
RUTGERS & POSCH



Doorwerking van de AVG in het
arbeidsrecht – gemiste kans?

Inge de Laat - 14 november 2017

Nadere regels

Artikel 88 AVG

“Lidstaten kunnen nadere regels vaststellen ter bescherming van de rechten en vrijheden met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens van werknemers in het kader van de arbeidsverhouding... “

Uitvoeringswet:

“Er is geen behoefte om gebruik te maken van de ruimte die deze bepaling aan het lidstatelijk recht biedt.”

Gemiste kans?

Cameratoezicht

Verschillende criteria uit de wetgeving/rechtspraak en van de Autoriteit Persoonsgegevens:

- Gerechtvaardigd doel/grondslag;
- Proportionaliteit en subsidiariteit;
- Informatie aan de werknemers (kenbaarheidsvereiste);
- Rol van de ondernemingsraad.

→ Bij inzet verborgen camera's aanvullende vereisten:

- Alleen in bijzondere omstandigheden;
- Laatste redmiddel;
- In tijd beperkt.

Cameratoezicht

- HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1347
 - Verdenking van strafbaar feit/laatste redmiddel
- CRvB 10 juli 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BS8005
 - Vermoeden van onrechtmatig dan wel strafbaar handelen
- CRvB 19 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2120
 - Zeer ernstig plichtsverzuim
- EHRM 5 oktober 2011, EHRM 2011/29 (Köpke)
 - Criteria voor cameratoezicht
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 23 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9403:
Werkgever maakt werknemer ernstig verwijt van aan de orde stellen van onvoldoende zorgvuldigheid bij inzet verborgen cameratoezicht; Kantonrechter en Hof oordelen ernstige verwijtbaarheid aan zijde werkgever - billijke vergoeding voor werknemer

Cameratoezicht

- Rb Gelderland, 03 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:43
- Busreiziger twittert dat *'chauffeur handheld bellend rondrijdt'*
 - Chauffeur ontkent, maar reiziger heeft gefilmd
- Ontslag op staande voet: onrechtmatig verkregen bewijs?
- Beperkte doelomschrijving privacyreglement!
 - 'niet bedoeld om het gedrag van medewerkers te observeren' tenzij strafbaar feit en 'alleen gebruikt als onderdeel van formele aangifte'

Cameratoezicht

Onrechtmatig verkregen bewijs

HR 11 juli 2014, JAR 2014/194 en HR 18 april 2014, JAR 2014/65

“Het maatschappelijk belang dat de waarheid aan het licht komt, alsmede het belang van partijen om hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken weegt zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts in geval van bijkomende omstandigheden is terzijdelegging van dat bewijs gerechtvaardigd”.

Vgl. Kantonrechter Amsterdam 19 oktober 2005, JAR 2006/1

Cameratoezicht

Gemiste kans?

Ja, al jaren is er onduidelijkheid over de precieze criteria waaraan cameratoezicht zou moeten voldoen. De criteria uit de (Europese) rechtspraak zouden vastgelegd kunnen worden in een wettelijke regeling zodat werkgever en werknemer beter weten waar ze aan toe zijn.

Art. 88 AVG biedt de mogelijkheid wettelijk vast te leggen op welke wijze kan worden voorkomen dat de inzet van cameratoezicht een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op het respect voor het privéleven van werknemers.

Cameratoezicht

In een wettelijke regeling zou (onder meer) het volgende geregeld kunnen worden:

- De werkgever dient een duidelijk beleid op te stellen met voldoende waarborgen om de persoonlijke levenssfeer van de werknemers te beschermen;
- Om cameratoezicht te mogen inzetten afnemen moet de werkgever een gerechtvaardigd doel hebben;
- De werknemers moeten worden geïnformeerd;
- Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen verborgen cameratoezicht en niet verborgen cameratoezicht. In het eerste geval geldt dit enkel geoorloofd is in bijzondere gevallen, bij een concrete verdenking, als laatste redmiddel en in tijd en ruimte beperkt.

De ondernemingsraad heeft (vanzelfsprekend) een instemmingsrecht.

Alcohol- en drugstesten

Rapport Autoriteit Persoonsgegevens (november 2016) inzake Uniper:
(z2015-00971)

Conclusie: Het uitvoeren van alcohol- en drugstesten door de werkgever is niet toegestaan.

Alcohol- en drugstesten

- Art. 16 Wbp (art. 9 AVG): verbod op het verwerken van bijzondere persoonsgegevens, waaronder gegevens over gezondheid
- Art. 23 Wbp: restbepaling verwerking bijzondere gegevens

Art. 23 lid 1, onder a Wbp: bijzondere persoonsgegevens mogen worden verwerkt indien dat geschiedt met de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene.

Máár: de werknemer kan - gezien de gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer - niet in vrijheid toestemming geven.

Vgl. ook advies AP ten aanzien van Uitvoeringwet AVG

Opinion 2/20017 on data processing at work d.d. 8 June 2017:

“Given the unequal relationship between employers and employees – i.e. the employee has a financial dependence on the employer – and the sensitive nature of the data, it is highly unlikely that legally valid explicit consent can be given for the tracking or monitoring of such data as employees are essentially not ‘free’ to give such consent in the first place.”

