

Monitoring van werknemers: het juridisch kader

ArbeidsRecht 2022/19

De wet- en regelgeving voor monitoring van werknemers is versplinterd en onoverzichtelijk. In deze bijdrage wordt op hoofdlijnen het juridisch kader voor monitoring uiteengezet, wordt een aantal praktische handreikingen gedaan en wordt het wettelijk kader toegepast op de meest gangbare vormen van monitoring.

1. Introductie

Op 9 april 2021 verscheen het nieuwsitem 'Gluurapparatuur' op NOS.nl waarin onder andere werd besproken dat de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) een toename signaleerde in het aantal klachten van werknemers over digitale monitoring.² Dit is op zich te verklaren, nu tijdens de COVID-pandemie de privacybewustwording onder werknemers en de drang van werkgevers om werknemers te controleren, flink zijn gestegen.³ In juni vorig jaar verscheen ook een kamerbrief van het ministerie van SZW omtrent monitoring in de arbeidsrelatie. 'Monitoring kan onder strikte voorwaarden, de belangrijkste liggen in de AVG en de UAVG', schreef het ministerie.⁴ Maar is dat wel zo?

De Laat concludeerde al in 2019 dat de wet- en regelgeving ten aanzien van monitoring van werknemers versplinterd en lastig te doorgronden is.⁵ Dit is onwenselijk, want we zien steeds vaker dat de schending van privacy door werkgevers die in strijd handelen met de voorwaarden voor monitoring, negatieve consequenties heeft voor werkgevers in procedures.⁶ In dit artikel zetten wij op hoofdlijnen het juridisch kader voor monitoring van werknemers uiteen. Allereerst wordt ingegaan op de onderliggende internationale en nationale regelgeving. Vervolgens abstraheren we daaruit de voorwaarden waaraan een werkgever moet toetsen bij de toepassing van monitoring en bespreken we deze voorwaarden aan de hand van verschillende vormen van monitoring in de praktijk. Tot slot bespreken we de risico's van het schenden van deze voorwaarden en sluiten we af met een aanbeveling in het kader van de inhoud van een monitoringbeleid.

1 Mr. E.H. (Ester) Damen en mr. I. (Ilse) Baijens zijn advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.
 2 NOS 9 april 2021, <https://nos.nl/l/2375956>.
 3 Autoriteit Persoonsgegevens, *Jaarverslag 2020*.
 4 *Kamerstukken II 2020/21*, 2966, p. 2.
 5 I.J. de Laat, 'Omzien en inzien: een roep om wetgeving over het monitoren van werknemers, alcohol- en drugstesten en het inzagerecht', *ArbeidsRecht* 2019/33.
 6 Ktr. Utrecht 16 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6071, *JAR* 2022/24. Zie ook Ktr. Den Haag 14 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:257. Beide uitspraken worden verderop in dit artikel besproken.

2. Juridisch kader rondom monitoring van werknemers

In de Nederlandse wet is nergens het begrip 'monitoring' of 'controle' van werknemers geregeld. Alleen artikel 27 WOR kent een definitie die in de buurt komt: 'voorzieningen die gericht zijn op of geschikt zijn voor waarneming van of controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties.' De AP lijkt hier op haar website bij aan te sluiten met de begrippen 'monitoring', 'controle' en 'volgen', maar beperkt zich daarbij tot technologische mogelijkheden.⁷ Op basis van de hierna besproken wetgeving en rechtspraak, leggen wij het begrip 'monitoring van werknemers' uit als: technologische voorzieningen ter controle van werknemers.

2.1 Artikel 8 EVRM en rechtspraak EHRM, artikel 17 IVBPR en artikel 7 Handvest Grondrechten EU

Op grond van artikel 8 EVRM heeft een werknemer recht op bescherming van zijn privéleven en correspondentie. Dit recht wordt ruim opgevat en strekt zich uit tot de werkplek.⁸ Onder bepaalde voorwaarden is een beperking van dit recht toegestaan, indien bij wet voorzien.^{9,10}

Een werknemer kan een rechtstreeks beroep doen op artikel 8 EVRM. Een inbreuk op dit artikel wordt getoetst aan de aanwezigheid van een legitiem doel, noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.¹¹ De controle mag dus niet verder gaan dan noodzakelijk is om een gerechtvaardigd doel te bereiken en er moet een aanleiding zijn voor de controle. Bovendien mag de inbreuk op de privacy van de werknemer niet onevenredig zijn in verhouding tot het doel van de verwerking en dient het doel niet op een andere, minder ingrijpende wijze te kunnen worden bereikt.

