

Mr. F.B.M. Olijslager

Heimelijk cameratoezicht op werkplek

Met enige regelmaat gebruiken werkgevers en de namens hen opererende particuliere onderzoeksbureaus verborgen camera's om onrechtmatige gedragingen van personeel vast te leggen. Op basis van de bevindingen met de camera worden beslissingen genomen, zoals het beëindigen van een arbeidsovereenkomst. Een verborgen camera mag niet zomaar en de kans is groot dat de ontslagen werknemer aanvoert dat zijn privacy is geschonden en dat het bewijs onrechtmatig is verkregen. Ook loopt de werkgever het risico door het Openbaar Ministerie te worden vervolgd. Verder moet in overeenstemming met de AVG worden gehandeld. Hoe zit het precies en wat zijn de *do's and don'ts*?

Als een werkgever verneemt dat één van zijn werknemers zich schuldig maakt aan onoorbaar gedrag of wellicht zelfs aan strafbare feiten, brengen de eisen van goed werkgeverschap met zich mee dat een gedegen feitenonderzoek plaatsvindt voordat tot enige maatregel wordt besloten. Wie in het civiele recht stelt, moet ook bewijzen. Om een ontslag op staande voet te rechtvaardigen, moet de werkgever aannemelijk maken dat de werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstige misdrijving die een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt. Alleen een verdenking is onvoldoende om tot een negatieve beslissing te komen.

Verborgen camera

Soms kan een werkgever een vermeende misdrijving niet anders aantonen dan door een verborgen camera te plaatsen. Dat kan echter niet zonder meer. In ontslagzaken is uitgemaakt dat dit slechts aanvaardbaar is als er concrete aanwijzingen zijn dat iemand zich schuldig maakt aan ernstige misdrijvingen. Bij normale arbeidsverhoudingen begint een onderzoek naar aanleiding van vermeende onregelmatigheden met een gesprek met de werknemer zelf. Een onderzoek naar nog te beramen of te plegen misdrijvingen - wat gebeurt er en wie is erbij betrokken - is juridisch best complex. De werkgever moet zich namelijk niet alleen houden aan de regels van het 'goed werkgeverschap', maar ook aan een aantal bepalingen uit het publiekrecht. Met name op schending van die bepalingen wordt regelmatig door werknemers een beroep gedaan om het ontslag op staande voet ongedaan te krijgen.

Strafrecht

In het Wetboek van Strafrecht is een tweetal bepalingen opgenomen over cameratoezicht: de artikelen 139f en artikel 441b. De kern van beide bepalingen wordt gevormd door de plicht van de gebruiker van de camera(s) om de aanwezigheid duidelijk kenbaar te maken. De aanwezigheid van camera's kan op verschillende manieren kenbaar worden gemaakt. Dat kan door de camera's duidelijk zichtbaar op te hangen, door de monitoren in het zicht te plaatsen of door een mededeling te doen (aan het publiek) dat sprake is van cameratoezicht via een bord of een sticker (met een daartoe strekkende tekst of een pictogram). Artikel 139f is een misdrijf en heeft betrekking op personen die zich bevinden in woningen en andere niet voor het publiek toegankelijke plaatsen, terwijl artikel 441b betrekking heeft op de voor het publiek toegankelijke plaatsen. Beide delictomschrijvingen zijn van toepassing op het

vervaardigen van afbeeldingen. Onder het vervaardigen valt niet alleen een vastgelegde afbeelding op een gegevensdrager zodat deze reproduceerbaar is, maar ook een ‘eenmalige en tijdelijke beeldvorming anders dan op het netvlies van de toeschouwer’. Ook het uitsluitend monitoren van gebeurtenissen, zonder dat de beelden worden opgeslagen valt derhalve onder de strafbepalingen wanneer dit cameratoezicht niet kenbaar wordt gemaakt.

