

246

O.D. t. Bulgarije

Europees Hof voor de Rechten van de Mens
10 oktober 2019, 34016/18,
ECLI:CE:ECHR:2019:1010JUD003401618
(Nußberger (President), Yudkivska, Grozev,
O'Leary, Mits, Hüseyinov, Chanturia)

Recht op leven. Verbod van onmenselijke of vernederende behandeling. Recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel. Syrische vluchteling. Uitzetting. Bedreiging nationale veiligheid.

[EVRM art. 2, 3, 13]

Klager is afkomstig uit Syrië en heeft daar een tijd in het Syrische leger gevochten. Nadat hij bevoerdelijk is gedeserteerd in 2012, vertrok hij in 2013 eerst naar Turkije en van daaruit naar Bulgarije, alwaar hij tweemaal een asiolverzoek heeft ingediend. Beide verzoeken werden afgewezen en klagers uitzetting werd bevolen omdat hij een bedreiging voor de nationale veiligheid zou vormen. Klagers beroepen tegen deze beslissing sorteerden geen effect.

Voor het EHRM stelt klager dat zijn uitzetting naar Syrië in strijd zou komen met art. 2 en 3 EVRM. Het Hof stelt voorop dat dit soort kwesties staten met lastige problemen confronteert, gelet op hun wens om terrorisme te bestrijden. Tegelijkertijd is van belang dat het Hof in eerdere zaken al heeft vastgesteld dat de algemene veiligheidssituatie in Syrië zodanig is, dat een uitzetting naar die staat in strijd zou komen met art. 2 en 3 EVRM. Een hernieuwde beoordeling van die situatie in het licht van de omstandigheden zoals die zijn ten tijde van de onderhavige zaak maakt dat niet anders; de omstandigheden zijn in de periode waarin klager in Bulgarije heeft verbleven zelfs nog sterk verslechterd. Klager vreesde bovendien voor extra gevolgen omdat hij was gedeserteerd. Uit de oordelen van de nationale rechters is niet gebleken dat die bewering niet geloofwaardig werd bevonden. Het Hof wijst daarbij ook op de praktijken van executie, willekeurige detentie en mishandeling van gedeserteerde individuen. Klager kon dan ook niet veilig terugkeren naar Syrië, ongeacht de regio waarom het zou gaan. Uitzetting zou dan ook in strijd komen met art. 2 en 3 EVRM.

Het Hof constateert daarnaast een schending van art. 13 EVRM omdat de procedure die klager heeft gevoerd over de vluchtelingenstatus hem niet kon beschermen tegen mogelijke uitzetting. Bovendien heeft het Hof bezwaar tegen het feit dat de procedure toeliet dat overwegingen rondom de nationale veiligheid zwaarder konden wegen dan overwegingen over de risico's voor klager in het licht van de ernstige situatie in Syrië.

O.D.
tegen
Bulgarije

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

247

López Ribalda e.a. t. Spanje

Europees Hof voor de Rechten van de Mens
17 oktober 2019, 1874/13 en 8567/13,
ECLI:CE:ECHR:2019:1017JUD000187413
(Sicilianos (President), Raimondi, Nu Berger, Spano, De Gaetano, Kjølbros, Turković,
Karakas, Yudkivska, Potocki, Pejchal,
Vehabović, Grozev, Mits, Kucsko-Stadlmayer,
Hüseyinov, Elósegui)
Noot B.P. ter Haar

Grote Kamer. Recht op privacy. Heimelijk cameratoezicht. Onrechtmatig verkregen bewijs.

