



Annotatie, EHRM 5 oktober 2010 (zaak Köpke), *Nederlandse Jurisprudentie*, 2011-51, nr. 566, p. 5710-5712.

E.J. Dommering

1.

In deze zaak wordt de klacht van mevrouw Köpke (K.) uit Duitsland niet ontvankelijk verklaard. K. had in nationale instanties en bij het Hof erover geklaagd dat zij door verborgen camera's op haar werkplek (de drankafdeling van een supermarkt) was bespied en dat het aldus vergaarde beeldmateriaal was gebruikt in een procedure die tot haar ontslag had geleid. K. werd er namelijk van verdacht dat zij met de boekhouding sjoemelde en de gegrondheid van dit vermoeden werd gestaafd door de clandestien opgenomen beelden van haar 'faites et gestes' op haar hoekje van de werkvloer in de supermarkt.

2.

De beslissing dat de klacht kennelijk ongegrond is, steunt op een brede feitelijke en juridische motivering. Het Hof gaat nauwkeurig (onder verwijzing naar tal van precedentes in zijn rechtspraak) na of de inbreuk op K.'s privacy voldoende steun vond in het nationale recht en toetst nauwkeurig of het onderzoek van de Duitse rechters wel voldoende op specificiteit van de doelstelling, de proportionaliteit en de subsidiariteit van de interventie in het privéleven van K. gericht is geweest. Doorslaggevende elementen zijn: de clandestiene waarneming was gebaseerd op een specifiek vermoeden van onrechtmatig gedrag van een werknemer, de waarneming was in tijd en ruimte beperkt, de waarneming betrof het gedrag van K. *als werknemer*, de waarneming was noodzakelijk om bewijs te vergaren, toegang tot de beelden was beperkt tot de ingeschakelde privé detective en een aantal stafleden van de werkgever, en de beelden waren slechts gebruikt als bewijs in de ontslagprocedure.

3.

Afzonderlijke aandacht verdienen de overwegingen van het Hof over de wettelijke grondslag van het gebruik van de camera op de werkplek. Op het moment dat deze zaak speelde was de afdeling 32 van de Duitse Federale Wet Bescherming Persoonsgegevens nog niet in werking, maar omdat deze afdeling de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht codificeerde, oordeelt het Hof dat de jurisprudentie van dit Hof een voldoende wettelijke grondslag voor de inmenging in de privacy vormt. In de samenvatting van het nationale recht in de beslissing van het Hof wordt de inhoud van afdeling 32 als volgt omschreven:

‘Under paragraph 1 of section 32, an employee's personal data may be collected, processed or used for employment-related purposes where necessary for decisions regarding hiring or, after hiring, for carrying out or terminating the employment contract. Employees' personal data may be collected, processed or used to investigate criminal offences only under the following circumstances: if there is a documented, factual reason to believe that the data subject has committed a criminal offence in the course of his work; if the collection, processing or use of such data is necessary to investigate the criminal offence; if the employee does not have an overriding legitimate interest in ruling out the possibility of the collection, processing or use of such data, and, in particular, if the type and extent are not disproportionate to the aim pursued.’

4.

De overwegingen omtrent de wettelijke grondslag zijn daarom van belang, omdat dit raakt aan de rol en verantwoordelijkheid van de Verdragsstaat bij de naleving van de verdragsrechten, in het bijzonder artikel 8 van de Conventie, in de relatie tussen burgers. Het Hof schaaft de verantwoordelijkheid voor naleving van grondrechten in horizontale verhoudingen onder de positieve verdragsverplichtingen. Het vat onder 2 zijn jurisprudentie op dit punt samen:

‘The boundary between the State’s positive and negative obligations under Article 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 – and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation(...). The Court has found however, that in certain circumstances, the State’s positive obligation under Article 8 is only adequately complied with if the State safeguards respect to private life in the relations of individuals between themselves by legislative provisions providing a framework for reconciling the various interests which compete for protection in the relevant context.’

Het privacybelang kan dus in een bepaalde context van dusdanig gewicht zijn dat van de Staat kan worden gevergd dat hij een wettelijk kader schept waarbinnen het betrokken privacybelang (vooraf door de wetgever) tegen andere belangen wordt afgewogen. Het noemt onder meer de zaak K.U./Finland (EHRM 2 december 2008, appl. 2872/02, NJ 2009/470, m.nt. E.A. Alkema), waar het ging om de bescherming van minderjarigen tegen privacyschendingen op een dating-site op het internet, waartegen in Finland geen strafrechtelijke sancties bestonden. Het Hof vond dat een tekortschieten in de nakoming van de positieve verdragsverplichting: er had in dit geval strafrechtelijk gesanctioneerde wetgeving moeten zijn. In de onderhavige zaak zegt het Hof aan het slot dat het tevreden is gesteld door de benadering van de Duitse rechter, maar het voegt er omineus aan toe:

‘The competing interests concerned might well be given a different weight in the future, having regard to the extent to which intrusions into private life are made possible by new, more and more sophisticated technologies.’

5.

