

ANNOTATIE

# Geheime videosurveillance binnen de arbeidsrelatie: wetgeving vereist?

*prof. mr. dr. F.G. Laagland*

## 1. Inleiding

Het is allang niet meer de overheid die een quasi-monopolie heeft op de technologie van controletechnieken. Er komen steeds meer betaalbare ICT-middelen op de private markt die het eenvoudig maken anderen in het geheim te surveilleren. De technologische ontwikkelingen gaan razendsnel. Werkgevers maken van deze technologieën gebruik om werknemers te controleren. Bij de werkgever kan de behoefte bestaan om na te gaan of de werknemer tijdens het werk geen bedrijfseigendommen ontvreemdt, daadwerkelijk wegens arbeidsongeschiktheid niet in staat is tot werken of zich onthoudt van het verrichten van nevenwerkzaamheden als daartoe een verbod is overeengekomen. Bij de inzet van particuliere rechtermethoden spelen twee vragen. Ten eerste, wat is de verhouding tot het recht op privacy en, ten tweede, hoe moet in een gerechtelijke procedure worden omgegaan met onrechtmatig verkregen bewijs? Beide vragen staan centraal in de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het Hof) inzake *Vukota-Bojic*. De casus die tot de uitspraak heeft geleid betreft een verzekeringskwestie. De uitspraak biedt evenwel belangrijke inzichten voor het gebruik van particuliere rechtermethoden – in het bijzonder geheime videosurveillance – in het Nederlandse arbeidsrecht. Zijn aanpassingen noodzakelijk en zo ja, in welke richting?

## 2. De feiten en het procesverloop

De casus speelt zich af in Zwitserland. Mevrouw Vukota-Bojic is in 1995 aangereden door een motor en daarbij op haar rug gevallen. Verschillende medische onderzoeken verklaarden dat zij door het ongeluk voor 100% arbeidsongeschikt was geraakt. Er waren echter ook andere onderzoeken waaruit bleek dat het wel meeviel met de medische problemen. Daarop volgde een jarenlange strijd tussen de verzekeringsmaatschappij, die vanwege haar ongevallenverzekering de arbeidsongeschiktheidsuitkering zou moeten betalen, en mevrouw Vukota-Bojic, waarbij beide partijen schermde met medische deskundigenrapporten. Op een zeker moment weigerde mevrouw Vukota-Bojic een door de verzekeringsmaatschappij gevegd nader onderzoek. De verzekeringsmaatschappij besloot haar vervolgens onder geheime videosurveillance te plaatsen. Mevrouw Vukota-Bojic werd gedurende een periode van 23 dagen op vier dagen een aantal uren gevolgd op de openbare weg. Uit de rapporten van

de privédetective die hiervoor werd ingeschakeld bleek dat klaagster normaal functioneerde. Op basis van dit bewijs en de weigering van mevrouw Vukota-Bojic om zich te onderwerpen aan het gevraagde arbeidsongeschiktheidsonderzoek, weigerde de verzekeringsmaatschappij de arbeidsongeschiktheidsuitkering te betalen. Mevrouw Vukota-Bojic ging tegen de afwijzing in beroep. De socialezekerheidsrechter wees haar beroep in eerste aanleg toe, onder meer omdat het door de surveillance verkregen bewijs niet toelaatbaar was vanwege strijd met privacy. Het Zwitserse federale hof besloot het bewijs daarentegen wel toe te laten en wees de vordering van mevrouw Vukota-Bojic af. Hierna stapte mevrouw Vukota-Bojic naar het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg. Zij betoogde dat de verzekeraar het arbeidsongeschiktheidspercentage niet op de videobeelden van de geheime surveillance had mogen baseren. Reden is dat de surveillance en de daarbij vervaardigde videobeelden zouden zijn uitgevoerd in strijd met artikel 8 EVRM en daarom onrechtmatig zijn verkregen.