Enige tijd geleden is de gemeente Spijkenisse door de Rotterdamse rechtbank veroordeeld tot een fikse geldboete omdat zij haar medewerkers heimelijk met camera's had laten bespieden door een particulier recherchebureau. Zij had bij acht wijk- en jongerencentra verborgen camera's laten installeren om meer duidelijkheid over geconstateerde onregelmatigheden te kunnen krijgen. De gemeente had echter verzuimd de medewerkers in algemene zin te informeren dat zoiets zou kunnen gebeuren.ⁱ Bij de beoordeling van de zaak greep de rechter terug op de wetsgeschiedenis.

Wetsgeschiedenis

In de wetsgeschiedenisⁱⁱ bij de totstandkoming van de artikelen 139f en 441b werd door de minister van Justitie en Veiligheid gesteld dat camera's soms niet alleen zijn bedoeld om schadetoebrengend handelen te stoppen, maar ook om maatregelen te treffen tegen de persoon die daarvoor verantwoordelijk is. In zo'n geval is het ter plaatse aangeven van de aanwezigheid van een camera niet effectief. In dat geval kan de werkgever ook een heimelijke camera inzetten, doch - zo stelt de minister van Justitie en Veiligheid - onder de voorwaarde dat de visueel geobserveerde vooraf over het bestaan van deze mogelijkheid op duidelijke wijze in kennis is gesteld. Dit kan via een circulaire aan het personeel, waarin is omschreven onder welke omstandigheden de werkgever zich de mogelijkheid voorbehoudt om een (verborgen) camera in te zetten. In dat geval is geen sprake van een strafbaar feit, omdat aan het kenbaarheidsvereiste wordt voldaan.

Kenbaarheidsvereiste

Het kenbaarheidsvereiste is na de inwerkingtreding van beide strafbepalingen op 1 januari 2004 in meerdere uitspraken bevestigd, hoewel de jurisprudentie niet eenduidig is over de wijze waarop het verborgen cameratoezicht kenbaar moet zijn gemaakt. Zo kan het voor kassiers kenbaar gemaakt worden via een kassiersovereenkomst dat bij indiensttreding moet worden getekend en waarin expliciet de mogelijkheid van controle met verborgen camera's is opgenomen.ⁱⁱⁱ De jurisprudentie laat verder in het midden of de werknemers zelf moeten worden geïnformeerd of dat de werkgever kan volstaan door de ondernemingsraad in kennis te stellen.

In een concreet geval was op 17 juni 2005 aan de ondernemingsraad een concept protocol zichtbaar en onzichtbaar cameratoezicht overhandigd met het verzoek instemming te verlenen met de uitvoering van dit protocol. Het protocol bevatte ook een regeling voor het (tijdelijk) plaatsen van camera's in geval van verdenking van diefstal en fraude. Ter uitvoering daarvan was een verborgen camera geplaatst op 6 augustus 2005, terwijl de ondernemingsraad op dat moment nog geen instemming had verleend. De kantonrechter oordeelde dat aan het kenbaarheidsvereiste is voldaan indien het verborgen cameratoezicht in de vergadering van de OR is gemeld. Niet de instemming van de OR is van belang, maar of de OR met de plaatsing van de camera's bekend was.^{iv}

Om te voorkomen dat er discussie ontstaat of camera's voldoende kenbaar zijn gemaakt, kan ervoor worden gekozen om bij de ingang(en) van panden via een afbeelding en/of een tekst op een bordje of een pictogramsticker kenbaar te maken dat camera's aanwezig zijn. Iemand weet dan waar hij aan toe is voordat hij het pand of terrein betreedt. Een medewerker van de linnenkamer werd in het tehuis waarin zij werkte met een verborgen camera betrappt terwijl zij in een kleedruimte vijftig eurocent uit een jaszak van een collega pakte. De rechter stelde dat zij bekend was dat in het tehuis door middel van camera's toezicht werd gehouden. Uiteraard was het voor haar een verrassing dat er opeens ook een camera in de kleedkamer hing, maar dat maakt de bewijsvergaring (in elk geval civielrechtelijk) nog niet onrechtmatig.^v

Zaak verloren?