Uit de nationale rechtspraak blijkt dat artikel 8 EVRM veelal (direct dan wel indirect) als uitgangspunt wordt genomen bij de beoordeling van monitoring van werknemers.¹² Nu een werknemer zich rechtstreeks kan beroepen op artikel 8 EVRM, zal een werkgever – naast aan de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) en de Uitvoeringswet AVG (UAVG) – ook hieraan moeten toetsen.

Kijkend naar de rechtspraak van het EHRM kunnen we concluderen dat informatieverzameling een belangrijke voorwaarde is voor monitoring van werknemers. Werknemers moeten van tevoren op de hoogte zijn van de mogelijkheid dat de werkgever kan monitoren. De werknemer moet

7 <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/werk-uitkering/control-van-personeel>.
 8 EHRM 16 december 1992, NJ 1993/400 (Niemietz).
 9 EHRM 25 juni 1997, NJ 1998/506 (Halford); EHRM 3 april 2007, *JAR* 2007/233 (Copland).
 10 D.J.A. Vesters & L. Zalait, 'De AVG, bekend maakt bemind (?)', *TAP* 2018/1, p. 11-13.
 11 E. Thomas, *Lexplicatie*, commentaar op artikel 8 EVRM.
 12 HR 27 april 2001, *JAR* 2001/95 (Wennekes Lederwaren).

kunnen anticiperen op de maatregelen. Ook moet de werknemer worden geïnformeerd over de omvang van de controle en de mate van inbreuk op de privacy. De werkgever moet aan de werknemer bekendmaken wat de reden is voor de monitoring en de monitoring mag alleen worden aangewend voor het beoogde doel. Tot slot moet de werkgever voldoende beschermingsmaatregelen nemen.¹³

Naast het EVRM bevatten ook het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest Grondrechten EU), een recht op privacy.¹⁴ Een inbreuk op deze rechten wordt hetzelfde getoetst als een inbreuk op het EVRM, zij het dat de werknemer zich niet rechtstreeks kan beroepen op het IVBPR en het Handvest Grondrechten EU.¹⁵

2.2 Artikel 10 Grondwet en doorwerking via artikel 7:611 BW en 7:660 BW

Onze Grondwet kent ook een recht op privacy, in artikel 10 Grondwet. Daarin staat dat eenieder recht heeft op eerbiediging van zijn of haar persoonlijke levenssfeer, waaronder in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens, behoudens bij wet gestelde beperkingen. Dit grondrecht waarborgt derhalve zowel de bescherming van de persoonlijke levenssfeer als die van persoonsgegevens. Een werknemer kan geen rechtstreeks beroep doen op de Grondwet. De Grondwet werkt indirect door in de horizontale verhouding tussen werkgever en werknemer via een open norm die al geldt in de arbeidsrelatie.¹⁶ Bij monitoring is dat bijvoorbeeld het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW en/of het instructierecht van de werkgever van artikel 7:660 BW.

2.3 AVG en UAVG

De AVG omvat waarborgen voor de verwerking van persoonsgegevens. Hieronder valt ook de verwerking van persoonsgegevens in het kader van monitoring van werknemers. In de praktijk zien we dat monitoring vaak enkel wordt getoetst aan de AVG en de UAVG. We hechten er belang aan om op te merken dat dit te summier is. De AVG stelt minder (strikte) voorwaarden aan monitoring van werknemers dan artikel 8 EVRM en bovendien is de AVG enkel van toepassing als persoonsgegevens worden verwerkt.¹⁷ Er zijn ook vormen van monitoring denkbaar waarbij geen persoonsgegevens worden verwerkt maar er wel aan het recht op privacy moet worden getoetst.¹⁸ De AVG en de UAVG kennen geen specifieke bepalingen die zien op monitoring (van werknemers).

