

De aanwezigheidsmonitor in AI-, arbeids- en privacyrechtelijk perspectief

Bb 2025/75

1. Inleiding

Thuiswerken: iets wat sinds de COVID-19-periode normaal lijkt, wordt in de praktijk steeds vaker door werkgevers ingeperkt. Veel organisaties proberen met meer of minder dwingende maatregelen hun medewerkers terug naar kantoor te krijgen. De norm voor het aantal kantoordagen en eventuele spreiding van aanwezigheid per werkdag verschilt per organisatie, maar elke forens zal de onevenredige drukte op dinsdagen en donderdagen herkennen. Waar sommige organisaties nadrukkelijk kiezen voor de wortel, door bijvoorbeeld gratis lunch op vrijdagen, lijkt ook de stok op komst te zijn. Een praktisch voorbeeld daarvan is het monitoren van het gebruik van toegangspassen om bij te houden wie er daadwerkelijk op kantoor aanwezig is. Werkgevers kunnen er bovendien voor kiezen om bepaalde systemen of informatie niet toegankelijk te maken voor thuiswerkers en om belangrijke vergaderingen alleen op kantoor te laten plaatsvinden. Bij dergelijke maatregelen zal een werkgever er doorgaans niet aan ontkomen om persoonsgegevens te verzamelen. In deze bijdrage bespreken wij de juridische implicaties van de controle op het thuiswerkbeleid: in hoeverre mogen werkgevers controleren of hun werknemers zich houden aan de (hen opgelegde) normen voor kantoordagen?

2. Perspectief AI-verordening en AVG

Als werkgevers de aanwezigheid van werknemers op kantoor controleren, zal dit doorgaans op geautomatiseerde wijze gebeuren. Dit betekent dat afwegingen op grond van de AI-verordening² (waar het gaat om “slimme” systemen) en de Algemene verordening gegevensbescherming (“AVG”) mogelijk een rol spelen. Bepaalde waarborgen voor werknemers zijn in dat geval van toepassing.

Het gebruik van dergelijke geautomatiseerde systemen brengt onvermijdelijk de verwerking van persoonsgegevens van de betrokken werknemers met zich, waardoor bovendien de AVG van toepassing is. Het beginsel van dataminimalisatie dat daarbij geldt,³ maakt dat werkgevers niet meer persoonsgegevens mogen verwerken dan strikt noodzakelijk is voor het doel waarvoor zij worden verwerkt. Als een werkgever minder verstreckende mogelijkheden heeft om het doel te bereiken, moet die alternatieve wijze

worden gevolgd. Denk hierbij aan het bijhouden van de aanwezigheid van werknemers door het meten van het aantal binnen- en buitengaande werknemers (met een anonieme toegangspas of sensor) zonder dat op individueel (persoons)-niveau duidelijk is welke werknemers aanwezig zijn.

Voor de verwerking van persoonsgegevens dient de werkgever daarnaast te voldoen aan een aantal andere essentiële vereisten uit de AVG. Zo moet de werkgever beschikken over een rechtmatige grondslag voor de gegevensverwerking (denk aan een gerechtvaardigd belang) en moet de werkgever bij grootschalige of stelselmatige monitoring van werknemersactiviteiten een “gegevensbeschermingseffectbeoordeling” (*data protection impact assessment* of “DPIA”) uitvoeren. Bovendien moeten werknemers voorafgaand aan de verwerking adequaat worden geïnformeerd.

Naast de AVG speelt ook de AI-verordening een belangrijke rol als er gebruik wordt gemaakt van geautomatiseerde besluitvorming door middel van AI-systemen. Deze verordening beoogt te waarborgen dat AI-systemen die door organisaties worden ingezet veilig zijn en fundamentele rechten respecteren. De AI-verordening maakt onderscheid tussen verschillende risicocategorieën. AI-systemen voor personeelsbeheer en systemen die worden gebruikt voor de evaluatie van werknemers worden vaak gekwalificeerd als ‘hoog risico-AI’ vanwege de aanzienlijke invloed die zij kunnen uitoefenen op iemands loopbaan. Vanaf 2 augustus 2026 dienen hoog risico AI-systemen te voldoen aan de vereisten uit de AI-verordening. Hieruit volgt onder meer dat er menselijk toezicht moet worden uitgeoefend op het systeem en dat de werking van het AI-systeem continu moet worden gemonitord. In aanloop naar deze nieuwe verplichtingen is het aan te raden om alvast te beoordelen of het beoogde gebruik van AI-systemen voldoet aan de eisen van de AI-verordening.