Het Hof merkt allereerst op dat het recht op privacy zoals neergelegd in artikel 8 EVRM van toepassing is, nu geheime videosurveillance een inbreuk op de privacy oplevert. De verzekeraar rechtvaardigde de surveillance met een beroep op een bepaling uit het Zwitserse socialezekerheidsrecht waarin is bepaald dat de verzekeraar op eigen initiatief noodzakelijke onderzoeksmaatregelen kan treffen. Het Hof constateert echter dat de wet grote lacunes laat waar het gaat om het tegengaan van willekeur. In het bijzonder ontbreekt het aan duidelijkheid over de manier waarop de gegevens mogen worden verkregen en opgeslagen; aan bescherming tegen toegang tot de gegevens door derden; aan regels over de duur van de surveillance en de redenen waarom die mag worden ingesteld; en aan een mogelijkheid van deugdelijke rechterlijke toetsing. Deze onduidelijkheden zorgen ervoor dat artikel 8 EVRM is geschonden. De vraag is vervolgens of het door de videosurveillance verkregen bewijs ten onrechte niet is uitgesloten als bewijsmateriaal en of daarmee sprake is van een schending van artikel 6 EVRM. Het Hof wijst deze klacht van de hand omdat voldoende vaststaat dat het uiteindelijke oordeel van het Zwitserse federale hof niet alleen is gebaseerd op het door de videosurveillance verkregen materiaal, maar ook op andere bewijsmiddelen zoals de eerdere tegenstrijdige medische rapporten.

### 3. Wettelijke grondslag: een EVRM-begrip

Het gaat in de uitspraak *Vukota-Bojic* om een verticale verhouding (overheid-burger). Hoewel een particulier recherchebureau de surveillance op de verzekerde uitvoert, gebeurt het onderzoek in opdracht van de verzekeraar die een overheidstaak uitvoert en dus een semipubliek orgaan is. Een soortgelijke verticale verhouding bestaat in Nederland als het gaat om zorgverzekeraars bij de uitvoering van de Zorgverzekeringswet. Het UWV is bij de uitvoering van de werknemersverzekeringen eveneens te beschouwen als een verlengstuk van de staat. Ook als de overheid als werkgever optreedt bestaat een verticale verhouding.

In het arbeidsovereenkomstenrecht hebben we te maken met een particuliere werkgever en een werknemer, hetgeen een horizontale verhouding betreft. Hoewel de grondrechten uit het EVRM oorspronkelijk zijn geschreven als afweerrechten tegen de overheid, hebben de grondrechten in de loop van de tijd eveneens in een horizontale verhouding betekenis

gekregen. Dit geldt ook voor het recht op privacy (art. 8 EVRM). Op de overheid rust een positieve verplichting tot het treffen van maatregelen om het recht op privacy tussen particulieren onderling te waarborgen. Anders gezegd, de overheid moet er actief voor zorgen dat een particulier niet het recht op privacy van een andere particulier schendt. De toetsing of de overheid aan haar positieve verplichtingen voldoet, is niet heel anders dan in een verticale verhouding. Artikel 8 lid 2 EVRM geeft aan onder welke voorwaarden de overheid in een verticale verhouding een inbreuk mag maken op het recht op privacy van een burger. Er moet zijn voldaan aan: (1) wettelijke grondslag, (2) legitiem doel en (3) noodzakelijkheid en proportionaliteit. Deze criteria zijn ook relevant voor de beoordeling of de overheid aan haar positieve verplichting heeft voldaan. De positieve verplichtingen die artikel 8 EVRM op de overheid legt, krijgen op basis van deze criteria inhoud en vorm.