[EVRM art. 8, 6]

Op 9 januari 2018 deed de Kamer van de Derde Sectie van het EHRM uitspraak in deze zaak van Ribalda e.a. tegen Spanje (zie «EHRC» 2018/104). De Kamer concludeerde dat er een schending was van het recht op privacy zoals neergelegd in art. 8 EVRM en dat er geen schending was van een eerlijk proces (art. 6 EVRM) als gevolg van het gebruik van bewijs gebaseerd op de opnames van de geheime camera's. Op 27 maart 2018 verzoekt

de Spaanse overheid om de zaak door te verwijzen naar de Grote Kamer. De hoofdreden hiervoor is dat de Spaanse overheid het niet eens is met de conclusie van de Kamer dat er sprake is van schending van het recht op privacy. Voor zover dit wel het geval is, is dit niet omdat het Spaanse recht onvoldoende bescherming biedt, maar omdat eisers de nationale mogelijkheden om bescherming af te dwingen onvoldoende hebben benut. Ter bepaling of dit het geval is analyseert de Grote Kamer op welke wijze de nationale gerechtshoven de klachten van Ribalda c.s. dat hun recht op privacy is geschonden, heeft behandeld en of er andere nationale middelen waren die hun recht had kunnen beschermen. De Grote Kamer komt tot de conclusie dat de Spaanse gerechtshoven een goede afweging van de belangen hebben gemaakt. Meer precies, naar het oordeel van de Grote Kamer, hebben de Spaanse rechters op correcte wijze geverifieerd of de camerabewaking gerechtvaardigd was door een legitiem doel en of de maatregelen die daartoe getroffen waren gepast en proportioneel waren. Voor zover er iets aan te merken valt op de handelwijze van de werkgever is het dat hij verzuimd heeft de werknemers te informeren over de verborgen camera's. Maar, zo stelt de Grote Kamer, dit is slechts een van de criteria die in acht moeten worden genomen bij de beoordeling van de proportionaliteit van de maatregel. Het gebrek aan informeren kan worden gecompenseerd door de overige criteria ter beoordeling van de proportionaliteit zwaarder te laten wegen.

Bij de beoordeling of Ribalda c.s. andere mogelijkheden hadden om de schending van hun privacy te compenseren, komt de Grote Kamer tot de conclusie dat die er zeker waren. De Grote Kamer verwijst in dat kader met name naar de toentertijd geldende Spaanse Wet Bescherming Persoonsgegevens. Ribalda c.s. hebben ervoor gekozen hier geen gebruik van te maken. De Grote Kamer herhaalt in dit verband dat de effectieve bescherming van het recht op privacy op verschillende manieren kan worden gewaarborgd, waaronder het arbeidsrecht, maar ook het privaatrecht, bestuursrecht of strafrecht (cf. EHRM 5 september 2017, nr. 61496/08, par. 116 (Bărbulescu)).

Over de vraag of er een eerlijk proces heeft plaatsgevonden in verband met het gebruik van de in het geheim gemaakte videobeelden, volgt de Grote Kamer de Kamer en concludeert dat art. 6 EVRM niet is geschonden. Ribalda c.s. hebben in

de nationale procedures voldoende mogelijkheden gehad de authenticiteit en het gebruik van de beelden aan te vechten. Dit hebben zij niet gedaan.

López Ribalda e.a.
tegen
Spanje

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

NOOT

1. De uitspraak van de Grote Kamer is in twee opzichten interessant. Ten eerste, omdat de Grote Kamer expliciet uitspraken doet over de verschillende mate van gereede verwachting van privacy die werknemers mogen hebben. Ten tweede, omdat er een afwijkende uitspraak bij zit van drie rechters, De Gaetano, Yudkivska en Grozev, die van oordeel zijn dat er wel sprake is van een schending van art. 8 EVRM. Hun redentatie spreekt mij in het bijzonder aan, omdat die deels ziet op een punt dat ik in mijn commentaar op de uitspraak van de Kamer van de derde sectie had (EHRM 9 januari 2018, nrs. 1874/13 en 8567/13, ECLI: CE:ECHR:2018:0109JUD000187413, «EHRC» 2018/104, m.nt. Ter Haar (López Ribalda e.a./Spanje)).