Is de zaak verloren als het (verborgen) cameratoezicht niet vooraf kenbaar is gemaakt? Nee, zo heet wordt de soep ook weer niet gegeten. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel bij de totstandkoming van 139f en 441b WvSr in de Eerste Kamer zijn door Kamerleden vragen gesteld over de reikwijdte van het bestanddeel 'wederrechtelijkheid' en het kenbaarheidsvereiste alsmede de relatie tussen beide bestanddelen. De Minister van Veiligheid en Justitie stelde dat "de wederrechtelijkheid als tegenhanger geldt van het gegeven dat het cameragebruik kenbaar moet zijn. Als het niet wederrechtelijk is, hoeft het niet kenbaar te zijn en als het wederrechtelijk is, moet het kenbaar zijn en dan is het niet strafbaar." (Stenogram Eerste Kamer 3 mei 2003, pagina 17 van 22). En op pagina 18 van 22: "Als het kenbaar is gemaakt, speelt het wederrechtelijk geen rol meer. Alleen in situaties waarin het niet kenbaar wordt gemaakt, is het aan de rechter om te beoordelen of er al dan niet sprake is van wederrechtelijkheid. Juist door genoemde bepalingen gelijk te trekken, leidt dat tot winst in de eenduidigheid van het criterium en de norm."

De werkgever is met andere woorden niet strafbaar indien het cameragebruik ofwel kenbaar gemaakt is, ofwel niet wederrechtelijk is. In situaties waarin het niet kenbaar wordt gemaakt, is het aan de rechter om te beoordelen of er al dan niet sprake is van wederrechtelijkheid. Dat betekent dat aan de jurisprudentie een belangrijke rol is toegekend in het bepalen van de reikwijdte van wat wederrechtelijk is. Bovendien heeft de rechter in civiele zaken een grote vrijheid in de waardering van het bewijs. Historische feitenvaststelling staat voorop: wat is er echt gebeurd?

Bij het beoordelen van de al dan niet wederrechtelijkheid kan de rechter een afweging van belangen maken, waarbij enerzijds het belang van de werkgever speelt om onrechtmatigheden in zijn onderneming op te sporen en anderzijds het belang van de werknemer om beschermd te zijn tegen inbreuken op diens privacy. In een concrete zaak werd een werkneemster betrappt die brieven met zeer kwetsende en dreigende taal in postvakjes van collega's stopte. Zij werd betrappt via heimelijk cameratoezicht en ontslagen aan de hand van de beelden. De werknemers waren niet geïnformeerd over cameratoezicht op de werkvloer. De ontslagen werkneemster werd al eerder verdacht en geschorst, maar ontkende in alle toonaarden. Omdat onverminderd briefjes werden gevonden en de onrust op de afdeling groter werd hing de werkgever verborgen camera's op, waarop te zien was hoe de werknemer de dreigbrieven in een kluisje van een collega's schoof. Daarmee stapte de werkgever naar de rechter met het verzoek de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

De werknemer stelde dat het bewijs onrechtmatig verkregen was. De rechter oordeelde dat dit

in beginsel inderdaad het geval was. De werkgever had het personeel immers van tevoren moeten inlichten op grond van artikel 139f van het Wetboek van Strafrecht. Vanwege de bewijsnood waarin de werkgever verkeerde concludeerde de rechter dat het opsporen van de dader dringend nodig was en belangrijker was dan de inbreuk op de privacy. Bovendien was het gebruik van de verborgen camera beperkt gebleven tot de ruimte waarin de kledingkasten stonden en is de werkgever niet verder gegaan dan strikt noodzakelijk. De werkgever heeft gehandeld met inachtneming van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en daarom mocht het videobewijs in deze procedure toch gebruikt worden. De werknemer is zonder toekenning van een vergoeding ontslagen.^{vi} Daarmee is geconcludeerd dat de werkgever niet ‘wederrechtelijk’ heeft gehandeld. Van overtreding van art. 139f was daarom geen sprake. Als de officier de werkgever in deze zaak zou hebben vervolgd, zou dat vermoedelijk tot vrijspraak hebben geleid.