In de uitspraak *Vukota-Bojic* stond het criterium van een wettelijke grondslag centraal. Dit criterium betekent bij zowel een verticale als een horizontale toetsing van artikel 8 EVRM dat de inbreuk op het recht op privacy een grondslag moet hebben in het nationale recht. Het is goed te beseffen dat het hier gaat om een EVRM-begrip. Het kan maar hoeft niet te gaan om een formele wet, in de zin van een wet die door de Staten-Generaal en de regering gezamenlijk tot stand is gebracht. Ook beleidsregels, rechtspraak en gewoonterecht kunnen voldoen (EHRM 26 april 1979, *NJ 1980/146 m.nt. Alkema (Sunday Times t. VK)*). De waarde ligt volgens het Hof in de rechtszekerheid, nader uitgewerkt in de vereisten van kenbaarheid, voorzienbaarheid en een verbod tot willekeur (J. Gerards, *Het EVRM*, Kluwer: Deventer 2011, p. 114-115). Een particulier moet weten onder welke omstandigheden hij een inbreuk op zijn recht op privacy kan verwachten. Waartoe het criterium verplicht, hangt af van het grondrecht en het type inbreuk. Anders gezegd, waar het Hof voor de inbreuk op het recht op privacy in de ene situatie een formele wet vereist, is het in de andere situatie voldoende dat rechters in hun rechtspraak met het grondrecht rekening houden.

Bij de inzet van particuliere rekerchetechnieken zijn de vereisten van kenbaarheid en voorzienbaarheid door de jaren heen genuanceerd. De uitspraak *Vukota-Bojic* past in deze lijn. Een particulier hoeft niet van tevoren te worden geïnformeerd over bijvoorbeeld een geheime videosurveillance. Een andere uitleg zou iedere effectiviteit van de surveillance ondermijnen; de particulier kan zijn gedrag dan immers eenvoudig aanpassen. Wel vereist het criterium onverminderd dat de regels voldoende duidelijk moeten zijn om willekeur en een onvoorzienbare uitoefening te voorkomen. Wanneer is hieraan voldaan bij de inzet van geheime videosurveillance? Het Hof achtte in de Duitse zaak *Köpke* uit 2010 voldoende dat de voorwaarden voor de inbreuk op het recht van privacy uit de rechtspraak volgden (EHRM 5 oktober 2010, *EHRC 2011/29 (Köpke t. Duitsland)*). In deze zaak werd de inzet van verborgen camera's op de werkplek getoetst aan artikel 8 EVRM. Het door de particuliere werkgever ingeschakelde detectivebureau had een verborgen camera geïnstalleerd nadat een vermoeden van diefstal was ontstaan. De Duitse rechter kwam tot het oordeel dat de camera's waren toegestaan en baseerde zijn oordeel op voorwaarden ontwikkeld in nationale rechtspraak. De inbreuk voldeed volgens het Hof aan het criterium van een wettelijke grondslag. Het Hof voegde hieraan echter toe 'at least at the relevant time'. Van deze woorden leek een

waarschuwing uit te gaan: gezien alle technologische ontwikkelingen zou rechtspraak als wettelijke grondslag op den duur wel eens niet meer voldoende kunnen zijn om de inbreuk op het recht van privacy te rechtvaardigen.

Interessant is de vraag of de waarschuwing uit het arrest *Köpke* met de onderhavige uitspraak is ingelost. In de uitspraak *Vukota-Bojic* ging het namelijk fout op het criterium van een wettelijke grondslag. De verzekeraar rechtvaardigde de geheime videosurveillance met een beroep op een wettelijke bepaling uit het Zwitserse socialezekerheidsrecht. Daarin was bepaald dat wanneer de verzekerde niet aan de verzekeringsvoorwaarden voor het verkrijgen van een uitkering voldeed en weigerde mee te werken aan het verkrijgen van gegevens daaromtrent, de verzekeringsmaatschappij de vrijheid had om op tal van manieren de daarvoor relevante gegevens te achterhalen. Volgens het Hof had de verzekerde op basis van deze zeer ruim geformuleerde wettelijke bepaling niet de inzet van videosurveillance hoeven te verwachten. Zo maakte de wet niet duidelijk onder welke voorwaarden en hoe lang de geheime surveillance kon plaatsvinden, noch was iets geregeld over het opslaan van de gegevens en de toegang daartoe. Dat in de rechtspraak een aantal kwaliteitseisen was vastgelegd, gold als onvoldoende (par. 73-74). Kortom: geheime videosurveillance maakt dusdanig ernstig inbreuk op het recht op privacy dat aan het criterium van een wettelijke grondslag hoge kwaliteitseisen worden gesteld om willekeur en een onvoorzienbare toepassing tegen te gaan.