2. Omdat het EHRM in de zaak *Garamukanwa* (EHRM 14 mei 2019, nr. 70573/17, ECLI:CE:ECHR:2019:0514DEC007057317) het deed voorkomen dat de mate van een gereede verwachting van privacy er een is van of wel of niet, is het interessant om de nuancering die daarover in deze uitspraak is gedaan hier expliciet onder de aandacht te brengen. Ter beoordeling van de proportionaliteit van de (geheime) videobewaking is het volgens de Grote Kamer belangrijk een onderscheid te maken naar locaties en de mate van gereede verwachting op privacy die daar geldt (par. 125). Zo is de verwachting:

- zeer hoog in plaatsen die van nature privé zijn, zoals toiletten en garderobes. In dergelijke ruimtes geldt een volledige ban op camera's of een hoge bescherming van de privacy;
- hoog in afgesloten werkplekken, zoals kantoorgebouwen;



– verlaagd in open en voor collega's toegankelijke werkplekken, of plekken die toegankelijk zijn voor het publiek.

3. Uiteraard is de context van de voorliggende zaak van belang ter bepaling van de mate van gereede verwachting van privacy. In deze zaak, *Ribalda c.s.*, is de locatie, de werkruimte, van groot belang. In de zaak *Garamukanwa* was dit het gedrag van de werknemer in combinatie met het feit dat een collega de werkgever had ingelicht dat Garamukanwa ongepaste e-mails verstuurde. Wat een vergelijking tussen deze twee zaken toch interessant maakt is, dat het EHRM in de zaak *Ribalda* niet op het punt komt waarop de werknemers in het geheel geen verwachting meer mogen hebben van privacy. Dit lijkt beter te passen in de benadering die het Hof in zijn jurisprudentie heeft ontwikkeld als het gaat om de bescherming van het recht op privacy in de arbeidsrelatie: een afweging tussen het recht van de werknemer en de belangen van de werkgever. Daarbij lijkt de belangrijkheid van het recht van de werknemer afhankelijk te zijn van de mate van gereede verwachting op privacy die de werknemer mocht hebben. Die mate lijkt niet makkelijk op helemaal geen verwachting uit te komen. De zaak *Garamukanwa* lijkt daar een uitzondering op te vormen, omdat de werknemer in die zaak in het geheel geen gereede verwachting van privacy mocht hebben, waardoor er ook geen schending van zijn recht op privacy kon zijn. Ergo, de werkgever kon monitoren wat hij wilde en de daarmee verkregen gegevens rechtmatig gebruiken tegen de werknemer. Zie voor een uitgebreid commentaar hierop «EHRC» 2019/250.

4. De afwijkende mening van de drie rechters is erg interessant, omdat die meer blijkt te geven van de ontwikkeling van technologie en de mogelijkheden die deze ontwikkeling opent en waar het recht, zeker het EVRM als 'levend instrument', in mee moet bewegen (par. 2 afwijkende mening). Alvorens hier nader op in te gaan, een ander punt dat de rechters in hun afwijkende mening naar voren brengen. In de beoordeling of het gebruik van geheime camera's proportioneel was, merken zij het volgende op. De werkgever had twee legitieme doelen voor het plaatsen van de geheime camera's. Ten eerste wilde hij verder stelen voorkomen; ten tweede wilde hij achterhalen wie verantwoordelijk was/waren voor de verliezen die hij de afgelopen maanden had geleden. Op het eerste doel ben ik in mijn noot in

«EHRC» 2018/104 ook uitgebreid ingegaan. Fijn om te zien dat ik in zeer goed gezelschap verkeer. Deze rechters volgen hetzelfde argument als ik destijds maakte: ter voorkoming van verder stelen was het voldoende geweest om aan te kondigen dat er camera's zouden worden geplaatst (par. 9 afwijkende mening). Dat hoeft niet te gebeuren met geheime camera's. De werkgever zou voor dit doel dus gewoon aan zijn informatieplicht hebben moeten voldoen om de schending van het privacyrecht te rechtvaardigen.