Op grond van de AVG is monitoring alleen toegestaan indien sprake is van een geldige verwerkingsgrondslag.¹⁹ Over het algemeen zal deze grondslag bij monitoring zijn dat de verwerking noodzakelijk is voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de werkgever. Verder moet sprake zijn van een legitiem doel, subsidiariteit en proportionaliteit.²⁰ De gegevens die worden verwerkt, moeten voldoende worden beschermd en mogen niet langer worden bewaard dan nodig.²¹ Slechts een beperkt aantal mensen mag toegang hebben tot de gegevens en de werknemer heeft recht op informatie over de vorm van verwerking.²² In artikel 14 AVG staat welke informatie de werkgever minimaal aan de werknemer moet verstrekken.²³ Deze informatie moet bovendien schriftelijk, beknopt, transparant, begrijpelijk, gemakkelijk, toegankelijk en duidelijk zijn.²⁴

Wanneer een soort verwerking, in het bijzonder een verwerking waarbij nieuwe technologieën worden gebruikt, gelet op de aard, omvang, context en doeleinden daarvan, waarschijnlijk een hoog risico inhoudt voor de rechten en vrijheden van personen, dient de werkgever vooraf een beoordeling uit te voeren van het effect van de beoogde activiteiten op de bescherming van persoonsgegevens (een zogenaamde gegevensbeschermingseffectbeoordeling of *data protection impact assessment* (DPIA)). De AP heeft een lijst opgesteld van verwerkingen waarvoor een DPIA moet worden uitgevoerd. Voor wat betreft monitoring zijn dat cameratoezicht, grootschalige/stelselmatige monitoring van werknemers, e-mailgebruik, internetgebruik en locatieherkenning.²⁵

2.4 Richtlijnen EDPB en AP

De *European Data Protection Board* (EDPB, voorheen Werkgroep artikel 29) heeft voor de controle van werknemers een toetsingskader uiteengezet in haar werkdocument.²⁶ De EDPB is een samenwerkingsverband van nationale privacytoezichthouders uit de EU, waaronder de AP.

Eerst moet de werkgever vaststellen of de controlerende activiteit bekend is bij de werknemer. De werkgever moet hierover duidelijk en open zijn. Dit betekent onder andere dat er een kenbaar beleid moet zijn. Dit beleid moet de reden weergeven waarom, en de doeleinden waarvoor eventuele controle wordt uitgevoerd en specificeren in hoeverre, bijvoorbeeld bij e-mail- en internetmonitoring, gebruik voor privédoeleinden is toegestaan. Ook de wijze van controleren en informatie over handhavingprocedures moet worden uiteengezet. Tot slot moet de controle noodzakelijk zijn. De

13 EHRM 5 september 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608 (*Barbulescu*).
 14 Artikel 17 IVBPR en artikel 7 Handvest Grondrechten EU.
 15 HR 9 januari 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AG5500, m.nt. E.A. van der Alkema.
 16 J.M.M. de Laat, *Sdu Commentaar BW artikel 7:611*, 1 juni 2021.
 17 Artikel 4 AVG.
 18 Bijvoorbeeld het meten van de temperatuur van de werknemer valt niet per definitie onder de reikwijdte van de AVG, maar is mogelijk wel in strijd met het recht op privacy. <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-onderzoekt-meten-temperatuur-werknemers-tijdens-corona>.

19 Artikel 6 AVG.
 20 Artikel 5 AVG.
 21 Artikel 5 en 32 AVG.
 22 Artikel 5 en artikel 14 AVG.
 23 Artikel 14 AVG.
 24 Groep gegevensbescherming artikel 29, *Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679*, 11 april 2018, p. 7-9.
 25 <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/zelf-doen/data-protection-impact-assessment-dpia>.
 26 EDPB/WP artikel 29, *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*, May 2002.

werkgever moet controleren of hij niet dezelfde resultaten kan bereiken met een andere, minder ingrijpende controle-methode. Verder is de vraag of de voorgenomen verwerking van persoonsgegevens redelijk is en moet de voorgenomen verwerking proportioneel zijn.

De richtlijnen van de EDPB zijn niet bindend, maar werken wel door in het beoordelingskader van de AP.²⁷ Nu de AP handhavingsbevoegdheid heeft (o.a. tot het opleggen van een last onder dwangsom en tot het opleggen van bestuurlijke boetes) is het voor werkgevers van belang om ook het toetsingskader van de EDPB in ogenschouw te nemen.

De AP heeft geen algemene richtlijnen of beleidsregels gepubliceerd omtrent monitoring van werknemers, maar uit de informatie op haar website blijkt dat zij zich aansluit bij de voorwaarden van de EDPB. Zij voegt daar nog aan toe dat een werknemer recht heeft op vertrouwelijke communicatie en dat instemming van de ondernemingsraad (or) is vereist.²⁸

2.5 Nationale rechtspraak

In de nationale rechtspraak is artikel 8 EVRM in combinatie met artikel 7:611 BW doorgaans het uitgangspunt bij de beoordeling van de vraag of monitoring van werknemers een ontoelaatbare privacyschending oplevert.