Anders dan in de zaak *Köpke* achtte het Hof in de zaak *Vukota-Bojic* onvoldoende dat de voorwaarden voor videosurveillance uit de rechtspraak volgden. Is de waarschuwing uit de zaak *Köpke* hiermee nu ingelost? Ik meen van wel. Hoewel de zaak *Köpke* een horizontale verhouding betrof, overwoog het Hof in hetzelfde arrest: *‘The boundary between the State’s positive and negative obligations under Article 8 does not lend itself to precise definition. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests – which may include competing private and public interests or Convention rights.’* Kortom: de inhoudelijke toets die het Hof uitvoert bij een grondrechteninbreuk die is toe te rekenen aan een particulier is sterk vergelijkbaar met die bij een inbreuk door de staat. Dit geldt temeer nu de onderhavige zaak draait om een private verzekeraar met een publieke taak en de relatie geen puur verticale verhouding betreft. Ik verwacht dan ook dat de strenge benadering uit het arrest *Vukota-Bojic* geldt onafhankelijk van de identiteit van de persoon (overheid of particulier) die de surveillance mogelijk maakt of concreet uitvoert. Dit betekent dat ook in een horizontale verhouding niet langer voldoende is dat de voorwaarden voor de inzet van geheime videosurveillance in de rechtspraak zijn uitgewerkt.

#### **4. Haken en ogen aan de Nederlandse wettelijke grondslag**

##### *4.1. Open norm van artikel 7:611 BW*

Wat betekent de onderhavige uitspraak voor de Nederlandse arbeidsrechtpraktijk? In Nederland zijn de voorwaarden waaronder werkgevers heimelijk videosurveillance kunnen inzetten in de lagere rechtspraak ontwikkeld op basis van artikel 7:611 BW. Zo moet sprake

zijn van een ernstig vermoeden van een misstand, mag de videosurveillance niet te lang duren en alleen gericht zijn op het verkrijgen van informatie over de vermeende misstand. Het gaat in Nederland om een algemene bevoegdheidsgrondslag op basis waarvan rechtspraak tot ontwikkeling is gekomen. Deze wettelijke grondslag komt overeen met de wettelijke grondslag uit de zaak *Köpke* en lijkt op grond van de uitspraak *Vukota-Bojic* niet langer houdbaar.

Toch is een verschil waarneembaar met de casus uit de zaak *Köpke*. In Nederland kennen met name grote organisaties vaak een interne regeling waaruit blijkt onder welke voorwaarden werknemers rekening moeten houden met de inzet van particuliere rechtechnieken. Een dergelijke regeling ontbrak in de zaak *Köpke* (althans daar wordt geen melding van gemaakt). Hoewel een interne regeling opgesteld door de werkgever zelf geen recht is in de zin van artikel 79 Wet RO, kleurt het bestaan van een interne regeling de norm van artikel 7:611 BW. Zoals gezegd heeft het Hof in een verticale verhouding uitgemaakt dat op schrift gestelde ambtelijke beleidsregels kunnen worden gebruikt om de betekenis van de wet te verduidelijken. Het lijkt mij dat in een horizontale verhouding interne regelingen opgesteld door de werkgever een soortgelijke rol kunnen vervullen. Verder geldt dat een interne regeling voor iedere werknemer eenvoudig toegankelijk is en derhalve hoger scoort op de eisen van kenbaarheid en voorzienbaarheid dan de door het Hof als onvoldoende bestempelde regels ontwikkeld in rechtspraak.

