



Universiteit
Leiden
The Netherlands

EHRC 2018/3 Noot bij Barbulescu tegen Roemenië II - recht op privacy

Haar, B.P. ter

Citation

Haar, B. P. ter. (2018). EHRC 2018/3 Noot bij Barbulescu tegen Roemenië II - recht op privacy. *European Human Rights Cases*, 19(1), 6-10. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/67871>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/67871>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Commentaar Barbulescu II

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

5 september 2017, nr. 61496/08

(Raimondi (President), Nußberger, Lazarova Traikovska, López Guerra, Băinbu, Karakaş, Vučinić, Potocki, Lemmens, Dedov, Kjølbros, Mits, Harutyunyan, Mourou-Vikström, Ravarani, Bošnjak, Eicke)

Noot: B.P. ter Haar

Recht op privacy, Bescherming van correspondentie op de werkplaats, Positieve plicht lidstaat

[EVRM art. 8; EVRM art. 43; Richtlijn 95/46/EG art. 29; WG art. 29 Opinion 8/2001]

Op 12 januari 2016 heeft het EHRM uitspraak gedaan in de zaak Barbulescu tegen Roemenië. Niet tevreden met de uitkomst van die uitspraak heeft Barbulescu op 12 april 2016 op grond van art. 43 EVRM de Grote Kamer verzocht zijn zaak in behandeling te nemen. Op 6 juni 2016 heeft het panel van de Grote Kamer dit geaccepteerd en op 5 september 2017 stonden partijen opnieuw tegenover elkaar in de rechtszaal. Inhoudelijk gaat de zaak om het recht op privacy op de werkplek. De werkgever van Barbulescu voerde een 'zero tolerance' beleid ten aanzien van het gebruik van internet voor privé doeleinden. Als onderdeel van dit beleid heeft werkgever het internetgebruik van Barbulescu gemonitord. Hieruit bleek dat Barbulescu zijn Yahoo account ook voor privé doeleinden had gebruikt. Ter discussie staat of de werkgever het internet gedrag van Barbulescu wel had mogen monitoren. In eerste instantie oordeelde het EHRM dat dit het geval was. De Grote Kamer komt tot een andere conclusie. Ten eerste formuleert de Grote Kamer een aantal regels waar het monitoren door de werkgever aan moet voldoen. Vervolgens beoordeelt de Grote Kamer de monitoring in het onderhavige geschil aan de hand van die criteria en komt tot de conclusie dat deze daar niet aan voldeed. De Grote Kamer kon met name niet achterhalen op welk moment Barbulescu werd geïnformeerd over het monitoren van zijn emails: vlak ervoor, tijdens of erna. Daarnaast concludeerde de Grote Kamer dat de nationale gerechten geen rekening hadden gehouden met het feit dat Barbulescu niet was geïnformeerd over de aard en de diepgang van de monitoring en de mate van indringing daarvan in zijn privé leven. Ook hadden de nationale gerechten nagelaten te overwegen of er op een minder indringende wijze gemonitord had kunnen worden. De eindconclusie is dan ook dat het Barbulescu's recht op privacy is geschonden.

In hun gezamenlijke dissenting opinion gaan rechters Raimondi, Dedov, Kjølbros, Mits, Mourou-Vikström en Eicke nader in op het feit dat het Roemeens recht verschillende remedies biedt waar Barbulescu een beroep op had kunnen doen die niet zijn onderzocht door de Grote Kamer. Het hoofdpunt is echter dat zij van mening zijn dat de nationale gerechten weldegelijk juist hebben gehandeld binnen de kaders van het Roemeens recht die zijn opgesteld binnen de margin of appreciation die de lidstaten genieten. Ten slotte wijzen zij nog op het element wederzijds vertrouwen dat ten grondslag ligt aan de arbeidsrelatie. Barbulescu had dit geschonden. Hun conclusie is dan ook dat het recht op privacy zoals neergelegd in art. 8 EVRM niet is geschonden.