Uit de rechtspraak concluderen wij dat nationale rechters grofweg vier voorwaarden stellen:

(i) De werkgever moet vooraf kenbaar maken op welke wijze er wordt gemonitord. Dit betekent dat hij duidelijk moet maken welk systeem er wordt gebruikt en wat er wel en niet is toegestaan. (ii) Er moet sprake zijn van een gerechtvaardigd belang dat zwaarder weegt dan het belang van de werknemer, dan wel een andere verwerkingsgrondslag. (iii) Het doel moet niet op een minder ingrijpende manier kunnen worden bewerkstelligd. Ook de wijze waarop wordt gemonitord, moet noodzakelijk zijn. (iv) Tot slot moet de werkgever rekening houden met het recht op vertrouwelijke communicatie van de werknemer.²⁹ De werkgever mag als privé aangeduide e-mails van de werknemer bijvoorbeeld niet inzien.³⁰

2.6 Medezeggenschap

Zoals hierboven aangehaald, is de WOR de enige wet waarin een specifieke regel omtrent monitoring is opgenomen: de voorgenomen implementatie of wijziging van een voorziening die gericht is op of geschikt is voor waarneming van of controle op aanwezigheid, gedrag of prestatie van

werknemers moet aan de or ter instemming worden voorgedragen.³¹ Hieronder valt ook de toepassing van heimelijke monitoring.³² Ook een voorziening die niet primair wordt gebruikt als personeelsvolgsysteem maar die hiervoor wel geschikt is, valt onder de reikwijdte van dit artikel. Zo oordeelde het Hof Amsterdam dat een regeling waarbij iedere medewerker een collega of de teammanager moet machtigen tot toegang in de mailbox in het kader van continuïteit bij afwezigheid en waarbij de teammanager toegang krijgt als een machtiging ontbreekt, moet worden aangemerkt als een voorziening die geschikt is voor de waarneming van gedrag of prestatie van de werknemers en dus instemmingsplichtig is.³³

Daarnaast is in artikel 27 WOR bepaald dat een regeling omtrent het verwerken, alsmede de bescherming van persoonsgegevens van werknemers instemmingsplichtig is.³⁴ Voor invoering van de monitoringsvoorziening zelf (bijvoorbeeld cameratoezicht) is dus een instemmingsverzoek vereist, maar ook het monitoringsprotocol is aan het instemmingsrecht van de or onderhevig. Uitzondering hierop is louter (menselijk) toezicht zonder dat daarbij gebruik wordt gemaakt van enig technisch of administratief (hulp) middel.³⁵

Indien de werkgever (in de WOR als “ondernemer” aangeduid) verzuimt om instemming aan de or te vragen, heeft de or op grond van artikel 27 lid 5 WOR de mogelijkheid om, binnen een maand nadat hij bekend is geworden met het besluit, schriftelijk de nietigheid hiervan in te roepen en eventueel in rechte een verbod op uitvoering te verzoeken.³⁶ Is de or wel om instemming gevraagd maar weigert hij instemming te geven, dan kan de werkgever de kantonrechter verzoeken vervangende toestemming te verlenen. De kantonrechter toetst in dat geval achtereenvolgens of de beslissing van de or om geen instemming te geven, onredelijk is, dan wel of het voorgenomen besluit wordt geveerd door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfs-economische of bedrijfs-sociale redenen.

Tot slot is nog van belang dat de or een adviesrecht heeft bij de invoering of wijziging van een belangrijke technologische voorziening.³⁷ Dit betreft technologische voorzieningen op het terrein van hardware en software. Het aanleggen van bijvoorbeeld een netwerk van camera's kan – afhankelijk van de omvang en kosten daarvan – dus ook kwalificeren als een adviesplichtig besluit.

De AP heeft op haar website een handreiking voor ondernemingsraden gepubliceerd, waarin zij aan de or het

27 <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/internationaal/european-data-protection-board>.

28 <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/werk-uitkering/controle-van-personeel>.

29 D.J.A. Vesters & L. Zalait, 'De AVG, bekend maakt bemind(?)', TAP 2018/1, p. 11-13. Zie ook: Rb. Amsterdam 21 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2166, r.o. 4.9-4.10; HR 27 april 2001, JAR 2001/95 (Wennekes Lederwaren).