De WRR heeft in zijn rapport *iOverheid* (Amsterdam University Press 2011) klemmend de aandacht gevraagd voor het feit dat de overheid steeds meer databanken opstart en aan elkaar koppelt voor steeds diffusere controledoeleinden. Hij heeft daarvoor de instelling bij de Rijksoverheid bepleit van een *iCommissie*, een *iPlatform* en een *iAutoriteit* die er binnen het centrale overheidsbestuur op toe zouden moeten zien dat deze tendens in goede (privacy van de burgers adequaat beschermende) banen wordt geleid. De minister van Binnenlandse Zaken heeft de Tweede Kamer in een brief van 25 oktober 2011 (*Kamerstukken II* 2010/11, 26643, 211) laten weten de zorg van de Raad te delen, maar niets te voelen voor de instelling van al deze instanties. Hij bepleit wel een ‘bewustwording’ bij de overheid, onder verwijzing naar het juridische Europese toetsingskader. Dat is dus in de eerste plaats artikel 8 EVRM, maar dat zijn ook de artikelen 7 en 8 van het Europese Handvest. Maar wat vindt de minister van het invullen van positieve verdragsverplichtingen?

6.

Er is een voorstudie bij het WRR rapport van Paul de Hert die de verantwoordelijkheid van de overheid voor het voorkomen van privacyschendingen in horizontale verhoudingen benadrukt op grond van positieve verdragsverplichtingen (‘Systeemverantwoordelijkheid voor de informatiemaatschappij als positieve verdragsverplichting’, in: Dennis Broeders, Colette Cuijpers & Corien Prins [red], *De Staat van informatie*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011, p. 33-75). De minister hult zich op dit punt in zijn geciteerde brief in vaagheden: ‘Het is in de optiek van het kabinet dan ook onjuist om te denken dat de Nederlandse overheid in staat is alle risico’s die de iSamenleving met zich meebrengt, in de toekomst volledig te beheersen of daarop controle uit te oefenen.’

Volledige beheersing natuurlijk niet, maar wel een inventarisatie van situaties waarin het gewicht van het privacybelang in de betrokken context en de snel voortschrijdende informatietechnologie, een wettelijke regeling verlangt hoe de belangen af te wegen. Dat is de duidelijke boodschap uit de jurisprudentie (en dit arrest) van het Hof die in de brief van 25 oktober 2011 wordt genegeerd.

7.

Het heimelijke cameratoezicht op de werkplek en het gebruik van camerabeelden als bewijs in een ontslagprocedure was aan de orde in HR 27 april 2001, NJ 2001/421, m.nt. PAS, m.n. ro 3.7. De HR achtte het cameratoezicht en het gebruik van het bewijsmateriaal in het gegeven geval gerechtvaardigd, maar toetste wel aan artikel 8 EVRM. Dit arrest is gewezen voor de wijziging

van het Wetboek van Strafrecht door toevoeging van artikel 139f dat het maken van heimelijke camera opnamen op niet openbare plaatsen verbiedt, tenzij dit vooraf 'duidelijk kenbaar' is gemaakt. Voor het invoeren van cameratoezicht op de werkplek geldt in Nederland inmiddels ook dat dit is onderworpen aan een instemmingsrecht van de Ondernemingsraad van de betrokken onderneming (artikel 27 lid 1 sub l WOR). Over de vraag of het cameratoezicht 'duidelijk kenbaar' is als de Ondernemingsraad heeft ingestemd, zie F.C.A. v.d. Bult, 'Een stappenschema voor de rechtmatige toepassing van verborgen cameratoezicht', in: *Tijdschrift voor Recht en Arbeid (TRA)* 2009/34, m.n. literatuuropgave in noot 28. Afgezien van de betekenis van de 'duidelijke kenbaarheid' in 139f Sr, zolang de werkgever kan aantonen dat de vervulling van de delictsomschrijving van de artikelen 139f Sr in het concrete geval niet wederrechtelijk is (de eis voor strafbaarheid die met zoveel woorden in de delictsomschrijving is opgenomen), denk ik dat het materiaal als bewijs in een procedure kan worden gebruikt. (vgl. ook L.C. Roelofs, 'Verborgen cameratoezicht op de werkplek: straks nog toelaatbaar?', in: *ArbeidsRecht. Maandblad voor de praktijk*, 2003, p. 46 en in het zelfde blad R.E.G. Scheepstra & C.M. Estourgie 'Verborgen cameratoezicht op de werkplek: toelaatbaar?', jaargang 2006, p. 27). Een en ander zal moeten worden getoetst aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit van artikel 8 EVRM, zoals in dit arrest nader door het EHRM geëxpliciteerd. De vraag rijst wel of het probleem 'privacy op de werkplek' in het licht van de voortschrijdende IC technologie op den duur niet een duidelijke regeling in het recht op de arbeidsovereenkomst behoeft. Het speelt in toenemende mate ook voor email verkeer, email opslag en internet surfgedrag op de werkplek (zie daarover de zaak Copland, EHRM 3 april 2007, NJ 2007/617, m.nt. EJD).