

Mogelijk wangedrag van werknemer: over dilemma's en detectives



Mr. A. Putker-Blees is arbeids- en privacyrecht advocaat bij L&A Advocaten te Lijnden (Schiphol)

Onderzoek naar mogelijk wangedrag van een werknemer kan op allerlei manieren plaatsvinden. De werkgever kan zelf een werknemer horen, heimelijk camera's ophangen of een detectivebureau inhuren. Uit de rechtspraak valt af te leiden dat deze laatste optie voornamelijk wordt gekozen bij verdenking van diefstal of een gefingeerde ziekte. De werkgever kan dan besluiten extern onderzoek te laten verrichten teneinde 'het bewijs rond te krijgen'. Het inschakelen van een onderzoeksbureau leidt echter altijd tot discussies over inbreuk op de privacy van de betrokken werknemer: wat mag wel en wat mag niet?

Vóór de start van een onderzoek naar een werknemer moet worden beoordeeld of aan de juridische normen in de volgende drie categorieën wordt voldaan:

- normen die het onderzoek motiveren en legitimeren ('toetsingsnormen');
- normen die het onderzoek begrenzen ('grensnormen');
- normen die bepalen of, en zo ja, welk gewicht het onderzoek in een civiele procedure heeft ('procedurele normen').¹

Toetsingsnorm

Allereerst moet worden vastgesteld waarom het onderzoek wordt verricht. Dit wordt ook wel de toetsingsnorm genoemd. Zo is misbruik van een tankpas door een werknemer te kwalificeren als een vorm van fraude en mogelijk als een dringende reden op grond waarvan hij op staande voet kan worden ontslagen. Tegelijkertijd is de vermeende fraude ook de reden waarom de werkgever een onderzoeksbureau inhuurt: controleren of sprake is van misbruik van de tankpas. Vanwege de mogelijkheid om de werknemer om een dringende reden te ontslaan, is het zinvol om onderzoek te doen.²

Opmerking verdient dat bij fraudezaken een duidelijke grondslag voor onderzoek naar gedragingen van de werknemer ontbreekt. Verdedigbaar is dat een werkgever op grond van de bevoegdheid om ordevoorschriften te geven (art. 7:660 BW) in het verlengde daarvan de bevoegdheid heeft om te controleren of deze regels worden nageleefd. Denk aan een buschauffeur die in strijd met de voor hem geldende instructies geen vervoerskaartjes verkoopt of een werknemer die stiekem bij derden werkt.³

De toetsingsnormen verschaffen geen expliciete bevoegdheid om een onderzoeksbureau te vragen de gangen van werknemers na te gaan

Bij andere relevante normen kan ook worden gedacht aan de bepalingen over ziekte en re-integratie (art. 7:628, 7:629 en 7:658a BW). Deze bepalingen impliceren enerzijds een verplichting om loon door te betalen bij ziekte en anderzijds een bevoegdheid om dit niet te doen als de werknemer niet ziek is of onvoldoende meewerkt aan zijn re-integratie. Aangezien de werkgever moet kunnen vaststellen of de werknemer daadwerkelijk recht heeft op loondoorbetaling, ligt het voor de hand te veronderstellen dat hij ook vanwege deze regels bevoegd is om het vermoeden van niet-ziekte te onderzoeken. Rechtspraak leert dat onderzoek door een onderzoeksbureau bij een vermoeden van het veinzen van ziekte acceptabel kan zijn.⁴

Grensnormen

Uit het voorgaande blijkt dat de toetsingsnormen geen expliciete bevoegdheid verschaffen op grond waarvan de werkgever een onderzoeksbureau kan vragen de gangen van werknemers na te gaan. De vraag rijst derhalve onder welke voorwaarden de werkgever een onderzoeksbureau mag inschakelen en hoe ver het onderzoek dan mag gaan. De werkgever zal daarbij tevens rekening moeten houden met normen die het onderzoek mogelijk begrenzen, waaronder individuele (privacy) rechten van werknemers, de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en zogenoemde soft law.