30 J.P. Kroon, 'Controle op de werknemer en privacy', *Flexibele arbeidsrelaties* 11.9 (online), 5 mei 2021.

31 Artikel 27 lid 1 sub I WOR.

32 I.J. de Laat, 'Verborgene cameratoezicht en de rol van de ondernemingsraad', *ArbeidsRecht* 2006/55.

33 Hof Amsterdam 14 mei 2013, JAR 2014/47.

34 Artikel 27 lid 1 sub k WOR.

35 HR 20 december 2002, NJ 2003/141 (*Holland Casino*).

36 O.a. Hof 's-Hertogenbosch 17 november 2016, JAR 2016/302 (*Mystery Guests*).

37 Artikel 25 lid 1 sub k WOR.

privacyrechtelijke toetsingskader toelicht en een aantal voorbeeldvragen heeft opgenomen die de or bij de beoordeling van een instemmingsaanvraag zou kunnen stellen.³⁸

3. Voorwaarden voor de toepassing van monitoring werknemers

3.1 Toetsingskader samengevat

Op basis van bovengenoemde wet- en regelgeving en rechtspraak concluderen wij dat de volgende voorwaarden gelden voor de inzet van monitoring van werknemers.

1. Er moet voldaan zijn aan het noodzakelijkheidsbeginsel: de monitoring moet een legitiem doel dienen en een geschikt middel vormen om dat doel te bereiken.
2. Er moet voldaan zijn aan het proportionaliteitsbeginsel: de inbreuk die de monitoring in het concrete geval op de privacy van de werknemer maakt, moet in redelijke verhouding staan tot het belang bij het bereiken van het beoogde doel. Dat wil zeggen: de inbreuk moet in het concrete geval zijn gerechtvaardigd? De inbreuk op de belangen van de betrokkene mag niet onevenredig zijn in verhouding tot het te dienen doel.
3. Er moet voldaan zijn aan het subsidiariteitsbeginsel: is er in het concrete geval geen minder ingrijpend middel voorhanden om hetzelfde doel te bereiken? Wanneer er een doeltreffender middel voorhanden is, moet dat (eerst) worden aangewend.
4. De werkgever moet rekening houden met de privécommunicatie van de werknemer.
5. De werknemer heeft recht op voorafgaande informatie over de mogelijkheid van (heimelijke) monitoring, op een schriftelijke, transparante, toegankelijke en duidelijke manier, waarbij aandacht moet worden besteed aan de volgende aspecten:
 - (a) legitiem doel, (b) noodzakelijkheid, (c) proportionaliteit en subsidiariteit, (d) wijze van monitoring, (e) welke gegevens worden gemonitord, (f) wanneer en hoelang wordt gemonitord, (g) wie hebben toegang tot de gegevens, (h) hoe worden de gegevens beveiligd, (i) welke regels gelden er (waar wordt de werknemer op gecontroleerd) (j) welke handhavingprocedures gelden er; en
 - (j) de categorieën persoonsgegevens die worden verwerkt, (k) bewaartermijnen, (l) worden de gegevens gedeeld met derden (buiten de Europese Economische Ruimte (EER)), (m) wordt er gebruikgemaakt van automatische besluitvorming, (n) waar kan de werknemer een klacht indienen en (o) de rechten van de werknemer.
6. Voor bepaalde vormen van verwerking is het uitvoeren van een DPIA vereist.
7. Als de monitoring onder artikel 27 WOR valt, hetgeen in de meeste gevallen zo zal zijn, is een voorafgaand instemmingsverzoek aan de or vereist.

3.2 Voorbeelden uit de praktijk

Een van de meest voorkomende vormen van monitoring waaraan werknemers worden onderworpen, is e-mail- en internetmonitoring. Vesters en Zalait hebben de rechtspraak daaromtrent tot en met februari 2018 al eens in kaart gebracht,³⁹ Ten Broeke en Baijens deden dat tot en met mei 2019.⁴⁰ Daarna is er nog een opvallende uitspraak geweest over e-mailmonitoring door de Kantonrechter Utrecht. In deze zaak had de werkgever de e-mail van de werknemer laten onderzoeken, omdat er een vermoeden bestond dat de werknemer zou zijn betrokken bij strafbare feiten en langdurig en structureel niet gemelde nevenactiviteiten zou hebben verricht en daarbij gebruik zou hebben gemaakt van zijn zakelijke e-mail en laptop. De kantonrechter toetste in deze uitspraak aan de hand van de voorwaarden die het EHRM voor monitoring heeft gesteld,⁴¹ en kwam tot de conclusie dat de werknemer niet vooraf was geïnformeerd over de mate waarin en de wijze waarop de monitoring plaatsvond.⁴² De werkgever kon alleen een printscreen overleggen van een melding bij het starten van de laptop, waarin onder andere stond 'users may be monitored'. Dat vond de kantonrechter onvoldoende. Ook kon de werkgever onvoldoende onderbouwen dat er een concreet vermoeden bestond voor betrokkenheid bij strafbare feiten. Deze vorm van monitoring voldeed volgens de kantonrechter niet aan de vereisten die het EHRM daartoe heeft gesteld.