5. Voor het tweede doel zou het wel problematisch zijn als de werkgever zou hebben geïnformeerd over de plaatsing van de camera's. Immers, de dader(s) zou(den) zich dan niet bloot geven. Hoe kan de werkgever dan wel achterhalen wie de verantwoordelijken zijn? Volgens deze drie rechters had de werkgever naar de politie moeten gaan. Zij onderbouwen dit met het argument dat het ophelderen van een misdrijf een privéonderzoek niet rechtvaardigt, ook niet in de vorm van verborgen camera's. Naar hun mening vormt het gebruik van een verborgen camera een excessieve inbreuk op het recht op privacy en is het een vorm van machtsmisbruik (par. 9 afwijkende mening). Ze gaan zelfs zo ver om te stellen dat door het toestaan van dergelijke maatregelen door een private partij het Hof individuen in feite aanmoedigt om het recht in eigen hand te nemen (*idem*). In plaats daarvan is het aan het bevoegd gezag gepaste maatregelen te treffen. Het bevoegd gezag is daar ook beter toe uitgerust en beschikt over de mogelijkheden gepaste maatregelen te treffen. Voor het bevoegd gezag is (juridisch) ook beter uitgewerkt wat zijn verantwoordelijkheden en plichten zijn bij het uitvoeren van bepaalde maatregelen en wat noodzakelijk is in een situatie als de onderhavige (*idem*).

6. Dit zijn stevige woorden van deze drie rechters. Woorden die naar mijn mening recht doen aan het feit dat het gaat om de waarborging, de bescherming van een grondrecht. Het feit dat het een grondrecht en niet gewoon maar een recht betreft geeft aan dat we hier zorgvuldig mee om moeten gaan. Ik vind ook dat ze een sterk punt hebben in het argument dat als we dergelijk gedrag van een werkgever toelaten, de grens met eigenrichting wel heel erg dichtbij komt. Vooral ook, omdat de werkgever mogelijkheden heeft om de werknemer te 'straffen'. Niet met vrijheidsontneming in de vorm van iemand gevangen zet-



ten, maar wel met een andere vorm van vrijheidsontneming: iemand ontslaan. Dit lijkt een goed moment om nog maar weer eens te benadrukken dat werk meer is dan alleen een bron van inkomsten. Het is ook onze sociale identiteit en voor een groot deel geeft het ook onze menselijke waardigheid (cf. Ch. Degryse, 'Shaping the world of work in the digital economy', *Fore-sight Brief* (ETUI #01 January 2017), 9). Dat werk meer is dan een baan is ook terug te vinden in het beleid van de Europese Unie. In het Europese Jeugdbeleid bijvoorbeeld wordt het hebben van werk als essentieel beschouwd voor jongeren om zich volledig te kunnen ontwikkelen en zodoende maximaal te kunnen bijdragen aan de maatschappij (European Commission, *A New Impetus for European Youth – A White Paper*, COM(2001) 681 final).

7. We drijven af, terug naar de afwijkende mening van de drie rechters. Er zit nog een interessant punt in om te bespreken. Zij beginnen hun afwijkende mening met de vaststelling dat onderhavige zaak laat zien dat de invloed en controle van technologie op onze wereld (van werk) steeds groter wordt (par. 2 afwijkende mening). Zij zien dit in het bijzonder in het verzamelen en gebruiken van persoonsgegevens in onze dagelijkse activiteiten (*idem*). Deze vaststelling wordt gevolgd door de opmerking dat het EVRM een 'levend' verdrag is en dat het EHRM daarom niet alleen de toenemende invloed van technologie moet erkennen, maar ook tot taak heeft meer toereikende waarborgen te ontwikkelen ter bescherming van het privéleven van individuen (*idem*).

