindigen. Ik zou niet willen aannemen dat het op de band opnemen van een telefoongesprek zonder dat de wederpartij van degeen die de opname maakt dat weet of daarin heeft toegestemd onder alle omstandigheden een inbreuk vormt op de persoonlijke levenssfeer van die ander. Naar mijn mening zal de inhoud en met name de mate van intimiteit van het besprokene en zullen de omstandigheden waaronder het gesprek plaatsvond moeten worden meegewogen bij het beantwoorden van de vraag of een zodanige inbreuk plaatsvond. Hierbij teken ik aan dat ook het gebruik dat van een bandopname wordt gemaakt (mede) bepalend zal kunnen zijn voor de beantwoording van die vraag. Zie de reeds genoemde m.v.t. bij wetsontwerp 13872 (art. 10 Gr.w), p. 41, waar ten aanzien van persoonsgegevens wordt gezegd:

"Derhalve: niet alleen de aard van de verzamelde gegevens, maar ook het gebruik dat er van wordt gemaakt kan van betekenis zijn voor de vraag of de persoonlijke levenssfeer wordt aangetast."

#### **6. Het onderhavige geval: een antwoord op de vraag**

6.1. Het moment is daar om kleur te bekennen. Ik meen dat waar het hier betrof een zakelijk gesprek tussen twee personen, elk in de hoedanigheid van directeur van een vennootschap, welke vennootschappen met elkaar in een zakelijk conflict zijn gewikkeld, niet kan worden gezegd dat het vervaardigen van de bandopname zonder toestemming of medeweten van de wederpartij een inbreuk vormt op de 'persoonlijke levenssfeer' van die partij, te weten de andere vennootschap en evenmin op de persoonlijke levenssfeer van haar directeur. Ook het gebruik van een dergelijke bandopname in het geding tussen beide vennootschappen dat betreft het geschil dat onderwerp van dat telefoongesprek vormde acht ik niet een zodanige inbreuk. Het gaat hier niet om een situatie waarin wat voor derden verborgen diende te blijven is ontfutseld of waarin de wederpartij — vennootschap of directeur —

onbevangen zichzelf moest kunnen zijn en geen inmenging van buitenaf behoefde te duchten. Bij dat soort gesprekken is behoedzaamheid op haar plaats, zou ik zeggen.

6.2. In elk geval ook als wel sprake zou zijn van een inbreuk op de genoemde persoonlijke levenssfeer en deze als onrechtmatig zou moeten worden bestempeld, zie ik gelet op het zwaarwegende belang van de waarheidsbevinding geen grond om de beslissing van het hof onjuist te achten en de Rb. te verbieden van de inhoud van de band kennis te nemen. Die inbreuk zou dan immers — ik zie het eerlijk gezegd niet anders — bestaan in het opnemen en als bewijs bezigen van het door directeur Driessen gesproken woord, van zijn stem. Maar onder de omstandigheden van het geval lijkt me die inbreuk niet van zodanige ernst dat een wellicht belangrijk bewijsmiddel voor de rechter gesloten blijft. Ik teken daarbij aan dat de rechter na kennisneming van de inhoud de vrijheid heeft die inhoud als bewijs te waarderen en daarbij eventueel te betrekken de omstandigheden waaronder de bandopname tot stand is gekomen. Hij zal het gesprokene tegen die achtergrond kunnen beoordelen.

#### **7. Het cassatiemiddel**

Naar het mij voorkomt en moge volgen uit wat ik hierboven uiteengezet heb, heeft het hof, daargelaten zijn motivering, een juiste beslissing gegeven en geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Daarom moet het middel, dat in al zijn onderdelen op een verkeerde rechtsopvatting is gebaseerd althans zich keert tegen de juiste beslissing van het hof, falen.

#### **8. Conclusie**

In concludeer tot verwerping van het beroep.