Ook het volgen van de locatie van de werknemer middels een *gps tracker*, *black box* of boordcomputer is steeds populairder, vooral bij bedrijven die werken met servicemonteurs, werknemers in de thuiszorg, logistiek medewerkers en vertegenwoordigers,⁴³ maar ook in de sterk opkomende platformarbeid.⁴⁴ Deze vorm van monitoring wordt over het algemeen ingezet voor de veiligheid van werknemers, het bijhouden van kilometerregistratie, waarheidsvinding bij een concreet vermoeden van misbruik van de bedrijfsauto,⁴⁵ en ter bescherming van de eigendommen van de werkgever.⁴⁶ In drie uitspraken van lagere rechters waarin werd geoordeeld dat deze vorm van monitoring noodzakelijk was, betrof het telkens een situatie van een concreet vermoeden van misbruik waarin de werkgever tevergeefs al op een andere, minder ingrijpende manier achter de waarheid had geprobeerd te komen.⁴⁷ Het moment waarop de werknemer wordt gemonitord (bijvoorbeeld na werktijd of

38 AP, *Het OR-privacyboekje. De rol van de ondernemingsraad bij privacy op de werkvloer*.

39 D.J.A. Vesters & L. Zalait, 'De AVG, bekend maakt bemind (?)', *TAP* 2018/1, p. 11-13.

40 M. ten Broeke & I. Baijens, 'Werken vanuit huis: het juridisch kader', *ArbeidsRecht* 2019/28.

41 EHRM 5 september 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608 (*Barbu-lescu*).

42 Rb. Midden-Nederland 5 Januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2021:6071.

43 K. Dorenbosch, 'De AVG en ontslag: twee jaar na inwerkingtreding AVG', *TvO* 2020/4.

44 J. Kloostera, 'Ondergeschikt aan het algoritme', *TRA* 2020/71.

45 Rb. Overijssel 15 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2409.

46 Rb. Rotterdam 5 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5376.

47 Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1722. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 10 september 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2810; Rb. Overijssel 15 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2409; Rb. Rotterdam 5 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5376.

tijdens pauze) speelt ook een belangrijke rol bij de beoordeling van de inbreuk op privacy.⁴⁸

Het inzetten van cameratoezicht is een ingrijpende vorm van monitoring, die al sinds jaar en dag wordt ingezet. Bij cameratoezicht is specifiek de plaats waar de camera's hangen van groot belang bij de toetsing, bijvoorbeeld de plaats waar de werknemer voortdurend aanwezig is of in een kleedkamer.⁴⁹ Ook bestaat de mogelijkheid tot heimelijke monitoring, zij het in uitzonderingsgevallen. Naast de in paragraaf 3.1 genoemde voorwaarden, geldt dat sprake moet zijn van een wettelijke grondslag voor de heimelijke monitoring of een serieus vermoeden van een strafbaar feit of ander onrechtmatig handelen. Daarnaast moet het heimelijke toezicht in tijd en ruimte zo beperkt mogelijk zijn en moet zijn voldaan aan het kenbaarheidsvereiste; de werknemer moet vooraf op de hoogte zijn van de mogelijke inzet van verborgen camera's.⁵⁰

Naast deze vorm van monitoring, kan ook worden gedacht aan pre-employment screening,⁵¹ gebruik van *wearables*,⁵² biometrische (toegangs)controle,⁵³ opname van telefoongesprekken, kloksystemen en logging van dossiers. Deze vormen van monitoring laten wij in dit artikel buiten beschouwing.

4. Risico's schending voorwaarden monitoring

Voldoet een werkgever niet aan de hiervoor in paragraaf 3 genoemde voorwaarden en maakt hij toch gebruik van monitoring, dan zal dit over het algemeen leiden tot een schending van het recht op privacy en, in het verlengde daarvan, mogelijk ook tot onrechtmatig verkregen en/of gebruikt bewijs en andere nadelige consequenties.