8. Hoe die ontwikkeling eruit ziet in relatie tot het recht op privacy is heel gepast beschreven door Hendrickx in de *Regulation for Globalization*-blog (23 september 2019), onder de titel 'Privacy 4.0 at work: regulating employment, technology and automation'. In het kort komt het op het volgende neer. Privacy 1.0 betreft de klassieke interpretatie van het recht op privacy, zijnde geen inmenging van de staat en de werkgever in wat privé is. Privacy 2.0 volgt op de ontwikkeling in de technologie om gegevens te verwerken met als reactie daarop wet- en regelgeving ter bescherming van persoonsgegevens, zoals de thans van kracht zijnde Algemene Verordening Gegevensbescherming. Privacy 3.0 ziet op mogelijkheden die in onderhavige zaak centraal staan: de toenemende mogelijkheden van monitoring van het gedrag

en de activiteiten van mensen. Als voorbeelden van dergelijke technologieën noemt Hendrickx 'gps-tracking systems, electronic badges, computer software following the work flow, video surveillance and the like' (*idem*). Privacy 4.0 is gerelateerd aan artificial intelligence (AI), algorithmic besluitvorming, robots, enz. Veel toepassingen van deze technologieën worden aangeduid als 'intelligente technologie'. Denk daarbij aan 'the internet of things', 'big data', en 'profiling'.

9. Elk van deze vormen vraagt om een andere manier van bescherming van de privacy. Privacy 1.0 vraagt vooral om regels die waarborgen dat de staat, en in de context van het arbeidsrecht de werkgever, zich niet mengen in de privésfeer van de werknemer. Art. 8 EVRM is daar goed op toegespitst. Privacy 2.0 is meer gebaat bij een bescherming via procedurele regels die ervoor zorgen dat er zorgvuldig met de verzamelde data wordt omgegaan om op die manier de inbreuken op de privacy van de betreffende personen zoveel mogelijk te beperken. Volgens Hendrickx wordt de privacybescherming in Privacy 3.0 gekenmerkt door 'fairness' in de vorm van het vinden van een goede balans tussen de belangen van de persoon of entiteit die monitort en de belangen van de persoon die wordt gemonitord. In deze situatie is het de privacy van de laatste die moet worden beschermd.

10. Privacy 1.0 – 3.0 zitten qua idee van bescherming nog wel bij elkaar in de buurt. Privacy 4.0 vraagt om een heel ander soort bescherming. Privacy 4.0 wordt gekarakteriseerd door robot-mensrelaties en door volledig geautomatiseerde beslissingen, bijvoorbeeld via algoritmen. Hendrickx ziet in deze ontwikkeling het risico de 'menschelijkheid' in interacties te verliezen. Bescherming in deze context zou dus vooral moeten gaan om de waarborging van het recht menselijke relaties te ontwikkelen. Dat dit in het kader van de bescherming van het recht op privacy moet (of kan) worden ontwikkeld hangt Hendrickx op aan de zaak *Niemietz* (EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088). In deze zaak stelde het Hof dat de meerderheid van de mensen tijdens hun werkend leven de belangrijkste, zo niet de grootste, mogelijkheid hebben om relaties te ontwikkelen met de buitenwereld (*Niemietz* par. 29).

11. Terug naar onderhavige zaak. De vorm van monitoring kan worden gebracht onder Hend-



rickx' typering van Privacy 3.0. In theorie dan rechtdoend aan het soort bescherming dat nodig is gaat het om het vinden van 'fairness' door middel van een afweging van de belangen van de werkgever (degene die monitort) en de werknemer (degene op wiens privacy een inbreuk wordt gemaakt). Kijkend naar de uitspraak van de Grote Kamer, dan is een dergelijke benadering zeker terug te vinden. Met name in par.