Het voornaamste individuele recht van de werknemer dat tijdens een onderzoek in het gedrang zal komen, is het recht op privacy. Tijdens het onderzoek zal het onderzoeksbureau onder meer in aanraking komen met het grondrecht van privacy (art. 10 Grondwet en art. 8 EVRM), inhoudende dat een ieder recht heeft op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en correspondentie. Het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) heeft beslist dat het recht op privacy van een werknemer zich ook uitstrekt tot de werkplek en zakelijke correspondentie. In onder meer de zaken Halford en Copland heeft het EHRM uitgemaakt dat werknemers een redelijke verwachting van bescherming van die privacy mogen hebben.⁵

Het recht op privacy van een werknemer strekt zich ook uit tot de werkplek en zakelijke correspondentie

Een tweede belangrijke begrenzing waar de werkgever aan moet denken bij het inschakelen van een onderzoeksbureau, is de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Het onderzoeken van de werknemer zal al snel leiden tot enige vorm van 'verwerking' van persoonsgegevens als bedoeld in de Wbp.⁶ De Wbp is in feite een (gedeeltelijke) imple-

1 In dit artikel beperk ik mij tot het civiele recht.

2 Hof Den Bosch 21 maart 2006, RAR 2006/98.

3 CRvB 10 juli 2008, LJN: BD7931.

4 Ktr. Amsterdam 13 juli 2009, JAR 2009/221; Rechtbank Den Haag 7 december 2007, JAR 2008/45; Rb. Amsterdam 8 augustus 2007, RAR 2007/163; Rb. Amsterdam 8 augustus 2007, JAR 2007/262.

5 EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (Niemietz), EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506 (Halford) en EHRM 3 april 2007, JAR 2007,233 (Copland); F.M.Teeuwen, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht', *Arbeid Integraal* 2008, p. 5-24; Conservatoir beslag door werkgever op woning werknemers onrechtmatig, wettelijke grondslag huiszoeking ondeugdelijk en onderzoek Hofmann Bedrijfsrecherche in strijd met art. 10 Gw, Hof Leeuwarden 4 augustus 2009, LJN: BJ4901.

6 M.J. Jager, 'De wet bescherming persoonsgegevens in de arbeidsrechtpraktijk toegepast', *ArbeidsRecht* 2003, 10; A.D. Putker-Blees en A. Meulenveld, 'Inzage in het inzagerrecht', *SR* 2006, p. 294-300 en A.D. Putker-Blees en D.F. Berkhout, 'Privacywetgeving: troebel en 'troubles' in plaats van transparantie', *ArbeidsRecht* 2008, 59.

mentatie van het privacyrecht en implementeert ook de Europese Privacyrichtlijn 95/46/EG. De Wbp is een kaderwet die van toepassing is op diverse vormen van persoonsverwerking. Het ‘verwerken’ van persoonsgegevens is – kort samengevat – elke handeling met betrekking tot persoonsgegevens. De wet beoogt onder meer een transparant en zorgvuldig gebruik van persoonsgegevens.

Opmerkelijk genoeg komt een beroep op de Wbp in de praktijk niet vaak voor. Zo repte de kantonrechter te Alphen aan den Rijn in een recente privacykwestie op een advocatenkantoor met geen woord over de Wbp, terwijl hier toch alle aanleiding toe was. Deze kantonrechter werd geconfronteerd met een werkgever (een advocatenkantoor) die een hotmailaccount inzag van een werkneemster die haar computer niet had afgesloten. Hierin werd een e-mailwisseling aangetroffen met een voormalig advocaat van het kantoor die kennelijk voor zichzelf was begonnen. Deze inhoud leidde ertoe dat de werkgever de werkneemster op staande voet ontsloeg. De kantonrechter overwoog dat de werkgever, zonder dat daartoe enige aanleiding was, de privacy van de werkneemster had geschonden door zich inzage te verschaffen in haar privémails. Daarmee nam deze werkgever bewust het risico dat hij bekend zou worden met hem onwelgevallige uitingen. Over schending van de Wbp geen woord.⁷