Het risico bestaat dat een interne regeling van de werkgever niet voldoet aan de hoge kwaliteitseisen die het Hof aan de wettelijke grondslag stelt. Zoals de uitspraak *Vukota-Bojic* aantoont, vereist het Hof dat de wettelijke grondslag voldoende indicaties geeft van de omstandigheden waaronder een geheime videosurveillance mogelijk is. Anders gezegd, de wettelijke grondslag dient uitdrukking te geven aan een redelijke afweging van belangen. Dit is interessant omdat de belangenafweging (criterium 3) als het ware in het criterium van een wettelijke grondslag wordt geïncorporeerd. Doorgaans stelt het Hof niet dit soort hoge eisen aan de wettelijke grondslag. Bij het gebruik van geheime videosurveillance zijn duidelijke kwaliteitseisen volgens het Hof echter vereist om willekeur tegen te gaan. Vanwege het geheime karakter bestaat het risico dat anders (te) snel een inbreuk op het recht van privacy plaatsvindt (zie EHRM 29 juni 2006, *EHRC* 2007/13 m.nt. Loof (*Weber & Saravia t. Duitsland*)). De hoge kwaliteitseisen zullen doorgaans minder goed gewaarborgd zijn in een reglement van een individuele werkgever dan in een formele wet. Zo is denkbaar dat een werkgever vastlegt dat geheime videosurveillance onder alle omstandigheden mogelijk is en wel voor onbepaalde duur. Dit zal minder snel voorkomen als de regeling met instemming van de ondernemingsraad is vastgelegd. Met betrekking tot de inzet van camera's op de werkplek bestaat hiertoe zelfs een verplichting op grond van de Wet op de ondernemingsraden. Toch blijft ook dan het risico bestaan dat de interne regeling niet in lijn is met aan de hoge kwaliteitseisen die het Hof stelt aan de inzet van geheime surveillance.

#### 4.2. Wet bescherming persoonsgegevens

Verder geldt dat Nederland gebonden is aan de Europese Privacyrichtlijn die is geïmplementeerd in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). In de uitspraak *Vukota-*

*Bojic* speelde de Privacyrichtlijn geen rol omdat Zwitserland geen lid is van de Europese Unie. De Privacyrichtlijn en de Nederlandse Wbp hebben betrekking op de verwerking van persoonsgegevens. Hieronder valt het gebruik van geheime videosurveillance binnen de arbeidsrelatie. Het valt op dat de Wbp in rechtspraak vrijwel nooit als toetsingskader wordt gebruikt als het gaat om de vraag of een werkgever gerechtigd was tot particuliere rechermethoden. Dat bevreemdt. De Wbp omvat voorwaarden voor de opslag van data en de verspreiding daarvan. Verder geeft artikel 8 onderdeel f Wbp aan dat een verwerking van persoonsgegevens is toegestaan als het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke (of een derde) zwaarder weegt dan het grondrecht op privacy. Hoewel ook de Wbp geen specifieke regels kent voor de inzet van geheime videosurveillance, biedt de Wbp een concreter toetsingskader dan de open norm van het goed werknemer/werkgeverschap van artikel 7:611 BW. Daar komt bij dat de onafhankelijke Europese artikel 29-werkgroep een opinie heeft opgesteld met betrekking tot de uitleg van de Privacyrichtlijn bij de inzet van geheime videosurveillance (Opinion 4/2004 on the Processing of Personal Data by means of Video Surveillance). De artikel 29-werkgroep besteedt onder meer aandacht aan de procedurele zorgvuldigheidseisen die in acht moeten worden genomen. De aanbevelingen van de artikel 29-werkgroep zijn niet juridisch afdwingbaar, maar kunnen dienen ter invulling van artikel 8 onderdeel f Wbp en via die weg de wettelijke grondslag versterken.

De Wbp wordt vanaf 25 mei 2018 vervangen door de Algemene Verordening Gegevensbescherming (Verordening (EU) 2016/269). Interessant is dat de verordening in een eerdere versie uit 2014 regels kende over de inzet van geheime controletechnieken binnen de arbeidsrelatie (Position of the European Parliament adopted at first reading on 12 March 2014, P7-TC1-COD(2012)0011). Het Europees Parlement stelde voor in het toenmalige artikel 82 lid 1 onderdeel c op te nemen:

‘the processing of employee data without the employees’ knowledge shall not be permitted. Notwithstanding the first sentence, Member States may, by law, provide for the admissibility of this practice, by setting appropriate deadlines for the deletion of data, providing there exists a suspicion based on factual indications that must be documented that the employee has committed a crime or serious dereliction of duty in the employment context, providing also the collection of data is necessary to clarify the matter and providing finally the nature and extent of this data collection are necessary and proportionate to the purpose for which it is intended. The privacy and private lives of employees shall be protected at all times. The investigation shall be carried out by the competent authority.’