Spijkenisse vs Groningen

Wat maakt deze zaak uit Groningen nu anders dan de zaak van Spijkenisse? In Spijkenisse is ‘wederrechtelijk’ gehandeld doordat de inzet van de camera’s ongericht plaatsvond tegen een groep personen, van welke personen slechts een zeer beperkt aantal als mogelijke verdachten konden worden aangemerkt. Daarnaast vond die inzet plaats in ruimten die in ieder geval in de betrokken periode van het verborgen cameratoezicht (voor een deel) dienst deden ten behoeve van bijeenkomsten in het kader van publiek beraad en besluitvorming (in casu GroenLinks) en daarom een plek was waar burgers zich onbespied mogen wanen. De gemeente Spijkenisse maakte gebruik van een particulier vergunninghoudend recherchebureau. De handelingen van dat bureau werden strafrechtelijk toegerekend aan de gemeente. Als het recherchebureau de Privacygedragscode van de Nederlandse Veiligheidsbranche juist had toepast zou de gemeente deze veroordeling vermoedelijk bespaard zijn gebleven.

Privacygedragscode

De Privacygedragscode van de Nederlandse Veiligheidsbranche is door de Minister van Justitie en Veiligheid algemeen verbindend verklaard voor alle vergunninghoudende particuliere recherchebureaus.^{vii}

Omdat de gedragscode op de Algemene Verordening Gegevensbescherming is gebaseerd, heeft deze ook een zekere reflexwerking op onderzoekshandelingen door anderen die niet vergunningplichtig zijn op grond van de Wet Particuliere Beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, zoals bedrijfsrecherchediensten. De sectornormering geeft de voorwaarden aan voor heimelijke onderzoekscamera’s, de zogenaamde vuistregels. De vuistregels zijn afgeleid van uitspraken van rechters in situaties dat de rechtmatigheid van de heimelijk gemaakte camerabeelden ter discussie werd gesteld.

De belangrijkste vuistregel is dat de verborgen camera alleen wordt ingezet in incidentele situaties als er concrete aanwijzingen zijn dat iemand zich schuldig maakt of heeft gemaakt aan ernstig onrechtmatig en/of strafbaar handelen. Verder is opgenomen dat de verborgen camera in principe niet wordt ingezet op plaatsen waar personen er aanspraak op moeten kunnen maken ongedwongen zichzelf te zijn. Nauwgezette naleving van de vuistregels van de Privacygedragscode maakt daarom het risico relatief klein dat de officier van justitie zal besluiten om over te gaan om een werkgever te vervolgen wegens overtreding van de

artikelen 139f of 441b van het Wetboek van Strafrecht.^{viii} Voor de civiele procedure betekent overigens strijd met de gedragscode of strafrecht niet zonder meer dat de beelden niet als bewijsmiddel mogen worden gebruikt. De rechter heeft ruimte om conflicterende grondrechten (bescherming eigendom versus privacy) tegen elkaar af te wegen.^{ix}