3. De inzet van AI en monitoring door werkgevers

De AI-verordening zal verschillende gevolgen hebben voor werkgevers, niet in de laatste plaats nu het gebruik van AI-systemen binnen organisaties gemeengoed wordt. In de werkgeverscontext is duidelijk dat vrijwel elke manier waarop een werkgever AI-systemen gebruikt die invloed kan hebben op de positie van de werknemer ofwel verboden is, ofwel een hoog-risico toepassing is die aanvullende verplichtingen met zich brengt. Zo is het gebruik van camera-systemen met gezichtsherkenning op de werkvloer een verboden toepassing,⁴ evenals het gebruik van AI-systemen waarmee de emoties van werknemers kunnen worden afgeleid.⁵

¹ Mr. A.F. Tadema & mr. Y.S. Farzanh zijn beiden advocaat bij Stibbe.

² Verordening (EU) 2024/1689 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie en tot wijziging van de Verordeningen (EG) nr. 300/2008, (EU) nr. 167/2013, (EU) nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 en (EU) 2019/2144, en de Richtlijnen 2014/90/EU, (EU) 2016/797 en (EU) 2020/1828.

³ Art. 5 lid 1 onder c AVG.

⁴ Art. 5 lid 1 sub e AI-verordening.

⁵ Art. 5 lid 1 sub f AI-verordening.

Hoog-risico toepassingen zijn onder meer het gebruik van AI-systemen voor werving en selectie, monitoring en evaluatie, en voor het nemen van andere besluiten die gevolgen hebben voor een werknemer, omdat deze rechtstreeks invloed kunnen hebben op de rechtspositie en/of persoonlijke levenssfeer van werknemers.⁶ De inzet van een AI-systeem ter controle op de naleving van een thuiswerkbeleid is een vorm van monitoring en mogelijk ook evaluatie van werknemersgedrag en -activiteiten. Houdt de medewerker zich netjes aan de door de werkgever opgelegde thuiswerknormen, en zo nee, heeft dat consequenties voor die medewerker?

Het gebruik van een dergelijk systeem kan dus leiden tot besluitvorming met verstreckende gevolgen, als controle op de naleving van een niet-thuiswerkbeleid resulteert in disciplinaire maatregelen of een negatieve invloed heeft op werknemersbeoordelingen. Bovendien raakt dit de rechtspositie en persoonlijke levenssfeer van werknemers. Zo kunnen er bijvoorbeeld formele waarschuwingen worden afgegeven en kunnen locatiegegevens worden gevolgd en kan de werk-privébalans onder druk komen te staan.

Op grond van de AI-verordening moeten werkgevers voordat zij een AI-systeem inzetten transparant zijn over het systeem en de werking daarvan, en moeten de daardoor getroffen werknemers worden geïnformeerd.⁷ Dit betekent dat de werkgever die dergelijke (hoog risico) AI-systemen wil inzetten op de werkvloer zich onder meer vooraf tot de ondernemingsraad of andere (informele) werknemersvertegenwoordigers zal moeten wenden. De AI-verordening laat de vraag hoe dit concreet moet worden ingevuld over aan de nationale wetgever.⁸ Ook als er geen "slim" monitoring-systeem wordt gebruikt, kan de werkgever gebonden zijn aan transparantie- en overlegverplichtingen. Hier gaan wij nader op in bij de bespreking van de verplichtingen voortvloeiend uit de Wet op de ondernemingsraden ("WOR").

4. Kantoorplicht digitaal afdwingen

Bij het monitoren van werknemers dient een zorgvuldige afweging te worden gemaakt tussen de belangen van de werknemer enerzijds en die van de werkgever anderzijds. Vanuit privacyrechtelijk perspectief vereist dit dat de werknemer vooraf wordt geïnformeerd over de monitoring en de onderliggende redenen daarvan.⁹ Verder dient de werknemer te worden voorgelicht over de reikwijdte van de controle en de mate waarin deze een inbreuk maakt op de privacy. Daarnaast mag de maatregel uitsluitend worden ingezet voor het beoogde doel en mag de werkgever daarbij geen verderstrekkende maatregelen nemen.¹⁰

Als er (disciplinaire of anderszins arbeidsrechtelijke) consequenties worden verbonden aan het thuiswerkbeleid, hebben werknemers het recht om niet te worden onderworpen aan uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming en moet er menselijke tussenkomst mogelijk zijn.¹¹ Dit onderstreept dat de werkgever adequate beschermingsmaatregelen aan de werknemer dient te bieden indien gebruik wordt gemaakt van AI-systemen op de werkvloer om werknemers te monitoren.