De passage maakt duidelijk dat het Europees Parlement relevant achtte dat de lidstaten specifieke wetgeving zouden opstellen voor het gebruik van geheime controletechnieken (het begrip ‘by law’ verwijst in deze context naar formele wetgeving). De Raad kon zich hierin niet vinden om voor mij niet te achterhalen redenen. In de definitieve versie van de Algemene Verordening Gegevensbescherming is de passage dan ook niet terug te vinden. Dat betekent dat vanaf 25 mei 2018 – net als onder de Wbp – de inzet van geheime videosurveillance wordt getoetst op basis van de hiervoor genoemde norm van een gerechtvaardigd belang van de verantwoordelijke of een derde (art. 6 lid 1 onderdeel f Algemene Verordening

Gegevensbescherming).

Het is lastig in te schatten of het Hof de Wpb en straks de Algemene Verordening Gegevensbescherming als een voldoende wettelijke basis zal beschouwen voor de inzet van geheime controletechnieken binnen de arbeidsrelatie. Hoewel het Hof ten aanzien van Europees recht enige terughoudendheid betracht, schrikt het Hof er niet voor terug het Europese recht als onvoldoende in het licht van het EVRM te beschouwen (zie bijv. EHRM 6 november 2012, *EHRC* 2013/29 m.nt. Laagland). Gezien de strenge kwaliteitseisen die het Hof stelt, sluit ik niet uit dat de Wbp en de Algemene Verordening Gegevensbescherming te weinig concrete voorwaarden behelzen om als wettelijke grondslag te voldoen

## 5. Een wettelijke grondslag ontbreekt. Wat nu?

Dan de tweede vraag waar het in de zaak *Vukota-Bojic* om ging. Hoe moeten rechters omgaan met onrechtmatig verkregen bewijs? Van onrechtmatig bewijs kan sprake zijn als de werkgever geen gerechtvaardigd belang had voor de geheime inzet van videosurveillance, maar ook – en dat is in het kader van dit artikel interessant – als blijkt dat de huidige Nederlandse wettelijke grondslag de wetmatigheidstoets van het Hof niet doorstaat. Zolang Nederland voor het gebruik van particuliere onderzoeksmethoden op de werkvloer geen concrete wetgeving heeft opgesteld en binnen de organisatie van de werkgever geen kwalitatief voldoende intern beleid bestaat, kunnen werknemers zich beroepen op het ontbreken van een wettelijke grondslag. Stelt de Nederlandse rechter de werknemer daarin gelijk (en de kans is gezien par. 4 aanwezig), dan zijn de gegevens die met de videosurveillance zijn ingewonnen reeds om die reden onrechtmatig. Een oordeel van het Hof voor de Rechten van Mens over de Nederlandse wettelijke grondslag is daarvoor geen vereiste. Nederlandse rechters hebben een plicht te oordelen conform het EVRM. Doen zij dat niet, dan kan een particulier Nederland als verdragsstaat bij het Hof aansprakelijk stellen. Het is om die reden dat Nederlandse rechters anticiperen op rechtspraak van het Hof zoals de uitspraak *Vukota-Bojic*.

