

Mr. F.B.M. Olijslager

Vuistregels voor observatie door de rechter getoetst

De Privacygedragscode voor particuliere onderzoeksbureaus (PPO) is op 19 februari 2016 (wederom) voor een periode van vijf jaar goedgekeurd door de Autoriteit Persoonsgegevens.¹ Inmiddels heeft de rechter de PPO een aantal keren als toetskader genomen om te beoordelen of een particulier onderzoeksbureau zich hield aan de normen van de gedragscode. In dit artikel wordt ingegaan op drie uitspraken waarbij de vuistregels voor observatie zijn getoetst.

De Privacygedragscode van de Nederlandse Veiligheidsbranche stamt uit 2004 en is een praktische uitwerking van de eisen die de Wet Bescherming Persoonsgegevens stelt aan particuliere onderzoeksbureaus. In wettelijke bepalingen zoals de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus en het Burgerlijk Wetboek worden geen expliciete onderzoeksbevoegdheden aan particulier onderzoekers toegekend. In feite heeft de particulier onderzoeker bij het vergaren en analyseren van gegevens dezelfde mogelijkheden om de waarheid aan het licht te brengen en dezelfde plichten als iedere andere burger. De particulier onderzoeker moet zich aan de wet houden en kan niemand dwingen om medewerking te verlenen aan het onderzoek. In tegenstelling tot de burger geldt voor de particulier onderzoeker echter dat hij die onderzoeksmethoden en –middelen mag gebruiken die zijn opdrachtgever kan gebruiken, bijvoorbeeld uit hoofde van de contractuele relatie met de onderzochte persoon heeft. Een opdrachtgever kan geconfronteerd worden met situaties die kunnen rechtvaardigen dat hij een onderzoek instelt of laat instellen.

Inmiddels heeft de rechter de PPO aantal keren als toetsnorm genomen om te beoordelen of het particulier onderzoeksbureau zich hield aan de vuistregels voor observatie. In deze bijdrage worden een paar van deze uitspraken besproken.

Observatie

Observatie is het heimelijk gadeslaan van bepaalde personen, objecten en situaties ten einde informatie te vergaren en is een belangrijke onderzoeksmethode als er duidelijke aanwijzingen zijn dat iemand zich schuldig maakt of zal maken aan laakbaar en/of strafbaar handelen of indien er gereede twijfel is omtrent de juistheid en volledigheid van de feiten op grond waarvan een uitkering worden wordt verlangd of verleend. Observeren wordt bijvoorbeeld toegepast om vast te stellen of iemand bijklust tijdens voor dat doel geveinsde ziekte, om vast te stellen of iemand het overeengekomen concurrentiebeding schendt, ongeoorloofde nevenactiviteiten (al dan niet in werktijd) uitvoert of om vast te stellen dat iemand ten onrechte profijt trekt van een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Observatie kan worden onderscheiden in statische en dynamische observatie. Bij statische observatie wordt uitgegaan van het gadeslaan van (een) perso(o)n(en), goederen en/of situaties vanuit een bepaalde positie. Bij dynamische observatie gaat het om het volgen van de activiteiten van een bepaalde perso(o)n(en), goederen en/of situaties. Bij observatie kan sprake zijn van directe waarneming met het blote oog of met een zintuigversterkend middel als een verrekijker. Er kan ook gebruik worden gemaakt van indirecte

waarneming met technische hulpmiddelen als een camera's of plaatsbepalingapparatuur. In de PPO worden vuistregels gegevens voor deze veel gehanteerde onderzoeksmethode. Deze vuistregels zijn op haar beurt weer afgeleid van rechterlijke uitspraken.

Vuistregels voor observatie:

Observatie is een belangrijke onderzoeksmethode als er duidelijke aanwijzingen zijn dat iemand zich schuldig maakt of zal maken aan laakbaar en/of strafbaar handelen of indien er gerede twijfel is omtrent de juistheid en volledigheid van de feiten op grond waarvan een uitkering worden wordt verlangd of verleend en het voor de bewijspositie van de opdrachtgever van het onderzoeksbureau van belang is dat dit daadwerkelijk vastgesteld wordt. De observatie dient zich zo veel mogelijk te beperken tot die gedragingen die relevant zijn om de verweten gedraging vast te stellen. De volgende vuistregels zijn van belang:

- 1 Naarmate de observatie meer in het openbaar plaatsvindt, zal er minder snel van een inbreuk op de privacy sprake zijn en is observatie in beginsel toegelaten;
- 2 Indien de observatie – ook in het openbaar – langdurig en systematisch plaatsvindt is observatie slechts onder bijzondere omstandigheden toegestaan;
- 3 Particuliere onderzoeksbureaus moeten zich onthouden van observatie van personen indien deze personen verkeren in situaties, waarbij zij er aanspraak op moeten kunnen maken onbevangen zichzelf te zijn; en
- 4 Een rapport inzake observatie beperkt zich tot de waarneming van die gedragingen die relevant zijn voor de opdrachtgever.

Inbreuk op de privacy

Observatie kan een (ontoelaatbare) inbreuk maken op de privacy en kan aanleiding zijn om schadevergoeding te eisen van het onderzoeksbureau. De eiser stelt dan dat het onderzoeksbureau jegens hem een onrechtmatige daad gepleegd heeft. Vooral bij het observeren van personen in woningen kan het vrij snel gebeuren dat iemand wordt gadeslagen op een wijze waarop de geobserveerde “onbevangen zichzelf wil zijn” en “geen inmenging van anderen hoeft te dulden”. Anders gesteld: hij zou geen rekening hoeven te houden dat hij door anderen geobserveerd wordt. In de toelichting op de vuistregels voor observatie is het volgende aangegeven voor observatie in woningen: “Het gedurende enkele momenten met het blote oog vanaf de openbare weg gadeslaan van iemand die zich in een woning bevindt terwijl de ramen niet zijn afgeschermd, is geen ontoelaatbare inbreuk op de privacy”. Maar wat is precies “het gedurende enkele momenten” gadeslaan?

Whiplash

In een van de zaken waarbij de rechter toetste of de PPO juist was nageleefd betrof het de waarneming van iemand die tegen arbeidsongeschiktheid was verzekerd bij Klaverblad Schadeverzekeringsmaatschappij en aanspraak op de polis had gemaakt wegen een als gevolg van een hem overkomen auto-ongeval opgelopen whiplash.

Tijdens een comparitie over deze verzekeringsaanspraak viel het de verzekeraar op dat de fysieke gesteldheid van betrokkene niet overeen kwam met het klachtenbeeld dat door hem geschetst

was. Daardoor ontstond gerede twijfel over de juistheid en volledigheid van de verklaringen van betrokkene en daarop schakelde de verzekeringsmaatschappij een particulier onderzoeksbureau in. Het doel van de observatie was te bezien of eventuele fysieke activiteiten van betrokkene in overeenstemming zijn met zijn persoonlijke oordeel over de mate van arbeidsongeschiktheid. Tijdens de observatieperiode werd bovendien een anonieme melding ontvangen dat betrokkene werkzaamheden verrichtte bij een bedrijf. Door het onderzoeksbureau werd zijn auto daar gezien en ook dat er geen lichamelijke beperkingen waren in zijn functioneren. Ook werd gezien dat betrokkene thuis langdurig in een werkhouding achter een bureau zat. Vanwege de rapportage stemde de verzekeringsnemer in met een voor hem nadelige regeling en startte vervolgens een procedure tegen het recherchebureau. Hij verweet het recherchebureau onder meer dat deze observaties had verricht in en rond zijn woning en dat de observaties daarmee niet beperkt waren tot de openbare weg. Hij stelde dat inbreuk gemaakt was op diens privacy en dat dat onrechtmatig was. Als gevolg daarvan eiste hij een fikse schadebedrag.

De rechter beoordeelde het handelen van het onderzoeksbureau niet alleen tegen de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 van het Burgerlijk Wetboek, maar ook tegen de normen van de Wet bescherming persoonsgegevens, in het bijzonder de voor particuliere onderzoeksbureaus geldende PPO en de in deze gedragscode opgenomen vuistregels voor observatie. De rechter concludeerde dat betrokkene vanaf de weg geobserveerd is in zijn woning doordat de onderzoeker eenmaal in de drie uur langs de woning is gereden. Dat incidentele observeren vanaf de openbare weg in een woning achtte de rechter geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Verder oordeelde de rechter dat de duur en de intensiteit van de observatie dermate beperkt zijn gebleven dat daaruit niet volgt dat de onderzoeker een inbreuk op de privacy heeft gemaakt. Ook de gemaakte foto's van betrokkene tonen niets anders dan een willekeurige voorbijganger had kunnen zien. Ten overvloede zei de rechtbank nog dat het een verzekeraar vrij staat ter voorkoming van verzekeringsfraude een heimelijk persoonsgericht onderzoek te entameren als bij haar gerede twijfel bestaat ten aanzien van de juistheid van de feiten op grond van welke uitkering wordt verlangd. Alle vorderingen van betrokkene werden afgewezen en hij werd veroordeeld voor de proceskosten.ⁱⁱ De PPO was juist toegepast.