Ondernemingsraad

Voor camera's en toepassing van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) moet een verschil worden gemaakt tussen het algemeen onverholven cameratoezicht op het werk en verholven toezicht naar aanleiding van incidenten, waarbij de intentie bestaat om de veroorzaker op beeld vast te leggen ('de verborgen camera als onderzoeksmiddel'). Het algemeen onverholven cameratoezicht op de werkplek valt rechtstreeks onder het instemmingsrecht van de ondernemingsraad. In artikel 27 van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) is bepaald dat de ondernemingsraad instemmingsrecht heeft voor 'regelingen' inzake 'voorgenomen besluiten tot vaststelling, wijziging of intrekking van technologische voorzieningen die gericht zijn op of geschikt zijn voor waarneming van of controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties van de in de onderneming werkzame personen'. Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad is gekoppeld aan het begrip 'regelingen'. Het gaat daarbij om technologische voorzieningen die een meer algemeen en permanent karakter dragen en in beginsel op alle werknemers betrekking hebben (of op een of meer groepen daarbinnen). De parlementaire geschiedenis bij de wijziging van art. 27 van de WOR geeft aan dat een regeling de bedoeling heeft om voor langere tijd of met een zekere duurzaamheid te gelden in de onderneming. Het moet gaan om een regeling die herhaaldelijk van toepassing is.

Voor de duidelijkheid wordt opgemerkt dat het begrip 'regeling' niets te maken heeft met het feit of iets wel of niet op papier staat, in de zin van 'er is een protocol, dus er is een regeling'. Deze uitleg vloeit voort uit de parlementaire stukken bij de totstandkoming van de wijzigingen in art. 27 op 4 maart 1998. De uitleg van het begrip 'regeling' is een mooi voorbeeld waar de grammaticale betekenis en de juridische betekenis uit elkaar lopen. Als de lezer geen acht slaat op de parlementaire geschiedenis is de kans op verkeerde interpretaties levensgroot aanwezig. Dat neemt niet weg dat het verstandig kan zijn om in algemene zin met de ondernemingsraad van gedachten te wisselen over de inzet van dit technische hulpmiddel. Daarmee wordt voorkomen dat de ondernemingsraad zich gepasseerd voelt als bij hen geklaagd wordt naar aanleiding van een ontdekte verborgen camera. Ook is denkbaar dat de voorzitter van de ondernemingsraad achteraf vertrouwelijk wordt geïnformeerd dat de verborgen camera is ingezet.

Slim handelen

Een werkgever doet er verstandig aan een camerareglement op te stellen waarin alle vormen van cameratoezicht binnen de onderneming worden beschreven. In dat reglement kan tevens een omschrijving worden opgenomen van de omstandigheden dat de werkgever zich het recht voorbehoudt om een verborgen camera in te zetten (onderzoekscamera). Dat reglement kan met de ondernemingsraad worden besproken en voor zover vereist wordt instemming verzocht. Het camerareglement kan onderdeel zijn van een personeelsgids en/of kan op het intranet worden geplaatst. Door het camerareglement op een gemakkelijk toegankelijke wijze te publiceren op het intranet van de onderneming wordt tevens voldaan aan het kenbaarheidvereiste uit het Wetboek van Strafrecht.

Artikel 139f, onderdeel 1e luidt:

Met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft:

1°. Hij die, gebruik makende van een technisch hulpmiddel waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, opzettelijk en wederrechtelijk van een persoon, aanwezig in een woning of op een andere niet voor het publiek toegankelijke plaats, een afbeelding vervaardigt.

Artikel 441b luidt:

Met hechtenis van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft hij die, gebruik makende van een daartoe aangebracht technisch hulpmiddel waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, van een persoon, aanwezig op een voor het publiek toegankelijke plaats, wederrechtelijk een afbeelding vervaardigt.

Misverstanden

Misverstand 1: De ondernemingsraad heeft geen instemmingsrecht voor het incidenteel plaatsen van een verborgen camera. Het instemmingsrecht van de OR is gekoppeld aan het begrip ‘regelingen’. Voor een besluit dat betrekking heeft op een incidentele situatie is geen instemming vereist. Als het gaat om een breed onderzoek onder alle of een groot aantal werknemers kan wel sprake zijn van een regeling.^x

Misverstand 2: Er is geen voorafgaand onderzoek vereist door de Autoriteit Persoonsgegevens. Wel dient een werkgever voorafgaand aan de inzet van de verborgen camera een Data Privacy Impact Assessment (DPIA) uit te voeren.