Het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs stamt uit het procesrecht. Het heeft te maken met het ‘fair trial’- en ‘equality of arms’-beginsel zoals vastgelegd in artikel 6 EVRM. In de zaak *Vukota-Bojic* stelde de verzekerde dat er geen eerlijk proces heeft plaatsgevonden nu het Zwitserse federale hof zijn uitspraak (mede) baseerde op beelden die zijn vervaardigd tijdens de onrechtmatig toegepaste surveillance. Het Hof gaat hier niet in mee. Een partij die naar materiële maatstaven op onrechtmatige wijze bewijs vergaart, wordt daarop niet zonder meer in processuele zin gestraft. Het Hof stelt vast dat artikel 6 EVRM geen regels geeft over de toelaatbaarheid van het bewijs in een gerechtelijke procedure zodat het in beginsel aan het nationale recht en de nationale gerechten is hoe met onrechtmatig verkregen bewijs wordt omgegaan. Echter, het proces moet in het geheel wel als eerlijk te beschouwen zijn. Straatsburg laat de consequentie van onrechtmatige bewijsverkrijging dus niet altijd aan de nationale rechter over. Zo moet het slachtoffer van de schending de mogelijkheid hebben zich tegen het onrechtmatig verkregen bewijs te verweren en kan het onrechtmatig verkregen bewijs niet het enige bewijs zijn waarop de rechter zijn uitspraak baseert. Het Hof bevestigt

hiermee zijn eerdere rechtspraak (EHRM 12 mei 2000, *EHRC* 2000/54 m.nt. Spronken (*Khan t. VK*)). Het ging in de zaak *Khan* om het af luisteren van een verdachte in een strafrechtelijke procedure. De uitspraak *Vukota-Bojic* maakt duidelijk dat het Hof eenzelfde benadering voorstaat in een administratieve procedure. Over het onderwerp bewijsuitsluiting in een civiele procedure heeft het Hof zich nog niet uitgelaten. Gezien de algemeen gehanteerde formuleringen die het Hof gebruikt, ligt eenzelfde benadering voor de hand.

In de uitspraak *Vukota-Bojic* constateert het Hof uiteindelijk dat sprake was van een eerlijk proces nu het Zwitserse federale hof aan zijn uitspraak eveneens tegenstrijdige medische rapporten – die de aanleiding vormden voor de surveillance – ten grondslag had gelegd. Maar hoe zit het als aanvullend bewijs ontbreekt? Betekent de formulering van het Hof dat een rechter in dat geval categorisch tot bewijsuitsluiting moet overgaan? Een bevestigend antwoord lijkt mij te streng en te absoluut. In de hiervoor genoemde strafrechtelijke zaak *Khan* steunde de gehele zaak op de onrechtmatig uitgevoerde telefoontaps. Toch werd het gebruik van een belastend telefoongesprek als bewijs toegelaten nu het om sterk bewijs ging en de onrechtmatigheid ‘slechts’ voortkwam uit het ontbreken van een wettelijke grondslag. Dit doet vermoeden dat het Hof het onderwerp van bewijsuitsluiting niet zozeer beschouwt als een sanctie op de privacyschending maar vooral plaatst in het licht van de betrouwbaarheid van het bewijs (vgl. Schalken in zijn noot in *NJ* 2002/180). Zolang er geen uitlokking dan wel misleiding plaatsvindt en de videosurveillance slechts registreert, lijkt het er vooralsnog op dat artikel 6 EVRM niet snel de bewijskracht ontnemt van onrechtmatig verkregen bewijs.

Nederland loopt op dit punt met Straatsburg in de pas. In Nederland bepaalt artikel 152 Rv dat bewijs door alle middelen kan worden geleverd en dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt. De Hoge Raad oordeelde in 2014 in een verzekeringskwestie dat in beginsel het maatschappelijk belang dat de waarheid aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben om hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken zwaarder wegen dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts in het geval van bijkomende omstandigheden is terzijdelegging van onrechtmatig bewijs gerechtvaardigd (HR 18 april 2014, *NJ* 2015/20 m.nt. Mendel & Krans). In verzekeringszaken deinst de Hoge Raad er niet voor terug onrechtmatig bewijs uit te sluiten met verwijzing naar bijkomende omstandigheden. In de hiervoor genoemde zaak uit 2014 werd het onrechtmatig bewijs niet meegenomen omdat de verzekeraar onvoldoende reden had tot het onderzoek en bovendien alternatieve mogelijkheden niet had ingezet. In het arbeidsrecht geldt dezelfde norm als in het verzekeringsrecht (zie HR 11 juli 2014, *AR* 2014-0603). Toch zijn in het arbeidsrecht weinig voorbeelden te vinden waar rechters met een beroep op bijkomende omstandigheden onrechtmatig verkregen bewijs hebben uitgesloten. Voor deze benadering valt iets zeggen. De arbeidsrelatie is gebaseerd op een vertrouwensrelatie. In de meeste uitspraken waar onrechtmatig verkregen bewijs wordt ingebracht, gaat het om een procedure tot beëindiging van de arbeidsrelatie. Denk aan videobeelden waaruit blijkt dat de werknemer gelden uit de kassa heeft onttrokken, terwijl de geheime camera niet geplaatst had mogen worden. Als een rechter de beelden niet als bewijs