Onterechte alimentatie

Maar het kan ook anders. Niet lang geleden gaf iemand aan een recherchebureau opdracht om zijn ex-echtgenote en haar nieuwe partner te observeren. Het doel van de observatie was om vast te stellen of hij nog alimentatieplichtig was. De alimentatieplicht eindigt wanneer de alimentatiegerechtigde opnieuw in het huwelijk treedt, een geregistreerd partnerschap aangaat of is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd of als hadden zij hun partnerschap laten registreren. De ex-echtgenote als alimentatiegerechtigde betwistte dat er sprake was van "samenwonen met een ander als waren zij gehuwd" in de zin van art. 1:160 BW. In dat geval ontkomt de alimentatieplichtige – teneinde het bewijs van samenleven te kunnen leveren – bijna niet aan het (laten) observeren van de (woning van) de alimentatiegerechtigde en/of de vermoedelijke nieuwe partner. Voor het vaststellen van de samenwoonsituatie heeft het recherchebureau ruim tien maanden geobserveerd (110 uur, waarvan 20 uur de woning van de partner). Die observatie betrof zowel de ex-echtgenote als de woning van haar vermeende partner. De observatieverslagen gaven een (soms zeer) gedetailleerd verslag van de feitelijke handelingen die zijn ex en haar nieuwe partner in de woning verrichtten. Naar aanleiding van de

rapportage van bevindingen vorderde de partner van de alimentatiegerechtigde bij de rechter in kort geding dat het recherchebureau zich voortaan onthield van inbreuken op zijn persoonlijke levenssfeer. Voorts vorderde hij schadevergoeding (smartengeld). Hij onderbouwde zijn vordering door te stellen dat het recherchebureau – door gedragingen in de woning te observeren - in strijd had gehandeld met de PPO. Deze stelt immers dat particuliere onderzoeksbureaus zich moeten onthouden van observatie van personen indien deze personen verkeren in situaties, waarbij zij er aanspraak op moeten kunnen maken onbevangen zichzelf te zijn. De rechter concludeerde dat er sprake was van meer “dan het gedurende enkele momenten met het blote oog vanaf de openbare weg gadeslaan van iemand die zich in een woning bevindt”, hetgeen een niet toelaatbare inbreuk op de privacy opleverde. Vooruitlopend op een eventuele bodemprocedure kende de voorzieningenrechter aan de nieuwe partner van de alimentatiegerechtigde een immateriële schadevergoeding toe van 2500 euro. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de ex op basis van de onderzoeksbevindingen voor de toekomst heeft afgezien van verdere alimentatieclaims.ⁱⁱⁱ

Nog een keer onterechte alimentatie

In een andere zaak maakte een recherchebureau het volgens de rechter wel heel erg bont.^{iv} In deze zaak was het doel om voor de ex-partner van de alimentatiegerechtigde bewijs te vergaren ten behoeve van de inmiddels bij de rechtbank te Utrecht aanhangige procedure, waarbij de inzet van de ex-partner is om te worden ontheven van zijn verplichting om aan zijn ex-echtgenote levensonderhoud te verschaffen.

De ex-echtgenote vorderde in een aparte procedure dat de rechtbank voor recht zal verklaren dat het recherchebureau onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld.

De vrouw (alimentatiegerechtigde) werd langdurig en systematisch geobserveerd, zonder dat zij daar weet van had. Er werd tevens gebruik gemaakt van beelden die zijn opgenomen met een verborgen camera. Ook is een GPS-tracking systeem heimelijk op haar auto geplaatst. De vrouw werd tevens gevolgd bij (privé-)activiteiten buiten de woning.