Barbulescu

tegen

Roemenië

Noot

1. De zaak Barbulescu is niet nieuw voor het EHRM. Op 12 januari 2016 deed het Hof, *fourth section, sitting as a Chamber*, al uitspraak in deze zaak. Met een beroep op Art. 43 EVRM heeft Barbulescu

op 12 april 2016 verzocht de zaak door te verwijzen naar de Grote Kamer. Op 5 september 2017 heeft het Hof, *sitting as a Grand Chamber*, opnieuw uitspraak gedaan in deze zaak.

2. Op grond van Art. 43 EVRM kan een partij binnen drie maanden na de uitspraak van een kamer een verzoek indienen om de zaak te verwijzen naar de Grote Kamer. Het moet dan wel gaan om een uitzonderlijk geval. Een college van vijf rechters van de Grote Kamer aanvaardt een dergelijk verzoek 'indien de zaak aanleiding geeft tot een ernstige vraag betreffende de interpretatie of toepassing van het Verdrag' dan wel een ernstige kwestie van algemeen belang (Art. 43, lid 2 EVRM). Wat wordt besproken door het college van vijf rechters is geheim en er is vrijwel geen indicatie van wanneer iets 'ernstig' genoeg is om door de Grote Kamer te worden behandeld (Jacobs, White and Ovey, *The European Convention on Human Rights*. Oxford: OUP 7th ed.). Slechts een relatief klein aantal zaken wordt ernstig genoeg gevonden om door de Grote Kamer te worden behandeld (*idem*, 19; van 151 zaken werden slechts 14 zaken door de Grote Kamer behandeld in 2016). In de zaak *Barbulescu* lijkt het redelijk veilig om te speculeren wat de zaak ernstig genoeg maakte. Rechter Pinto de Albuquerque heeft namelijk een vrij stevige en naar mijn mening goed onderbouwde, afwijkende mening gegeven over de zaak waarin op 12 januari 2016 uitspraak is gedaan door het Hof (zie voor mijn bespreking van deze uitspraak: *European Human Rights Cases 2016/ aflevering 5*).
3. Eén van de punten waar Pinto de Albuquerque in zijn afwijkende mening op inging is de formulering van het belang van de werkgever tegenover het grondrecht van de werknemer. Pinto de Albuquerque wees in dit kader op een vermenging van de bevoegdheid die de Roemeense wetgever de werkgever biedt om te monitoren en monitoring als onderdeel van het algemene instructierecht inherent aan het werkgeverschap. Bij een nauwkeurige lezing van Art. 8, lid 2 EVRM is het de vraag nog maar of de tweede situatie hier wel onder valt, terwijl dit voor de eerste situatie duidelijker het geval zal zijn. Het lijkt een semantische discussie, maar is het zeker niet. Mijn inziens beredeneert Pinto de Albuquerque terecht dat het monitoren van internetactiviteiten van werknemers niet zonder meer onder de discretionaire (instructie)bevoegdheid van de werkgever. De werkgever kan wel een recht op monitoren hebben, maar dan is dit ter controle van de naleving van een contractuele verplichting. Een dergelijk doel kan een inbreuk op het recht op privacy rechtvaardigen, omdat dit noodzakelijk is in een democratische samenleving in het belang van bijvoorbeeld het economisch welzijn, of ter voorkoming van wanordelijkheden. Niet dus omdat de werkgever een eigenstandig belang heeft tegenover het recht van de werknemer, zoals vaak wordt voorondersteld. Ik hecht eraan dit nog eens te herhalen, omdat het EHRM hier ook deze keer niet op ingaat.
4. Dat de benadering van Pinto de Albuquerque meer dan een semantische discussie is blijkt ook als je dit plaatst in het systeem van het EVRM en de werking van grondrechten in het algemeen. De klassieke functie van grondrechten is dat deze burgers beschermen tegen inmenging door de overheid. Alleen onder strikte voorwaarden zijn beperkingen van grondrechten, zoals het recht op privacy, toegestaan. Soms echter moet de overheid optreden om grondrechten een reële betekenis te geven. Bijvoorbeeld de vrijheid van vereniging en het recht op collectief onderhandelen vergen bepaalde voorzieningen zodat ze ook daadwerkelijk uitgeoefend kunnen worden. Daarnaast kan het zijn dat als een overheid niets doet het grondrecht van een individu kan worden uitgehold door een andere particuliere entiteit. Bijvoorbeeld als de werkgever onbeperkt en ongereguleerd het internetgebruik van zijn werknemers kan monitoren. De plicht om in deze situaties iets te ondernemen wordt ook wel aangeduid met 'positieve verplichting' van een overheid (zie hierover uitbreider A.J. Nieuwenhuis, M. de Heijer, en A.W. Hins,