DPIA

Een DPIA is een proces dat bedoeld is om een verwerking van persoonsgegevens te beschrijven die waarschijnlijk een hoog risico inhoudt voor de privacy van natuurlijke personen. Met een DPIA wordt de noodzaak en evenredigheid van het voorgenomen heimelijke cameratoezicht beoordeeld. En de daaraan verbonden risico's voor de privacy van natuurlijke personen worden ingeschat. Op basis daarvan moeten maatregelen genomen worden om de risico's te beheersen.

Is uit de DPIA naar voren gekomen dat de beoogde inzet van (verborgen) camera's een hoog privacyrisico oplevert? En lukt het niet om maatregelen te vinden om dit risico te beperken? Dan moet een werkgever met de Autoriteit Persoonsgegevens overleggen voordat het cameratoezicht start. Dit wordt een voorafgaande raadpleging genoemd.

De werkgever doet er verstandig aan om de uitgevoerde DPIA op te nemen in het onderzoeksdossier. Indien noodzakelijk kan het DPIA-document worden ingebracht in een rechtszaak om aan te tonen dat aan de vereisten van de Algemene Verordening Gegevensbescherming naar beste weten is voldaan.

De auteur van dit artikel heeft een template voor de DPIA opgesteld dat gedownload kan

worden op de website van de Nederlandse Veiligheidsbranche.^{xi}

Maart 2019.

ⁱ Rechtbank Rotterdam, 14 december 2007, 10/75518-06, ECLI:NL:RBROT:2007:BC0274

ⁱⁱ Kamerstukken 27 732, Nota naar aanleiding van het nader verslag, nr. 7

ⁱⁱⁱ Kantonrechter Haarlem 24 mei 2006, zaaknummer. 309644 VV expl 06-113, ECLI:NL:RBHAA:2006:AX7687

^{iv} Kantonrechter Zwolle (Voorzieningenrechter) 11 november 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AU6058

^v Rechtbank Haarlem, 25 november 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AU5582

^{vi} Rechtbank Groningen, 4 april 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BC8703

^{vii} Algemeen verbindendverklaring via art. 23a van de Regeling particuliere beveiligingsorganisaties

^{viii} In voorkomende gevallen waarin de officier van justitie besluit om iemand voor dit artikel te vervolgen dient hij/zij – vrij vertaald- de volgende bestanddelen te bewijzen:

- er moet gebruik gemaakt worden van een technisch hulpmiddel
- dat niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt
- waarmee opzettelijk een afbeelding van een persoon is vervaardigd
- terwijl dat wederrechtelijk is.

Als één van deze bestanddelen niet bewezen kan worden volgt vrijspraak.

^{ix} Zie bijvoorbeeld HR 27 april 2001, NJ 2001, 421

^x Volgens kamerstukken Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 615, nummer 3, pagina 43 omdat het begrip regeling: “Een ondernemersbesluit van algemene strekking waarbij een duurzame voorziening wordt ingevoerd; een besluit derhalve dat de bedoeling heeft voor langere tijd of met een zekere duurzaamheid te gelden in de onderneming.”. Zie voor een bevestiging in de rechtspraak van dit standpunt van de wetgever: Centrale Raad van Beroep, 2 oktober 2003, zaaknummer 03/1586 AW (Volgens de Centrale Raad van Beroep kan het incidenteel en op basis van concrete aanwijzingen instellen van een gericht onderzoek naar de verblijfplaats van een werknemer tijdens werktijd niet worden aangemerkt als het treffen van een regeling in de zin van de WOR)

^{xi} https://www.veiligheidsbranche.nl/home_kenniscentrum_nl.html?kbald=334 De template is tevens te downloaden op: <https://securityenrecht.webs.com/particulieronderzoek.htm>