125 – 126 waarin de Grote Kamer de proportionaliteit van de monitoring toetst is een belangenafweging wel terug te vinden. Met de rechters in de afwijkende mening ben ik het echter eens dat dit genuanceerder moet worden gedaan, met name in relatie tot het doel van de monitoring. Ik kan me ook goed vinden in hun conclusie dat als het doel is om het stelen tegen te gaan het gebruik van een geheime camera niet proportioneel is. Met 'gewone', kenbaar gemaakte camera's kan dit doel misschien zelfs nog beter worden bereikt. Werkgever handelt dan open en transparant en werknemers hebben dan een beter inzicht in de mate van privacy die ze mogen verwachten. Is het legitieme doel de verantwoordelijken voor het stelen te vinden, dan is een verborgen camera wellicht wel de aangewezen manier, maar dan is de inbreuk op de privacy van de werknemers ook groter en zijn er meer waarborgen nodig. Dergelijke waarborgen liggen (nu) niet bij de werkgever, maar zijn wel geregeld voor bij uitzetting de politie. Die is gebonden aan waarborgen die in het strafrecht gelden, die doorgaans strenger worden geacht dan die binnen het arbeidsrecht. Uiteindelijk gaat het om diefstal, wat een misdrijf is, en dus is het per definitie al meer een zaak van de politie om aan te pakken dan van de werkgever.

12. Om af te sluiten kunnen we concluderen dat het recht op privacy met alle technologische ontwikkelingen een enerverende tijd doormaakt. Het EVRM is een levend verdrag en zou in staat moeten zijn op deze ontwikkelingen in te spelen en steeds de gepaste vorm van bescherming moeten weten te vinden. Maar, dan moet het EHRM niet een te voorzichtige en afwachtende houding aannemen en zich nog gevoeliger opstellen voor deze ontwikkelingen dan het al doet.

B.P. ter Haar

Universitair docent internationaal en Europees arbeidsrecht, Universiteit Leiden

248

G.B. e.a. t. Turkije

Europees Hof voor de Rechten van de Mens
17 oktober 2019, 4633/15,
ECLI:CE:ECHR:2019:1017JUD000463315
(Spano (President), Bošnjak, Gričco, Kūris,
Bårdsen, Pavli, Yüksel)

Verbod van onmenselijke of vernederende behandeling. Recht op vrijheid en veiligheid. Spoedige beslissing rechtmatigheid detentie. Recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel. Vreemdelingenbewaring moeder en jonge kinderen. Omstandigheden vreemdelingenbewaring. Toetsing rechtmatigheid detentie.

[EVRM art. 3, 5 lid 1 en 4, 13]

Klagers zijn vluchtelingen met jonge kinderen die in Turkije in twee verschillende kampen in vreemdelingenbewaring zijn gehouden met het oog op uitzetting, namelijk in Kumkapı Removal Centre en in Gaziantep Removal Centre.

Hun eerste klacht bij het EHRM betreft de omstandigheden in deze twee kampen. Het Hof beoordeelt deze klacht ook in het licht van art. 37 VN-Kinderrechtenverdrag in verband met de minderjarigheid van de kinderen van klagers. Het Hof constateert dat het al eerder schendingen heeft geconstateerd van art. 3 EVRM in relatie tot de omstandigheden in het Kumkapı Removal Centre, al betroffen die een andere periode. Uit de beschikbare gegevens blijkt echter dat de omstandigheden in recente jaren vooral nog veel slechter zijn geworden. Het Hof wijst vooral op de alarmerende situatie als het gaat om de hoeveelheid beschikbare persoonlijke ruimte, maar ook op de voortdurende blootstelling (ook van de kinderen) aan sigarettenrook en het ontbreken van voldoende voedsel. Waren die omstandigheden voor de ouders al in strijd met art. 3 EVRM, dat geldt nog in het bijzonder voor de kinderen. Gelet daarop constateert het Hof een schending van art. 3 EVRM. Het Hof stelt verder vast dat de omstandigheden in het kamp in Gaziantep beweerdelijk nog ernstiger waren dan die in Kumkapı, maar dat daarvan weinig bewijs is geleverd. Tegelijkertijd is