Hoofdstukken Grondrechten, Ars Aequi Libri, 4^e druk 2017). Wat betreft art. 8 EVRM heeft het EHRM herhaalde malen bevestigd dat de overheid ten aanzien van dit recht een positieve plicht heeft. Wil een werkgever dus het internetgebruik van zijn werknemers monitoren, dan kan dit op basis van de mogelijkheden die de wetgever hem hiertoe biedt en niet omdat het een inherent onderdeel is van zijn instructierecht. Dit brengt mee dat de nationale wetgeving moet voldoen aan de eisen van art. 8 EVRM en niet slechts een weging kan inhouden tussen de belangen van de individuele werknemer enerzijds en die van de werkgever anderzijds.

5. Aangezien geen van beide partijen op dit onderdeel is ingegaan, is het begrijpelijk dat de Grote Kamer niet op dit punt ingaat. In het kader van zowel de negatieve als de positieve plicht die een staat heeft om het recht op privacy te beschermen overweegt de Grote Kamer wel in hoeverre Roemenië had moeten optreden om het recht op privacy te waarborgen (par. 110). Daarbij merkt het Hof op dat de maatregelen van de werkgever weliswaar niet direct resulteren uit inmenging door de overheid, maar deze laatste hoeft ook pas op te treden als de handelingen waarover wordt geklaagd het gevolg zijn van het falen door de overheid om een recht te beschermen (par. 110). In dit geval geven de feiten aanleiding om in het kader van de positieve verplichting te onderzoeken in hoeverre de staat had moeten optreden (par. 111 en 112). Met andere woorden: was in onderhavige situatie de staat verplicht om een juridisch kader te creëren ter bescherming van het recht op privacy in de situatie van een professionele relatie tussen werknemer en werkgever? (par. 116) In dit kader herhaalt het Hof dat arbeidsrecht in het algemeen ruimte laat aan partijen voor onderhandelingen over het arbeidscontract (naar analogie: *Wretlund t. Zweden* (dec.), EHRM 25 april 1996, nr. 46210/99; *Gustafsson t. Zweden*, EHRM 25 april 1996, § 45, *Reports* 1996-II; en *Demir en Baykara t. Turkije*, EHRM 12 november 2008 (GK), nr. 34503/97). Voorts merkt het Hof op dat er binnen Europa weinig consensus bestaat over dit onderwerp en dat slechts een aantal lidstaten het recht op privacy op de werkplek heeft gereguleerd (par. 118). Uitgangspunt voor het Hof is daarom dat staten een ruime beoordelingsvrijheid hebben (par. 119), maar dat deze ook weer niet ongelimiteerd is (par. 120). De nationale overheid dient er voor te zorgen dat maatregelen van de werkgever om te monitoren voorzien zijn van voldoende waarborgen om misbruik te voorkomen (par. 120; met verwijzingen naar: *Klass en anderen t. Duitsland*, EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71; en *Roman Zakharov t. Rusland*, EHRM 4 december 2015 (GK), nr. 47143/06).
6. De beperkingen van de beoordelingsvrijheid van de staten om al dan niet op te treden zit hem in het voldoende bieden van bescherming waarbij proportionaliteit en procedurele bescherming tegen arbitrair optreden van de werkgever van essentieel belang zijn (par. 121). Ter beoordeling daarvan dienen nationale autoriteiten een zestal factoren in ogenschouw te nemen. Kort samengevat zijn dit:
 - (i) Is de werknemer geïnformeerd over de aard van het monitoren en is dit gebeurd voorafgaand aan het monitoren;
 - (ii) De reikwijdte van de monitoring en de mate van inbreuk op de privacy van de werknemer;
 - (iii) Of de werknemer een legitiem doel heeft voor het monitoren en het lezen van de inhoud. Dit laatste maakt per definitie een grote inbreuk op het recht op privacy en dus moet het doel zwaarwegend zijn;
 - (iv) Of monitoring in een minder vergaande manier mogelijk zou zijn geweest te beoordelen aan de hand van de omstandigheden van het geval;
 - (v) De gevolgen van de monitoring voor de werknemer en of deze in relatie staan tot het doel van de monitoring;