Eerst en vooral zal de werkgever van goeden huize moeten komen om te onderbouwen waarom naleving van het thuiswerkbeleid op een bepaalde wijze moet worden gemonitord en of er niet minder verstreckende manieren zijn om aanwezigheid op kantoor te meten, zoals het meten van aanwezigheid door middel van bewegingssensoren bij bureaus zonder dat duidelijk is welke specifieke werknemer aan het bureau plaatsneemt.

5. Perspectief arbeidsrecht: de WOR

5.1 Instemmingsplichtig voorgenomen besluit

Organisaties dienen erop bedacht te zijn dat zij er na het nemen van de hiervoor beschreven (privacy- en/of AI-rechtelijke) hordes nog niet zijn. De ondernemingsraad heeft een instemmingsrecht bij een voorgenomen besluit van de ondernemer tot vaststelling, wijziging of intrekking van (i) een regeling omtrent het verwerken van de persoonsgegevens van medewerkers en (ii) een regeling inzake voorzieningen die gericht zijn op of geschikt zijn voor waarneming van of controle op de aanwezigheid, gedrag of prestaties van medewerkers.¹² Deze gronden zullen allebei van toepassing zijn wanneer een ondernemer voornemens is de aan- en afwezigheid van personeel op kantoor te monitoren. Hij ontkomt er dus niet aan om eerst langs de ondernemingsraad te gaan.

De ondernemingsraad heeft niet alleen een instemmingsrecht wanneer een regeling over het monitoren wordt *geïntroduceerd*, maar ook wanneer deze wordt *gewijzigd*. Daardoor kan één regeling meerdere keren instemmingsplichtig zijn. Een vaak voorkomend voorbeeld in de praktijk zijn de toegangspassen: menig kantoorpand kan sinds jaar en dag enkel betreden worden met toegangspassen. De reden hiervoor is meestal gelegen in het waarborgen van de veiligheid op kantoor. Doordat de daaruit verkregen data ergens worden bewaard en hiermee de aanwezigheid van personeel *kan* worden waargenomen, heeft de ondernemingsraad al een instemmingsrecht. Het feit dat toegangspassen voor COVID-19-pandemie nooit daadwerkelijk gebruikt werden voor controle op aanwezigheid doordat iedereen destijds standaard op kantoor werkte, doet niets af aan het instemmingsrecht van de ondernemingsraad. Het feit dat de mogelijkheid tot waarneming en controle bestaat, is voldoende. De AP sluit zich hierbij aan in haar advies aan ondernemingsraden.¹³

6 Zie o.m. considerans onder 57, art. 26 lid 7 en Annex 3 onder 4 AI-verordening.

7 Art. 26 lid 7 AI-verordening.

8 Considerans onder 92 vermeldt dat "Deze verordening (...) geen afbreuk [doet] aan de verplichtingen van werkgevers (...), om werknemers of hun vertegenwoordigers te informeren, of te informeren en te raadplegen, over besluiten om AI-systemen in gebruik te stellen of aan te wenden".

9 Art. 13 en 14 AVG.

10 EHRM 5 september 2017 (*Bărbulescu/Roemenië*) (aanvraagnummer 61496/08 (2017 ECHR 754)).

11 Art. 22 AVG.

12 Art. 27 lid 1 sub k en sub l WOR.

13 Zie de website van de Autoriteit Persoonsgegevens, onder: <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/documenten/or-privacyboekje>.

Stel nu dat bij een bepaalde werkgever al jarenlang toegangspassen worden gebruikt teneinde de veiligheid binnen het pand te waarborgen. Na de COVID-19-pandemie vindt deze werkgever dat zijn personeel weer vaker op kantoor moet werken. Hij kan dan niet van de ene op de andere dag besluiten dat de toegangspassen gebruikt zullen worden om te waarnemen wie (niet) op kantoor werkt. Er is dan immers sprake van een *wijziging* van de inhoud en de doelstelling van de regeling betreffende de toegangspassen.¹⁴ De doelstelling is dan niet langer het garanderen van veiligheid, maar ook de controle op de naleving van het thuiswerkbeleid. Waar de toegangspassen eerst gebruikt *konden* worden voor waarneming en controle op de aanwezigheid, zullen ze daar nu daadwerkelijk voor worden gebruikt. Onafhankelijk van het antwoord op de vraag of de ondernemingsraad bij de introductie van de toegangspassen om instemming is verzocht, zal de ondernemingsraad bij deze wijziging van het gebruik van de toegangspassen opnieuw een instemmingsrecht toekomen. De ondernemingsraad heeft zich immers waarschijnlijk niet eerder uitgelaten over de wenselijkheid van de controle op de aanwezigheid van personeel, omdat dit probleem destijds niet speelde. Ook zal de ondernemingsraad willen meedenken over eventuele disciplinaire maatregelen.

