

De AVG en arbeidsrecht



In deze factsheet wordt ingegaan op de belangrijkste ontwikkelingen rondom de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) en human resources. De volgende onderwerpen komen aan de orde: toestemming van de werknemer, COVID-19 en privacy van de werknemer, biometrische persoonsgegevens en het controleren van de werknemers.

Geldt toestemming van werknemer in een arbeidsrechtelijke verhouding?

In de AVG is als één van de zes grondslagen opgenomen dat de verwerking van persoonsgegevens is toegestaan als de persoon om wie het gaat toestemming heeft gegeven. Volgens de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) kan deze toestemming in een arbeidsrechtelijke verhouding echter nooit vrijelijk gegeven worden.

De gedachte hierachter is dat de werknemer in een afhankelijke relatie tot de werkgever staat. De strikte leer van de AP blokkeert een verwerking volledig indien

er geen andere optie is. Naar onze mening is dit niet in lijn met de geest van de wet. Daarom delen wij ook de visie van de AP niet en gelukkig zijn wij niet de enigen. Nota bene het Europees Comité voor gegevensbescherming, ook wel the European Data Protection Board (EDPB) is een andere mening toegedaan dan de AP. De EDPB is een onafhankelijk Europees orgaan en draagt bij aan de consequente toepassing van regels voor gegevensbescherming in de gehele Europese Unie (EU). Dit doet ze door regelmatig richtlijnen rondom verschillende onderwerpen (waaronder de verwerkings-

grond toestemming) te publiceren. In de meest recente versie voor de richtlijn van de verwerkingsgrond toestemming bevestigt de EDPB dat in de meeste gevallen toestemming in een arbeidsrechtelijke relatie inderdaad niet mogelijk is, maar sluit dit niet uit. Sterker nog, de EDPB geeft zelfs aan dat dit in sommige gevallen mogelijk is en geeft als voorbeeld wanneer er gefilmd wordt op de werkvloer dat een werknemer in staat is om vrijelijk toestemming te geven. Wij begrijpen dat de strikte leer van de AP voor u als werkgever een onwerkbaar situatie kan veroorzaken. Graag denken wij met u mee bij het zoeken naar een oplossing!

Mag ik de temperatuur van werknemers opmeten?

De versoepeling van de door de overheid getroffen noodmaatregelen roept de vraag op of de temperatuur van werknemers gecontroleerd mag worden voordat zij de werkvloer betreden. Het registreren of automatisch verwerken van de temperatuur van een werknemer is een gezondheidsgegeven en valt daarom onder de categorie bijzondere persoonsgegevens.

Wat als ik de temperatuur van werknemers niet registreer of automatisch verwerk?

Gaat het alleen om het aflezen van de temperatuur op een thermometer – bijvoorbeeld bij het betreden van de werkvloer – en worden deze gegevens niet geregistreerd of automatisch verwerkt, dan is er geen sprake van een verwerking van persoonsgegevens en is de AVG niet van toepassing. Dat de AVG in dergelijke gevallen niet van toepassing is sluit de inbreuk op privacy niet uit. De toegang geweigerd worden en dat collega's dit zien kan weldegelijk een onrechtmatige inbreuk zijn op het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Maar denk ook aan het grondrecht integriteit van het lichaam. Dit betekent dat het enkel aflezen van de temperatuur is toegestaan, maar dat u de juiste maatregelen moet treffen om te voorkomen dat het 'temperaturen' een inbreuk op privacy oplevert. De AP is echter sinds het begin van de coronacrisis meerdere malen – en zonder duidelijke communicatie – van standpunt veranderd rondom de verwerking van (medische) persoonsgegevens van werknemers. Dit is uiteraard opmerkelijk, nu de 'privacywaakhond' juist duidelijkheid hoort te verschaffen.

Biometrische persoonsgegevens

Biometrische gegevens zijn persoonsgegevens die het resultaat zijn van een specifieke technische verwerking van fysieke, fysiologische of gedragsgerelateerde kenmerken van een persoon. Hierbij kan gedacht worden aan een vingerafdruk of gezichts-scan die gebruikt wordt voor de toegang tot de werkplaats. Nederland heeft in de Uitvoeringswet AVG (UAVG) een uitzondering voor het verbod van de verwerking van biometrische gegevens opgenomen: verwerking is toegestaan indien dit noodzakelijk is voor authenticatie of beveiligingsdoeleinden.