De Privacygedragscode van Particuliere Beveiligingsorganisaties is door de minister van Justitie algemeen verbindend verklaard

Ten derde wordt als begrenzend norm gewezen op de Privacygedragscode van Particuliere Beveiligingsorganisaties (soft law). Deze gedragscode is goedgekeurd door de toezichthouder, het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) en vervolgens door de minister van Justitie algemeen verbindend verklaard voor alle onderzoeksbureaus die een vergunning behoeven als recherchebureau in de zin van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus. In de gedragscode worden vuistregels gegeven voor de meest voorkomende particuliere onderzoeksmethoden en middelen, zoals observatie, het inzetten van verborgen camera's, het onderzoek in geautomatiseerde voorzieningen en het af luisteren van gesprekken. De gedragscode regelt ook de rechten van de onderzochte werknemer, onder andere door aan te geven wanneer en op welke wijze de onderzochte persoon moet worden geïnformeerd over een tegen hem ingesteld of in te stellen onderzoek. Ook het CBP heeft diverse vuistregels opgesteld waaraan bepaalde vormen van onder andere e-mail, internetgebruik en camera-toezicht kunnen worden getoetst.⁸ Van belang is voorts de Gedragsrichtlijn Persoonsgericht Accountantsonderzoek

voor registeraccountants die optreden in de zin van art. 2, lid 1 Gedrags- en Beroepsregels Registeraccountants 1994.⁹ Deze richtlijn stelt regels voor het doen van accountantsonderzoeken – waaronder forensisch accountantsonderzoek – gericht op het functioneren, handelen of nalaten van natuurlijke en/of rechtspersonen.

Processuele normen

Ten slotte zorgen processuele normen ervoor dat de scherpe kantjes van sommige juridische regels, in de zoektocht naar een billijke uitkomst, worden afgevlind. Zo blijkt uit rechtspraak dat onderzoeken toch kunnen meewegen, ook al is daarbij inbreuk gemaakt op de privacy van de werknemer. Belangrijke processuele normen zijn:

- art. 6 EVRM en het daarin opgesloten *fair trial* beginsel, waaruit volgt dat de burgerlijke rechter zich een oordeel dient te vormen over de wijze waarop het bewijs is verkregen dat voor het vaststellen van de feiten wordt gebezigd;
- De vrije bewijsleer ex art. 152 Rv, op grond waarvan de rechter een grote mate van vrijheid heeft om zelfstandig een oordeel te vormen over de betekenis en kracht van bewijs.¹⁰

RECHTSPRAAK

Uit het bovenstaande volgt dat de werkgever een zorgvuldige afweging moet maken als hij een onderzoeksbureau in de arm wil nemen. De rechtspraak biedt gelukkig wel enkele richtlijnen, die kunnen worden afgeleid aan de hand van de volgende vragen:

- Wat voor onderzoeksmethode is gebruikt?
- Is inschakeling van het onderzoeksbureau rechtmatig?
- Worden de kosten van het onderzoek vergoed?

Het is van belang de onderzoeksopdracht zo specifiek mogelijk te formuleren, om onnodige inbreuk op de privacy te voorkomen

Onderzoeksmethode

In de rechtspraak wordt grote waarde gehecht aan de onderzoeksmethode. Daarvoor gelden de volgende aandachtspunten:

- rechters besteden regelmatig aandacht aan de formulering

7 Ktr. Alphen a/d Rijn 5 januari 2010, JAR 2010/93.

8 Privacygedragscode van Particuliere Beveiligingsorganisaties en vuistregels voor bijvoorbeeld controle op e-mail en internetgebruik zijn te downloaden van www.cpbweb.nl. Zie ook F.C.A. van de Bult, 'Een stappenschema voor de rechtmatige toepassing van verborgen cameratoezicht', *TRA* 2009/4, p. 15-18.