zou toelaten, kan de werkgever geen beëindiging realiseren en moeten partijen noodgedwongen met elkaar door. In dat opzicht verschilt het arbeidsrecht van het verzekeringsrecht waar het met name om de financiële gevolgen gaat. De benadering in het arbeidsrecht past bij het specifieke karakter van het rechtsgebied en is EVRM-proof zolang de betrouwbaarheid van het bewijs niet ter discussie staat.

Dat onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht vrijwel nooit wordt uitgesloten betekent niet dat op de privacyschending geen sanctie staat. Uit de lagere rechtspraak na 1 juli 2015 blijkt dat het onrechtmatig verkrijgen van bewijs leidt tot een (hogere) billijke vergoeding (zie Hof Den Haag 13 december 2016, AR 2016-1448). Deze benadering is goed te begrijpen als de werkgever zelf de grenzen van het recht op privacy heeft overschreden. Zo had de werkgever in de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Den Haag naast de Dropbox-app (vermoed werd dat werknemer hierin vertrouwelijke stukken had opgeslagen) ook sms-berichten van de werknemer op haar telefoon bekeken. Het moeten betalen van een billijke vergoeding valt minder goed te begrijpen als de onrechtmatigheid enkel het gevolg is van het feit dat Nederland geen concrete arbeidsrechtelijke wetgeving kent over de inzet van geheime controlemiddelen. De werkgever rest dan één mogelijkheid: de stap naar het Hof (nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput) en Nederland aansprakelijk stellen voor het niet voldoen aan de positieve verplichting die voortvloeit uit artikel 8 EVRM.

## 6. Tot slot

De uitspraak *Vukota-Bojic* biedt stof tot nadenken. De uitspraak geeft inzicht in de wijze waarop het Hof aankijkt tegen de inzet van particuliere researchmethoden in het licht van artikel 8 EVRM. De hoge kwaliteitseisen die het Hof stelt aan de wettelijke grondslag doen vermoeden dat in het Nederlandse arbeidsrecht niet steeds aan deze norm is voldaan. Ik verwacht dat een werkgever sterk staat met een duidelijk intern beleid dat is opgesteld in overleg met de ondernemingsraad. Het wordt anders als dergelijk beleid ontbreekt of niet voldoet aan de gestelde hoge kwaliteitseisen. Dat laatste is het geval als niet (conform de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit) is geregeld onder welke voorwaarden, hoe lang en op welke wijze de geheime surveillance kan plaatsvinden. Het ontbreken van een wettelijke grondslag heeft tot gevolg dat de informatie die met de geheime videosurveillance wordt verkregen per definitie onrechtmatig is. Hoewel het bewijs in een gerechtelijke procedure doorgaans wordt toegestaan, draait de werkgever financieel voor de consequenties op. Naar mijn mening behoeft het onderwerp 'privacy in de arbeidsrelatie' daarom zo snel mogelijk een duidelijke regeling in titel 10 Boek 7 BW. Dit geldt mijns inziens niet alleen voor geheime videosurveillance maar ook voor de inzet van andere particuliere researchtechnieken zoals het aftappen van telefoons of andere vormen van volgen of controleren waarvan de betrokkene zich niet bewust is (zie o.a. EHRM 29 juni 2006, *EHRC* 2007/13 m.nt. Loof (*Weber & Saravia t. Duitsland*)). Dat is in mijn optiek de duidelijke boodschap uit het arrest *Vukota-Bojic*.