Uitspraak Rechtbank Amsterdam

In een uitspraak van 12 augustus 2019 heeft de rechtbank Amsterdam (hierna: 'rechtbank') geoordeeld dat een kassamedewerkster van een schoenenwinkel niet verplicht kan worden om haar vingerafdruk af te geven ten behoeve van een kassasysteem dat werkt op basis van een vingerscan-autorisatie. De winkel had een bedrijfsbelang bij de invoering van het systeem omdat er herhaaldelijk gefraudeerd werd. De rechtbank stelde de schoenenwinkel echter in het ongelijk. Er is volgens de rechtbank niet voldoende onderzocht of

De belangrijkste uitgangspunten in de AVG voor werkgevers

- ▶ De AVG biedt bescherming tegen het (geautomatiseerd) verwerken van persoonsgegevens. De AVG beschrijft de term verwerken heel ruim waardoor hier snel aan voldaan wordt. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het verzamelen, vastleggen, opslaan, wijzigen, raadplegen, verstrekken en vernietigen van persoonsgegevens.
- ▶ Voor de verwerking van alle persoonsgegevens geldt dat er altijd een grondslag moet zijn. In de AVG zijn zes grondslagen opgenomen waarbij u als onderneming zelf de verantwoordelijkheid heeft om te bepalen welke grondslag van toepassing is.
- ▶ De AVG onderscheidt bijzondere persoonsgegevens van gewone persoonsgegevens. Dit zijn persoonsgegevens die onder de AVG extra beschermd worden. Hieronder vallen gegevens over de gezondheid van een persoon, maar ook gegevens over ras, geloofsovertuiging of seksuele geaardheid.
- ▶ Op grond van de AVG is het bedrijven verboden om bijzondere persoonsgegevens te verwerken. Behalve wanneer een in de AVG of in de Uitvoeringswet AVG (UAVG) opgenomen uitzondering én een grondslag voor de verwerking van toepassing is.

alternatieve maatregelen konden worden genomen, zoals een werknemerspas of het gebruik van cijfercodes. Ook heeft de schoenenwinkel niet voldoende kunnen onderbouwen waarom zij heeft gekozen voor de vingerscanautorizatie, bijvoorbeeld aan de hand van documenten met een afweging van de impact op privacy van de werknemers.

Besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete door de AP

In december 2019 heeft de AP een boete van € 725.000 opgelegd aan een bedrijf waarvan de naam (nog) niet bekend is gemaakt. Het bedrijf in kwestie maakte gebruik van scanstations waarmee werknemers met hun vingerafdruk konden in- en uitklokken. De werkgever kreeg hierdoor inzicht in aan- en afwezigheid, werktijden, ziekteverzuim en overuren. De AP verwijst in haar motivatie naar de toelichting (Memorie van Toelichting) bij de AVG waarin is opgenomen dat een organisatie een afweging moet maken of identificatie door middel van biometrie noodzakelijk en proportioneel is voor authenticatie of beveiligingsdoeleinden. Hiervoor geldt een strenge toets. Bij een kerncentrale mag biometrie bijvoorbeeld wel worden ingezet voor de toegangscontrole. Gelet op het feit dat de bedrijfsactiviteiten in de kwestie waarin de AP een boete heeft opgelegd, gericht zijn op reparatiewerkzaamheden in een garage, is het niet noodzakelijk en proportioneel dat de toegangscontrole via biometrie plaatsvindt.

Mag ik biometrische persoonsgegevens van werknemers opslaan?

Het verwerken van biometrische persoonsgegevens van werknemers is in beginsel niet verboden. Het is echter essentieel om bij invoering van dergelijke systemen de privacygerelateerde risico's goed in kaart te brengen en de mogelijkheden van eventuele minder ingrijpende alternatieven te onderzoeken. Dit kunt u doen door een data protection impact assessment (DPIA) uit te voeren. Heeft u de ambitie om een dergelijk systeem te implementeren? Bent u terughoudend door de uitspraak van 12 augustus 2019 en het boetebesluit van december 2019 van de AP? Wij denken graag met u mee!

Mag ik mijn werknemers controleren?

Als werkgever wilt u soms uw werknemers kunnen controleren. Denk hierbij aan het controleren van het gebruik van e-mail, internet en telefoon of het gebruik van cameratoezicht om diefstal of beschadiging van eigendommen tegen te gaan. In principe mag u uw werknemers controleren, maar u dient hierbij wel rekening te houden met de privacy van uw werknemers. Immers, de inbreuk op de privacy van de werknemer kan groot zijn.