9 Gedragsrichtlijn Persoonsgericht Accountantsonderzoek is te downloaden op www.nivra.nl.
10 D.J. Beenders (*T&C Rv*), artikel 152, aantekening 1 en Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, *LJN*: BD 9713 over toelaatbaarheid beeldopnamen als bewijs en art. 8 Wbp.

- van de onderzoeksvraag.¹¹ Het is van belang de onderzoeksoopdracht zo specifiek mogelijk te formuleren, om onnodige inbreuk op de privacy te voorkomen;
- er is een duidelijke correlatie tussen het onderzoeksmiddel dat wordt gebruikt en de striktheid waarmee de rechter toetst. Sporadische observatie in de publieke ruimte kan op een lichtere rechterlijke toetsing rekenen dan een verborgen video-opname.¹² In de literatuur is al veel aandacht besteed aan de verschillende criteria die gelden voor bijvoorbeeld het gebruik van af luisterapparatuur, c.q. videobeelden. Zo zal voor verborgen cameratoezicht sprake moeten zijn van concrete aanwijzingen van onrechtmatig handelen of ernstige feiten. Dat blijkt bijvoorbeeld uit een recente uitspraak van de kantonrechter te Middelburg in een voorwaardelijke ontbindingsprocedure rond een werkneemster van een verzorgingshuis die tot taak had zorg te verlenen bij cliënten thuis, en op basis van heimelijk door familieleden bij een cliënt thuis gemaakte camerabeelden op staande voet werd ontslagen. De beelden mochten niet voor het bewijs worden gebruikt en dus ook niet voor staving van het standpunt van de werkgever, aldus de kantonrechter. Overigens bleek uit de beelden ook niet van een zodanig gedrag door werkneemster dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd was. De kantonrechter kende een forse vergoeding toe. Ook in deze uitspraak werd de Wbp overigens niet ter sprake gebracht;¹³
 - de rechter is alert op een standpuntwijziging, c.q. een andere kwalificatie van de feiten door het onderzoeksbureau;¹⁴
 - de werkgever moet voorzichtig zijn met anonieme tips.¹⁵ In beginsel zijn aanvullende argumenten nodig voordat een onderzoeksbureau kan worden ingeschakeld;
 - de werkgever kan een onderzoeksrapportage niet klakkeloos opvolgen: van hem wordt verwacht dat hij toetst of het rapport op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen.¹⁶

Bij anonieme tips zijn in beginsel aanvullende argumenten nodig voordat een onderzoeksbureau kan worden ingeschakeld

Rechtmatige inschakeling en onderzoek?

Los van de feitelijke onderzoeksvraag en middelen die worden gebruikt, is er de algemene vraag of het inschakelen van een onderzoeksbureau principieel wel toelaatbaar is en zo ja, wanneer het dan is toegestaan. Deze vraag moet worden gesteld omdat er in (oudere) jurisprudentie voorbeelden te vinden zijn waarin is geoordeeld dat het inschakelen van een onderzoeksbureau slechts toelaatbaar is in

‘zeer bijzondere omstandigheden’ en in geval van ‘ernstige verdenkingen’.¹⁷

Hiervoor is reeds gesteld dat het inschakelen van een onderzoeksbureau op zichzelf mogelijk is. Hoewel er maar een beperkt aantal uitspraken op dit terrein van de Hoge Raad voorhanden is, biedt deze jurisprudentie wel (impliciete) steun voor de stelling dat het inschakelen van een onderzoeksbureau in beginsel is toegestaan. Zo heeft de Hoge Raad in het Wennekes Lederwaren-arrest verborgen video-opnames door een recherchebureau toegelaten als bewijs.¹⁸ De Hoge Raad laat in dit arrest in het midden of het vergaren van bewijs door derden rechtmatig was. Dit neemt echter niet weg dat de Hoge Raad het bewijs toelaatbaar acht en geen principiële bezwaren uitspreekt tegen dergelijk onderzoek. Verder is er het Hyatt-arrest, waarin een drugstest redelijk werd geacht om drugsgebruik in privétijd (!) te testen van een *casino beverage server*.¹⁹ Als dergelijke drugstests op de werkvloer acceptabel worden geacht, valt moeilijk in te zien waarom het aanzienlijk minder ingrijpende middel van observatie door derden niet zou mogen.