4.1 Onrechtmatig verkregen bewijs

Uit artikel 152 Rv volgt dat bewijs kan worden geleverd door alle middelen en dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten. De Hoge Raad heeft in dit kader in 2014 in het *Achmea*-arrest geoordeeld dat rechters in civiele zaken ook acht mogen slaan op onrechtmatig verkregen en/of gebruikt bewijs en dat terzijdelegging slechts gerechtvaardigd is, als sprake is van bijkomende omstandigheden.⁵⁴ Waarheidsvinding weegt in beginsel dus zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Hoewel

de lagere rechtspraak uitwijst dat kantonrechters en gerechtshoven onrechtmatig verkregen en/of gebruikt bewijs in arbeidsrechtzaken niet snel terzijde leggen,⁵⁵ hebben we recent gezien dat het in de lagere rechtspraak wel gebeurt.

Zo oordeelde de Kantonrechter Utrecht in januari 2021 nog dat de langdurige e-mailmonitoring die een werkgever had uitgevoerd, in strijd was met de in paragraaf 3 van dit artikel besproken voorwaarden die het EHRM heeft geformuleerd, nu er geen duidelijk e-mail- en internetprotocol van kracht was. Dit leidde in deze zaak tot de afwijzing van het ontbindingsverzoek.⁵⁶ Tot eenzelfde soort conclusie kwam de Kantonrechter Den Haag op 14 februari 2022. De werknemer in deze zaak verzocht vernietiging van het ontslag op staande voet, waarna de werkgever ontbinding op de e- dan wel g-grond verzocht. Werkgever legde daaraan geluidsoptnames van telefoongesprekken van de werknemer ten grondslag. De kantonrechter overwoog dat voor het monitoren van de werkzaamheden en de productiviteit van werknemers het maken van geluidsoptname niet noodzakelijk was, nu dit op een andere wijze had kunnen plaatsvinden. Daarbij had de werknemer niet ingestemd met de opnames en daarmee was niet aan de AVG voldaan, hetgeen voor de kantonrechter, samen met de bijkomende omstandigheden in die zaak, reden was om het bewijs terzijde te leggen. Het ontslag op staande voet ging daarop van tafel, evenals ontbinding op de e-grond, waarna de kantonrechter ontbond op de g-grond.⁵⁷

4.2 Billijke vergoeding ontslagprocedures

Toch zijn deze recente uitspraken vooralsnog eerder uitzondering dan regel. Het is waarschijnlijker dat een werknemer in een ontbindingsprocedure een (hogere) billijke vergoeding krijgt toegekend, als blijkt dat de werkgever de privacy van de werknemer heeft geschonden door in strijd te handelen met de in paragraaf 3 van dit artikel besproken voorwaarden.⁵⁸ In een zaak waarbij de werkgever naar het oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden disproportioneel zware middelen had ingezet voor feitenonderzoek (o.a. het observeren en laten volgen van de werknemer, een track-and-tracesysteem, het onder een vals voorwendsel laten inleveren van telefoon en iPad), terwijl van noodzaak voor de inzet van deze monitoring niet was gebleken, kwam het hof tot het oordeel dat de werkgever ernstig verwijtbaar had gehandeld en een billijke vergoeding verschuldigd was.⁵⁹ De Rechtbank Amsterdam oordeelde in 2020 ten aanzien van een werkgever die de e-mailbox van een werknemer zonder toestemming had doorzocht en waarbij bleek van ongefundeerde verwijten, dat sprake was van een ernstige inbreuk op de privacy. De rechtbank wees een billijke

48 Hof Den Haag 13 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2020:2474. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 10 september 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2810.

49 Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1986, NJ 1987/451.

50 EHRM 9 januari 2018, JAR 2018/56 (*López Ribalda a.o.*). Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 14 november 2019, JAR 2019/308.

51 O.a. A.D. Putker-Blees, '(Pre-)employment screening: 'his past is your future', *ArbeidsRecht* 2007/54; D.J.A. Vesters, 'De AVG in het sollicitatieproces, een goed begin is het halve werk', *TRA* 2019/26.

52 J.W. van der Ree & F. Zuiderveen Borgesius, 'Werkgevers mogen gezondheidsgegevens wearables niet verwerken als 'vrije' toestemming ontbreekt', *Computerrecht* 2016/109; <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-verwerking-gezondheidsgegevens-wearables-door-werkgevers-mag-niet>.