- ▶ **U moet een gerechtvaardigd belang hebben voor het inzetten van het controlemiddel.** U dient vooraf te onderzoeken of dit belang zwaarder weegt dan het privacybelang van de werknemers;
- ▶ **De controle moet noodzakelijk zijn.** Is er een andere manier mogelijk om het doel te bereiken die minder ingrijpend is voor de privacy van de werknemers? Als blijkt

dat er een andere, minder ingrijpende, wijze is om het doel te behalen, dan mag u niet overgaan tot het inzetten van het controlemiddel;

- ▶ **U dient de werknemers te informeren over wat toegestaan en wat verboden is, dat controle mogelijk is en op welke manier dat gebeurt.** Dit kan bijvoorbeeld met gedragsregels of in een protocol;
- ▶ **U dient vooraf instemming aan de ondernemingsraad (OR) te vragen;**
- ▶ **Bent u van plan om grootschalige en/of systematische controle uit te voeren, bijvoorbeeld om diefstal en fraude binnen uw organisatie te voorkomen? Dan bent u verplicht om een DPIA uit te voeren.** Dit is een risicobeoordeling van de privacyeffecten. Indien het risico te groot is en u niet in staat bent om de risico's te beperken, dan moet u met de AP overleggen voordat u met de controle van uw werknemers start. De AVG biedt bescherming tegen het (geautomatiseerd) verwerken van persoonsgegevens. De AVG beschrijft de term verwerken heel ruim waardoor hier snel aan voldaan wordt. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het verzamelen, vastleggen, opslaan, wijzigen, raadplegen, verstrekken en vernietigen van persoonsgegevens.
 - ▷ **Voor de verwerking van alle persoonsgegevens geldt dat er altijd een grondslag moet zijn.** In de AVG zijn zes grondslagen opgenomen waarbij u als onderneming zelf de verantwoordelijkheid heeft om te bepalen welke grondslag van toepassing is.
 - ▷ **In de AVG is een aantal categorieën persoonsgegevens als bijzonder aangemerkt, dit zijn persoonsgegevens die onder de AVG extra beschermd worden.** Hieronder vallen gegevens over de gezondheid van een persoon, maar ook gegevens over ras, geloofsovertuiging of seksuele geaardheid.
 - ▷ **Op grond van de AVG is het bedrijven verboden om bijzondere persoonsgegevens te verwerken.** Behalve wanneer een in de AVG of in de UAVG opgenomen uitzondering én een grondslag voor de verwerking van toepassing is.

Zijn er nog andere aspecten waar u rekening mee dient te houden?

Jazeker! Uw werknemers hebben op grond van de AVG verschillende rechten die u – na verzoek van de werknemer – moet kunnen inwilligen:

- ▶ het recht om gegevens in te zien;
- ▶ het recht om vergeten te worden;
- ▶ het recht op beperking van de verwerking;
- ▶ het recht om bezwaar te maken tegen het gebruik van persoonsgegevens.

Mag ik mijn werknemers testen op alcohol, drugs en geneesmiddelengebruik?

De AP heeft in maart 2019 bepaald dat het testen van werknemers op alcohol, drugs en geneesmiddelen vrijwel altijd verboden is. Volgens de AP is het alleen toegestaan om werknemers tijdens werktijd te controleren op het gebruik

van alcohol, drugs en geneesmiddelen indien daar een wettelijke grondslag voor is. Die wettelijke grondslag is er bijvoorbeeld bij piloten, kapiteins, machinisten en trambestuurders. Valt u niet onder een specifieke wettelijke uitzondering? Dan staat de AP op grond van de AVG helaas geen andere mogelijkheid toe om tests af te nemen.

Waarom is de AP zo streng ten aanzien van het afnemen van deze tests?

Dit komt omdat de persoonsgegevens die verkregen zijn uit het afnemen van alcohol-, drugs- en geneesmiddelentests bijzondere (medische) persoonsgegevens zijn. Het verwerken van bijzondere persoonsgegevens is maar heel beperkt toegestaan.

Recentelijk kondigde staatssecretaris Van Ark aan dat zij alcohol- en drugstests wettelijk gezien mogelijk wil maken voor ondernemingen in risicovolle sectoren. Het is nog even afwachten of deze regeling er komt en hoe deze precies wordt uitgewerkt.

Zijn er andere mogelijkheden?