De rechtbank stelt voorop dat “het op zichzelf niet onrechtmatig is om in een civiele procedure bewijs tegen een persoon te vergaren zonder dat die persoon zich daarvan bewust is. Bij alimentatiekwesties als de onderhavige kan niet altijd eraan worden ontkomen dat de alimentatiegerechtigde wordt geobserveerd. Bij de beoordeling van de gehanteerde onderzoeksmethoden geldt in de eerste plaats het beginsel van proportionaliteit, hetgeen wil zeggen dat het gekozen middel evenredig moet zijn aan het met de inzet van dat middel beoogde doel. In de tweede plaats geldt het subsidiariteitsbeginsel. Volgens dit beginsel dient van het gebruik van een zwaar middel te worden afgezien indien het doel ook op een minder ingrijpende manier bereikt kan worden.”

Verder zegt de rechtbank over de PPO: “Op zichzelf is het juist dat bedoelde code een normering inhoudt van de gedragingen van particuliere recherchebureaus, maar daarmee is niet gezegd dat handelen overeenkomstig de Privacygedragscode niet onrechtmatig kan zijn, meer in het bijzonder indien het handelen als een strafbaar feit kan worden gekwalificeerd. Aan de andere kant geldt dat handelen in strijd met de Privacygedragscode, gelet op de strekking daarvan, in beginsel wel onrechtmatig is jegens de geobserveerde persoon.”

Over de ingezette onderzoeksmethoden is de rechter niet te spreken. Met betrekking tot het plaatsen van het GPS-baken onder de auto van de ex-echtgenote heeft het recherchebureau onrechtmatig jegens de ex-echtgenote gehandeld. Het baken werd door een garage ontdekt tijdens onderhoudswerkzaamheden. Los van het feit of het plaatsen van een baken wel of niet is toegelaten oordeelde de rechter dat “niet overeenkomstig de Privacygedragscode is gehandeld nu het baken is aangebracht op een privéauto die -onweersproken- door [eiseres] niet bedrijfsmatig wordt gebruikt. Het recherchebureau heeft met het plaatsen van het GPS-baken een zeer vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van [eiseres] gemaakt, die bovendien niet evenredig is met betrekking tot het te bereiken doel”.^v

Met het plaatsen van verborgen camera's in de gemeenschappelijke hal van het appartementencomplex waar de ex-echtgenote woonde en waarin ook de vriend (met wie ze zou samenwonen) een appartement heeft in combinatie met het vervaardigen van beelden van personen met behulp van die camera's, heeft het recherchebureau zich volgens de rechter schuldig gemaakt aan het misdrijf van artikel 139f WvSr, hetgeen zonder meer onrechtmatig is. Ook het langdurig en systematisch volgen van de ex-echtgenote en haar vriend bij het verrichten van (privé)activiteiten buiten haar woning en het appartementencomplex kan niet worden gerechtvaardigd door het doel waarvoor de ex-echtgenote is geobserveerd en is daarom disproportioneel, aldus de rechter.

De rechtbank acht deze handelingen onrechtmatig en laat zich zeer expliciet uit. Zo zegt de rechtbank het “zorgwekkend te noemen dat een gewezen politieambtenaar als [gedaagde] zich niet (meer) ervan bewust is, dat hier door hem grenzen aanzienlijk zijn overschreden.” Het recherchebureau wordt veroordeeld tot het vergoeden van de schade op te maken bij staat.

Afrondend

De PPO heeft een ontwikkeling doorgemaakt van zelfregulering tot wettelijk kader waarlangs de rechter het handelen van het onderzoeksbureau beoordeelt. Uitspraken waarbij de normering uit de PPO getoetst zijn belangrijk voor de praktijk van het particulier onderzoek.

Onderzoeksbureaus en/of opdrachtgevers die voor de rechter gedaagd worden doen er om die reden verstandig aan de rechter in voorkomende gevallen expliciet te wijzen op het bestaan van de PPO. Dit heeft als gevolg dat de rechter de normering uit de PPO kan betrekken in diens oordeelsvorming over de al dan niet rechtmatigheid van de bewijsvergaring. Op deze wijze ontstaat een cyclisch proces waarbij de praktijk gebruik van kan maken van eerdere uitspraken om te bepalen of de voorgenoemde wijze van inzetten van een onderzoeksmethode- en/of -middel geoorloofd is.