(vi) Of de werknemer voldoende beschermd was tegen het monitoren door de werkgever, met name ter voorkoming dat de werkgever de inhoud van de berichten inziet.

7. Alvorens deze criteria te beschouwen in de situatie van Barbulescu eerst nog een paar woorden over 'nationale autoriteiten'. De Grote Kamer gebruikt hier nadrukkelijk niet de werkgever. Vraag is wat hier dan mee wordt bedoeld. Uit de voorgaande overwegingen van de Grote Kamer kan worden opgemaakt dat dit in elk geval de werkgever omvat. In de specifieke context van het arbeidsrecht lijken hier ook sociale partners onder te vallen aangezien zij als onderdeel van de collectieve onderhandelingen dit ook zouden kunnen regelen. Dergelijke vrijheid past bij landen die een sterke traditie in het collectieve arbeidsrecht hebben, zoals Denemarken. 'Nationale autoriteiten' lijkt ook te slaan op de rechterlijke macht. In die zin dat als de werkgever (of sociale partners) niet hebben voorzien in een regeling, de rechter de handelingen van de werkgever aan de hand van deze criteria moet beoordelen. Daarmee heeft de Grote Kamer een sterk kader neergezet.
8. Dit kader toegepast op de situatie van Barbulescu komt de Grote Kamer tot het oordeel dat de nationale gerechten met name hadden nagelaten te onderzoeken of de werkgever Barbulescu voorafgaand aan het monitoren had geïnformeerd over de mate waarin en de wijze waarop zijn email zou worden gemonitord. Er was slechts vastgesteld dat Barbulescu was gewaarschuwd zijn Yahoo-account niet voor privéberichten te gebruiken en wat de mogelijke consequentie zou zijn indien de werkgever zou uitvinden als hij dat wel zou doen (par. 133). Ook hadden de nationale gerechten onvoldoende onderzocht wat de legitieme redenen waren voor de werkgever om te monitoren. Het argument dat dit nodig was om schade aan IT-systemen te voorkomen werd door het EHRM als te theoretisch afgedaan, omdat er geen aanwijzingen waren dat de Barbulescu het bedrijf aan dergelijke risico's had blootgesteld (par. 135). Daarbovenop oordeelde het EHRM dat de nationale gerechten onvoldoende hadden onderzocht of de werkgever ook had kunnen monitoren op een wijze die minder inbreuk maakte (par. 140). De conclusie van het EHRM is derhalve dat de nationale autoriteiten, met name de gerechten, het recht op privacy van Barbulescu onvoldoende hebben beschermd.
9. Met zijn beoordeling is de Grote Kamer niet zo streng als Pinto de Albuquerque was in zijn afwijkende mening. Wellicht was dat ook niet te verwachten en realistisch. Zoals het Hof terecht uiteen zet, hebben maar weinig staten wetgeving op dit gebied en voor zover die er is lijkt er weinig consensus te bestaan over wat daarin moet worden geregeld. Dat dit het geval is blijkt ook uit de gezamenlijke *dissenting opinion* van rechters Raimondi, Dedov, Kjølbro, Mits, Mourou-Vikström en Eicke die van oordeel zijn dat het kader geboden door Roemenië en de toepassing daarvan door de nationale gerechten geen strijd opleveren met art. 8 EVRM. Het gebrek aan consensus mag dan wel bestaan tussen een groot deel van de leden van de Raad van Europa, maar de lidstaten van de Europese Unie ligt dit misschien wat anders vanwege de privacy richtlijn (Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens). Deze richtlijn legt allerlei, met name procedurele, verplichtingen op ten aanzien van het omgaan met persoonsgegevens. Op grond van art. 29 van deze richtlijn is een werkgroep opgezet die zich onder meer bezig heeft gehouden met het monitoren door een werkgever van emails van werknemers. De art. 29-werkgroep overweegt in zijn Opinion 8/2001 onder meer dat het onder uitzonderlijke omstandigheden noodzakelijk kan zijn om emails van werknemers te monitoren of zelfs in te zien. Als monitoring noodzakelijk is, dan stelt de werkgroep