Er zijn voornamelijk weinig mogelijkheden tot het afnemen van een alcohol- of drugstest bij een werknemer. Als werkgever heeft u evenwel een wettelijke zorgplicht om ongelukken op het werk te voorkomen. Stilzitten is daarom geen optie. Informeer werknemers over de gevaren van het werken onder invloed van alcohol of drugs en stel een duidelijk alcohol- en drugsbeleid op. Bij een concrete verdenking is het verstandig om de toestand van de werknemer door meerdere personen visueel te laten vaststellen, de werknemer tijdelijk toegang tot het werk te weigeren en de constatering per e-mail aan de werknemer te bevestigen in de vorm van een schriftelijke waar-

schuwing. Bij herhaling kan een ontslagtraject worden overwogen. Lijkt de werknemer verslaafd te zijn? Dan is het zaak om het alcohol- of drugsgebruik als ziekte te behandelen en samen met de werknemer de bedrijfsarts in te schakelen of een behandeltraject op te starten.

Wat kan BDO voor u betekenen?

De AP hanteert een strikt beleid als het gaat om de privacy van werknemers. Dit vraagt om extra zorgvuldigheid bij het verwerken van (bijzondere) persoonsgegevens. Temeer omdat het geven van toestemming door een werknemer niet als een geldige grondslag voor de verwerking geldt. Wij helpen u graag bij het in kaart brengen van de voor- en nadelen van het verwerken van persoonsgegevens binnen uw onderneming in relatie tot de privacy van uw werknemers. Ook adviseren wij u graag over de maatregelen die u kunt treffen om eventuele risico's te mitigeren zodat u voldoet aan de AVG. Voorbeelden van werkzaamheden die wij voor u kunnen uitvoeren zijn:

- ▶ het in kaart brengen van de bedrijfsprocessen binnen uw onderneming waarbij persoonsgegevens van werknemers worden verwerkt en toetsen aan de grondslagen en uitzonderingsgronden in de AVG;
- ▶ het in kaart brengen van de AVG-risico's en de bijbehorende beheersmaatregelen bij technologische innovatie, zoals het gebruik van biometrische gegevens, binnen uw onderneming;
- ▶ het opstellen of toetsen van verschillende privacygerelateerde documenten, zoals bijvoorbeeld een privacybeleid, privacyverklaring, beleid van de rechten van uw werknemers en gedragsregels voor controle van de werknemers of een alcohol- en drugsbeleid.

Meer informatie?

Heeft u interesse in een vrijblijvend gesprek of wilt u meer weten over de AVG in relatie tot arbeidsrecht? Neem dan gerust contact op met:



Stefan Zrnic
Jurist Tech & Privacy Law
T 06 - 51 29 22 20
E stefan.zrnic@bdo.nl



Reineke Vorselaars-Velthoven CIPP/E
Sr. Manager Legal
T 06 - 24 61 21 97
E reineke.vorselaars-velthoven@bdo.nl

Vond u dit interessant? Ontvang – net als 17.000 andere organisaties – het laatste nieuws over bijvoorbeeld actuele publicaties en onderzoeken, fiscale regelgeving en wetswijzigingen tweewekelijks in uw mailbox! Meld u aan via bdo.nl/nieuwsbrief

Deze publicatie is zorgvuldig voorbereid en tot stand gekomen, maar is in algemene bewoordingen gesteld en bevat alleen informatie van algemene aard. Deze publicatie bevat geen advies voor concrete situaties, zodat uitdrukkelijk wordt afgeraden om zonder advies van een deskundige op basis van de informatie in deze publicatie te handelen, na te laten of besluiten te nemen. Voor het verkrijgen van een advies dat is toegesneden op uw concrete situatie, kunt u zich wenden tot

BDO Legal B.V. of een van haar adviseurs. BDO Legal B.V., de met haar gelieerde partijen en haar adviseurs aanvaarden geen aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van handelen, nalaten of het nemen van besluiten op basis van de informatie in deze publicatie.

BDO is een op naam van Stichting BDO te Amsterdam geregistreerd merk.

In deze publicatie wordt BDO gebruikt ter aanduiding van de organisatie die onder de merknaam 'BDO' actief is op het gebied van de professionele dienstverlening (accountancy, belastingadvies en advisory).

BDO Legal B.V. is lid van BDO International Ltd, een rechtspersoon naar Engels recht met beperkte aansprakelijkheid, en maakt deel uit van het wereldwijde netwerk van juridisch zelfstandige organisaties die onder de naam 'BDO' optreden.

BDO is de merknaam die wordt gebruikt ter aanduiding van het BDO-netwerk en van elk van de BDO Member Firms.