53 H. de Vries, 'Nieuw licht op de elektronische schaduw', *TAP* 2014/360.

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

55 P.J. Huys, 'Onrechtmatig (verkregen) bewijs en de arbeidsrechtpraktijk', *ArbeidsRecht* 2020/35. Zie ook de in paragraaf 3.2. van dit artikel besproken uitspraak: Hof Den Haag 13 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2020:2474; Rb. Overijssel 15 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2409. Rb. Den Haag 4 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4978.

56 Ktr. Utrecht 16 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6071, JAR 2022/24.

57 Ktr. Den Haag 14 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:257.

58 Hof Den Haag 13 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3611.

59 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 februari 2017, RAR 2017/76.

vergoeding toe van bijna € 40.000, waarvan € 10.000 vanwege de privacy-schending.⁶⁰

4.3 Overige risico's

Naast bovengenoemde risico's loopt de werkgever die in strijd handelt met de in paragraaf 3.1 van dit artikel besproken voorwaarden, het risico dat de AP een sanctie oplegt.⁶¹ Tot op heden is de enige boete die in Nederland is opgelegd in verband met de schending van de privacy bij monitoring van werknemers, opgelegd aan een werkgever die ten behoeve van tijdsregistratie de werknemers verplicht liet uitklokken met een vingerafdruk.⁶²

Daarnaast kunnen werknemers in een ontslagprocedure of daarbuiten schadevergoeding vorderen van hun werkgever in verband met de schending van privacy op grond van artikel 82 AVG. Dat is tot op heden één keer met succes gebeurd, maar hield toen geen verband met de schending van voorwaarden omtrent monitoring.⁶³

5. Conclusie en aanbeveling

Het in dit artikel geschetste overzicht laat zien dat het wettelijk kader, en daarmee ook het toetsingskader, voor monitoring van gedrag van werknemers diffuus is. Dat leidt tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. De Laa heeft tegen deze achtergrond eerder de oproep aan de wetgever gedaan om gebruik te maken van de mogelijkheid die artikel 88 AVG biedt om nadere regels te stellen ter bescherming van de rechten en vrijheden met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens van werknemers in het kader van de arbeidsverhouding.⁶⁴ De AP heeft een soortgelijke oproep gedaan, zij het specifiek in het kader van monitoring van het gebruik van alcohol, drugs of geneesmiddelen op de werkvloer.⁶⁵ Wij sluiten ons hierbij aan en menen dat het zou bijdragen aan de rechtszekerheid, maar ook aan de bereidheid van werkgevers om, meer dan thans het geval is, rekening te houden met de privacy van werknemers, indien door de wetgever nader wordt uitgewerkt hoe de privacywet- en regelgeving in de arbeidsverhouding moet worden toegepast.

Zolang dat niet het geval is, verdient het in elk geval aanbeveling om als werkgever een monitoringbeleid op stellen waarin duidelijk wordt omschreven welke vormen van (heimelijke) monitoring plaats kunnen vinden en het monitoringsproces uiteen te zetten. Het monitoringbeleid dient in ieder geval de in paragraaf 3.1 benoemde aspecten te bevatten. Voor deze regeling dient de instemming van de or, dan wel vervangende toestemming van de kantonrechter, te worden verkregen. Daarnaast dient de werkgever

bij de toepassing van monitoring vanzelfsprekend steeds te toetsen aan de algemene privacy-normen. Gezien de recente rechtspraak kan voorzichtig worden geconcludeerd dat rechters in ontslagprocedures steeds vaker toetsen of de monitoring rechtmatig heeft plaatsgevonden en daaraan ook consequenties verbinden door het uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijs of door het opleggen van een (hogere) billijke vergoeding. Dit is wat ons betreft een extra reden voor werkgevers om monitoring zorgvuldig toe te passen.

60 Rb. Amsterdam 21 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3452.

61 Artikel 83 AVG e.v.; artikel 14 UAVG.

62 https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/boetebesluit_vingerafdrukken_personeel.pdf.

63 Rb. Amsterdam 6 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6490.

64 I.J. de Laat, 'Omzien en inzien: een roep om wetgeving over het monitoren van werknemers, alcohol- en drugstesten en het inzagerecht', *ArbeidsRecht* 2019/33.

65 <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/testen-op-alcohol-drugs-geneesmiddelen-tijdens-werk-tijd-alleen-met-wettelijke-regeling>.