ⁱ Na twee eerdere periodes van vijf jaar vanaf 13 januari 2004

ⁱⁱ Rechtbank Zutphen, 9 mei 2007, zaaknummer 79996/HA ZA 06-867, LJN: BB1491

ⁱⁱⁱ Rechtbank Haarlem van 16 juli 2009, 158424 / KG ZA 09-311, LJN: BJ3060

^{iv} Rechtbank Zutphen 13 december 2012, 131673 / HA ZA 12-287, LJN: BY6138

^v Op één punt slaat de rechter de plank naar mijn mening mis. Dat betreft diens oordeel over het gebruik van een GPS baken door recherchebureaus. De rechter zegt in rechtsoverweging 5.6:

“Een dergelijk bijzonder opsporingsmiddel mag door de politie niet worden ingezet, anders dan na voorafgaande toestemming van de rechter-commissaris in strafzaken. Een gewone burger [dus ook een recherchebureau] is dan ook niet toegestaan om een dergelijk middel in te zetten.”

De rechter miskent dat onderzoeken door recherchebureaus niet hebben te gelden als opsporing en hun handelen niet getoetst moet worden aan de bepalingen in het Wetboek van Strafvordering. In het civiele recht geldt een vrij bewijsstelsel. Bij het vergaren van bewijs in civiele procedures moeten recherchebureaus handelen “in overeenstemming met de wet, behoorlijk en zorgvuldig.” Deze norm is vastgelegd in art. 6 Wet bescherming persoonsgegevens. En zoals de rechter terecht zegt: de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit moeten in acht worden genomen. Het is op zich denkbaar dat “privé-voertuigen” bedrijfsmatig gebruikt worden. Denk aan iemand die in strijd met zijn concurrentiebepalingen werkzaamheden verricht en daarbij gebruik maakt van zijn eigen auto. Dan kan het plaatsen van een baken ondersteunend zijn aan de dynamische observatie.

Verder kan een baken naar mijn mening worden ingezet als zelfstandige onderzoeksmethode. Neem voor het verdere vervolg van mijn betoog de volgende casus als uitgangspunt:

Het betreft het vermoeden van onregelmatigheden door een chauffeur van een inzamelwagen van een afvalverwerkingsbedrijf. Naar aanleiding van signalen over illegaal laden van bedrijfsafval wordt een baken in de inzamelwagen (vuilniswagen/bedrijfswagen) van de opdrachtgever (zijnde gemeente) geplaatst. Na twee weken rijden wordt de verkregen informatie geanalyseerd. De week daarop volgt dynamische observatie op de te verwachten ophaallocaties, om zodoende te werken naar een heterdaadsituatie en daarmee een bevestiging van het vermoeden..

Eerst iets over GPS – Global Position System:

Met GPS kan systematisch data worden vergaard over de verplaatsingen van een voertuig van iemand in het publieke domein. Met behulp van GPS wordt door middel van ontvangen gegevens van satellieten en grondstations de nauwkeurige positie van een baken bepaald.

Door een reeks van positiepunten op te slaan, kunnen de routegegevens worden berekend en worden stoppunten vastgelegd. Het GPS softwaresysteem is gekoppeld aan een gedigitaliseerde topografische kaart, op basis waarvan meer informatie over de gereden route en de zeer waarschijnlijk bezochte locatie wordt verkregen.

In een zaak van het EHRM van 2 september 2010 tegen de staat Duitsland zei het EHRM over GPS surveillance: GPS kan worden gebruikt om een patroon van bewegingen van betrokkene op te stellen, zodat nader onderzoek kan worden gedaan naar de reden van het verblijf van betrokkene op bepaalde plaatsen.

In principe vormt het gebruik van GPS in het publieke domein een minder grote inbreuk op de persoonlijke levenssfeer dan een visuele observatie omdat het minder informatie onthult over de persoon zelf.

In de casus van het illegaal laden van afval wordt GPS in eerste instantie ingezet als zelfstandige onderzoeksmethode. Het gaat dan nog niet zo zeer over de gedragingen van de chauffeur, maar om het patroon van bewegingen van het voertuig vast te stellen. Op deze manier kan worden vastgesteld of met de bedrijven op de adressen waar de afvalauto stopt afvalcontracten zijn afgesloten en zo ja welke. De ernst van de vermeende misdraging rechtvaardigt het middel (proportioneel).