dat dit proportioneel moet zijn ten aanzien van het legitieme doel van de werkgever en informatie verworven of gebruikt in de monitoring moet adequaat, relevant en niet excessief zijn (Opinion 8/2001, p. 4). De factoren die de Grote Kamer in deze uitspraak heeft geformuleerd lijken op deze punten te zien. Hoewel dit dus tot meer consensus zou moeten leiden, blijkt dit een verraderlijke aanname te zijn getuige de gezamenlijke afwijkende mening in deze zaak.

10. Ten slotte wil ik graag nog in gaan op een punt waarin deze uitspraak van de Grote Kamer opvallend lijkt af te wijken van die van de gewone kamer op 12 januari 2016. De einduitkomst van de uitspraak op 12 januari 2016 impliceerde dat de werkgever de privésfeer volledig zou kunnen verbannen van de werkvloer. Een strikte scheiding dus tussen werk en privé, met name tijdens werktijd. In de uitspraak van 5 september 2017 merkt de Grote Kamer bijna terloops op dat instructies van de werkgever er niet toe kunnen leiden dat het private sociale leven tot nul wordt gereduceerd op de werkplek (par. 80). Dit zou geïnterpreteerd kunnen worden als zijnde dat de werkgever moet accepteren dat er tijdens werktijd iets aan tijd besteed wordt aan privé aangelegenheden. Eigenlijk is dit niet nieuw. Hoe snel en gemakkelijk worden er niet even berichtjes gewisseld, per app, sms of in een telefoongesprek, over bijvoorbeeld de boodschappen of wie welk kind ophaalt van school of naar een sportclub brengt. Het terloops uitwisselen van een liefdesuiting, hoe uitgebreid, beeldend en diepgaand deze is, hoort daar wellicht ook bij en dient de werkgever gewoon te dulden.
11. Op zich is dit dus niet nieuw, alleen zijn de manieren voor dergelijke contactmomenten en het aantal contactmomenten in het internettijdperk wel enorm toegenomen. Hoewel hier geen statistische gegevens over zijn (althans, ik kon ze niet vinden), is het wel goed voor te stellen. De smartphone heeft ons een soort van contact-ziek gemaakt. Daarmee bedoel ik dat we continu (de aandrang hebben om) berichtjes (te) checken in mail (zakelijk en privé), op facebook, op whatsapp, sms, linked-in, enzovoorts, enzovoorts. Via pop-ups en meldingen worden we er ook attent op gemaakt dat we een berichtje hebben ontvangen en dat er een reactie wordt verwacht en vaak nog snel ook. Ongemerkt kan hier veel kostbare internetdata en werktijd aan verloren gaan.
12. Moet de werkgever dit ongelimiteerd dulden? In de woorden 'reduceren tot nul' zit al verpakt dat de werkgever het mag inperken. De vraag is echter wanneer en om welke reden (legitiem doel)? In de zaak Barbulescu ging het om enkele berichtjes die de werkgever al teveel vond, maar wanneer zijn het er echt teveel: twee, tien, twintig, honderd? Het Hof laat zich hier niet over uit, maar, mocht de werkgever een aanleiding hebben die het noodzakelijk maakt om over te gaan tot het monitoren van het internetgebruik van een werknemer, dan heeft het EHRM deze keer wel duidelijke factoren benoemd die van belang zijn bij de waarborging van het privacy recht van de werknemer. Heeft de wetgever deze factoren niet uitgewerkt in een wettelijk kader, dan is het op zijn minst aan de nationale rechter om deze bij de beoordeling van de feiten mee te nemen.

B.P. ter Haar, universitair docent internationaal en Europees arbeidsrecht, Universiteit Leiden