Inschakelen van een onderzoeksbureau is mogelijk wanneer sprake is van een redelijk doel en een proportionele en subsidiaire aanpak

De conclusie is dus gerechtvaardigd dat het inschakelen van een onderzoeksbureau door een werkgever mogelijk is wanneer sprake is van een redelijk doel en een proportionele en subsidiaire aanpak.

Kosten onderzoeksbureau verhalen!

Het is zeker niet uitgesloten dat de werkgever de kosten van het onderzoeksbureau kan verhalen op de werknemer. Zo had Albert Heijn een extern bureau ingeschakeld om via verborgen camera's vast te leggen dat een werknemer was betrokken bij diefstal. Met de beelden als bewijs wist de grootgrutter de kosten van het externe bureau te

11 Ktr. Enschede, 17 januari 2006, *JIN*, april 2006, afl. 4; Ktr. Rotterdam, 21 januari 2010, 1055067, *LJN*: BL0220.

12 Rb. Utrecht 25 september 1996, *JAR* 1997/6.

13 Ktr. Groningen 4 april 2008, *LJN*: BC8703; Ktr. Middelburg 8 april 2010, *JAR* 2010/173.

14 Ktr. Utrecht 12 februari 2008, *JAR* 2008/82.

15 Ktr. Gouda 27 mei 1999, *KG* 1999/161; Ktr. Amsterdam 9 mei 2001, *JAR* 2001/114.

16 Ktr. Dordrecht 19 september 2009, *LJN*: BJ8113.

17 Hof Den Bosch 2 december 1992, *NJ* 1993/327.

18 HR 27 april 2004, *JAR* 2001/95.

19 HR 14 september 2007, *NJ* 2008,334. Zie ook Ktr. Groningen 3 maart 2010, *JAR* 2010/113, waarin geen sprake was van inbreuk op privacy werknemer nadat de werkgever steekproefsgewijs een blaastest had afgenomen om op alcoholgebruik te controleren.

verhalen bij de desbetreffende werknemer.²⁰ Ook in andere zaken, recentelijk nog, is een soortgelijke vergoeding toegewezen.²¹

CHECKLIST

Rechtspraak en praktijkervaring leren dat het inschakelen van een onderzoeksbureau nauw luistert en dat werkgevers vaak in het duister tasten over de ruimte en grenzen van een extern onderzoek. Onderstaande checklist biedt enige handreikingen om een dergelijk onderzoek op zorgvuldige wijze uit te (laten) voeren:

- stel de concrete aanleiding voor het onderzoek vast;
- onderzoek of er (interne) richtlijnen, cao-bepalingen of procedures voor een onderzoek bestaan;
- ga na of het onderzoek een legitiem doel dient;
- ga na of het belang van de werkgever bij het te bereiken doel opweegt tegen de te plegen inbreuk op de privacy van de werknemer (proportionaliteitsbeginsel);
- ga na of het doel op een minder ingrijpende wijze kan worden bereikt (subsidiariteitsbeginsel);
- controleer of het externe onderzoeksbureau conform de gedragscode handelt, dan wel of de Gedragrichtlijn Persoonsgericht Accountantsonderzoek van toepassing is;
- wees kritisch ten aanzien van de formulering van de onderzoekopdracht en beperk de reikwijdte zodanig dat onnodige privacyschending wordt voorkomen;
- maak heldere afspraken met het onderzoeksbureau over tijdschema, kosten, naleving Wbp en de te gebruiken onderzoeksmiddelen, waarbij proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel leidend zijn;
- zorg ervoor dat de rapportage zich beperkt tot vastlegging van die feitelijke waarnemingen die relevant zijn voor de opdrachtgever, zonder waardeoordeel;

20 Ktr. Amsterdam 8 september 2003, *JAR* 2003/230.

21 Rb. Breda, 14 april 2010, LJN: BM2354; Rb. Den Haag, 7 december 2007 *JAR* 2008/45; Rb. Arnhem 25 juli 2007, *Prg.* 2007, nr.166.