5.2 Vervangende toestemming bij de kantonrechter

Op het moment dat de OR zijn instemming weigert, kan de werkgever de kantonrechter verzoeken om vervangende toestemming te geven.¹⁵ De kantonrechter doorloopt ter beoordeling van een dergelijk verzoek twee toetsen. Ten eerste toetst de kantonrechter aan de hand van een belangenafweging of de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te geven onredelijk is. Mogelijke belangen van de werkgever bij het willen (kunnen) monitoren van werknemers zijn: (i) het mogelijk maken van handhaving van het thuiswerkbeleid door middel van beloning en disciplineren en (ii) het waarborgen van goede verhoudingen op de werkvloer: door de controle wil de werkgever garanderen dat iedereen zich aan dezelfde regels houdt en tussen collega's onderling geen wrijving ontstaat. Daaronder liggen vaak de belangen dat de sociale cohesie niet verloren gaat door grootschalige afwezigheid op kantoor en dat de productiviteit op peil blijft. Daartegenover zullen de belangen van de ondernemingsraad vaak betreffen: (i) het waarborgen van de grondrechten, waaronder het privacyrecht van personeel en (ii) het willen voorkomen van disciplinaire maatregelen, bijvoorbeeld omdat de ondernemingsraad personele gevolgen onwenselijk vindt of vindt dat deze met te weinig waarborgen zijn omkleed.

Slechts als de belangen van de werkgever *zwaarder* wegen dan die van de ondernemingsraad, verleent de kantonrechter vervangende toestemming. Daarbij draagt de werkgever de bewijslast van de stelling dat zij belangen heeft die *zwaarder* wegen dan die van de ondernemingsraad. Niet onderbouwde statements zoals: *'Medewerkers*

zijn productiever wanneer zij op kantoor werken.' zullen het daardoor naar verwachting niet redden tegenover de reële vrees dat het privacyrecht in gedrang komt – zeker gelet op recent onderzoek waaruit blijkt dat flexibel thuiswerkbeleid kan leiden tot een hogere mate van autonomie, dat gerelateerd is aan betere prestaties.¹⁶

Wegen de belangen van de werkgever even zwaar of minder zwaar, dan beoordeelt de kantonrechter ten tweede of sprake is van bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen waardoor het voorgenomen besluit gevegd wordt. De kantonrechter kan daarbij het voorgenomen besluit aan de AVG toetsen.¹⁷ Het niet voldoen aan privacyrechtelijke verplichtingen kan daarmee voor werkgevers ook arbeidsrechtelijke consequenties hebben.

5.3 AI-systeem

Voor werkgevers die door middel van een AI-systeem de aanwezigheid van personeel willen monitoren, bestaat een extra aandachtspunt. Denkbaar is dat de ondernemingsraad in die situatie niet alleen een instemmingsrecht heeft (zoals hiervoor omschreven), maar ook een adviesrecht indien het plan om een AI-systeem te introduceren kan worden aangemerkt als een voorgenomen besluit met betrekking tot de invoering of wijziging van een belangrijke technologische voorziening.¹⁸ De gedachte achter dit adviesrecht is dat de invoering van nieuwe technologieën vaak verstrekking bedrijfsmatige en personele gevolgen hebben en dat betrokkenheid van werknemers daarbij dan ook wenselijk is.

6. Conclusie

Hoewel velen sympathie zullen hebben voor het idee dat personeel elkaar moet blijven ontmoeten op kantoor, is het juridisch afdwingen hiervan niet eenvoudig. Handhaving van thuiswerkbeleid zonder monitoring van personeel lijkt niet mogelijk en aan de monitoring kleven veel verschillende haken en ogen: met de AVG, de AI-verordening en de WOR ligt er een juridisch parcours dat minstens zo uitdagend is als de file op de dinsdagochtend. Zo blijkt dat de gewoonte van thuiswerken – ooit genormaliseerd uit noodzaak door de COVID-19-pandemie – zich niet gemakkelijk ongedaan laat maken.

¹⁴ Vgl. Rb. Amsterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7888.

¹⁵ Art. 27 lid 4 WOR.

¹⁶ S.A. Metselaar, *Wanneer flexibiliteit werkt: Een onderzoek naar de relatie tussen ruimtelijke flexibiliteit, werk-privébalans tevredenheid en prestaties* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Samantha Metselaar 2025.

¹⁷ Zie Rb. Oost-Brabant 20 september 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5172 en Rb. Amsterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7888.

¹⁸ Art. 25 lid 1 sub k WOR.