- houd duur en omvang van het onderzoek voortdurend in de gaten en handel voortvarend;
- laat niet meer technische hulpmiddelen inzetten dan nodig en probeer inbreuk op de persoonlijke intieme levenssfeer zo veel mogelijk te vermijden;
- informeer de werknemer indien en zodra het onderzoek dat toelaat, over het onderzoek en het feit dat persoonsgegevens zijn verwerkt;
- stel de werknemer altijd in staat om te worden gehoord en zich van juridische bijstand te voorzien;
- betrek de visie van de werknemer in de rapportage (hoorplicht);
- stel de werknemer in de gelegenheid om documenten uit het bedrijf van de werkgever op te vragen en deze te bestuderen, tenzij een zwaarwichtig (onderzoeks)belang zich daartegen verzet;
- verstrek een afschrift van de onderzoeksrapportage aan de werknemer;
- formuleer conclusies nadat de werknemer is gehoord en handel (wederom) voortvarend.

CONCLUSIE

Wanneer wordt voldaan aan de in deze bijdrage opgesomde voorwaarden en wanneer tevens de onderzoeksmethode zorgvuldig is, staat het een werkgever in beginsel vrij een onderzoeksbureau in te schakelen. Hierbij past nog wel het voorbehoud dat de Hoge Raad nog weinig richting heeft gegeven op dit terrein en dat slechts een beperkt aantal uitspraken voorhanden is. De checklist in dit artikel geeft handreikingen voor afwegingen en besluitvorming door een werkgever nadat deze is geconfronteerd met (mogelijk) laakbaar gedrag van een werknemer. Per geval zal de werkgever moeten kiezen of hij wel of niet een onderzoeksbureau inschakelt. Doet hij dat wel, dan is het aan te bevelen om ook de kosten daarvan op de werknemer te verhalen.

VOORSTEL: VERVANG OVERDRACHTSBELASTING DOOR BTW-HEFFING

De overdrachtsbelasting zou moeten worden vervangen door btw te heffen over de waardestijging van onroerend goed. Daarvoor pleit CPB-onderzoeker prof. Sijbren Cnossen in zijn bundel *Three VAT Studies*. Cnossen betoogt dat de overdrachtsbelasting een onrechtvaardig en verstorend element is in het Nederlandse belastingstelsel, omdat ze wordt geheven telkens wanneer onroerend goed wordt verkocht. Dat betekent dat er grote verschillen bestaan in de belastingdruk op onroerende goederen. Btw-heffing over de waardestijging elimineert deze nadelige belasting-op-belastingeffecten van de overdrachtsbelasting. Momenteel wordt onroerend goed alleen belast bij eerste oplevering. Daarna is de verkoop onbelast voor de btw en dat geldt dus ook voor de waardestijging.

GEMATIGDE GROEI IN ONZEKERE TIJDEN

De Nederlandse economie is in 2010 naar verwachting met 1,75% gestegen. Dit jaar valt de bbp-groei licht terug tot 1,5%. De werkloosheid neemt volgens de prognose af tot gemiddeld 5% van de beroepsbevolking in 2011. De geraamde inflatie bedraagt 1,25% in 2010 en 1,5% in 2011. Naar verwachting verbetert het EMU-saldo van 5,8% bbp in 2010 tot 4,1% bbp in 2011. De overheidsschuld, die voor de crisis 45,3% bbp bedroeg, ligt mede door interventies in de financiële sector dit jaar op zo'n 66,9% bbp. De risico's rond de internationale financiële en economische ontwikkelingen en daarmee de onzekerheid rond deze ramingen zijn echter groot. Dit zijn de belangrijkste cijfers uit de decemberraming van het Centraal Planbureau (CPB), waarin het prognoses voor de Nederlandse economie in de jaren 2010 en 2011 presenteert.