Alcohol- en drugstesten

Art. 23 lid 1, onder f Wbp: bijzondere persoonsgegevens mogen worden verwerkt indien dit noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang, passende waarborgen worden geboden ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer en dit bij wet wordt bepaald dan wel het College ontheffing heeft verleend. Het College kan bij de verlening van ontheffing beperkingen en voorschriften opleggen.

Máár: er is geen wettelijke basis, aldus de AP.

Art. 3 en 19 van de Arbowet en 7:660 BW gelden niet als wettelijke basis omdat niet expliciet is bepaald dat gegevens over de gezondheid in het kader van alcohol- en drugscontroles mogen worden verwerkt.

Vgl. ook de Wet luchtvaart, de Spoorwegwet e.d.: wel een wettelijke basis maar enkel door onderzoek door een bevoegde opsporingsambtenaar.

Alcohol- en drugstesten

Rechtspraak alcohol- en drugstesten

- HR 14 september 2007, JAR 2007/250 (Hyatt/Dirksz):

Ontslag op staande voet na een positieve uitslag van een drugstest – onder de voorwaarde dat de werknemer heeft ingestemd met het strenge antidrugsbeleid van de werkgever – is mogelijk. De met een drugstest gepaard gaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer wordt gerechtvaardigd door het belang van de werkgever haar goede naam te behouden.

- Vgl. ook Kantonrechter Amsterdam 20 april 2012, JAR 2012/157 (blaastest gebruikt om alcohol in bloed vast te stellen/protocol aanwezig) en Kantonrechter Groningen 3 maart 2010, RAR 2010/69 (blaastest is gerechtvaardigd/gedragsregels aanwezig).

Alcohol- en drugstesten

Gemiste kans?

- In de praktijk worden alcohol- en drugstesten regelmatig afgenomen;
- Er zijn gerechtvaardigde belangen om alcohol- en drugstesten af te nemen;
- In de rechtspraak wordt bewijs verkregen uit dergelijke testen meestal gewoon meegewogen;
- De AP is van oordeel dat het uitvoeren van alcohol- en drugstesten door de werkgever niet is toegestaan omdat een wettelijke basis ontbreekt.
- Art. 88 AVG biedt de mogelijkheid wettelijk vast te leggen op welke wijze kan worden voorkomen dat dergelijk beleid een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op het respect voor het privéleven van werknemers.

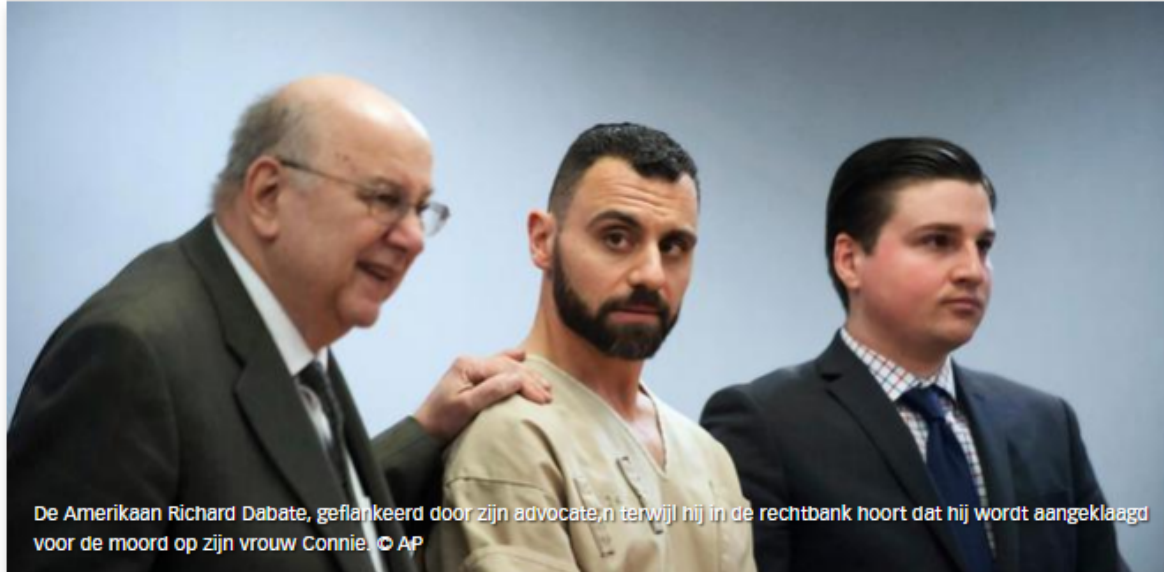
Alcohol- en drugstesten

In een wettelijke regeling zou (onder meer) het volgende geregeld kunnen worden:

- De werkgever dient een duidelijk beleid op te stellen met voldoende waarborgen om de persoonlijke levenssfeer van de werknemers te beschermen;
- Om alcohol- en drugstesten te mogen afnemen moet de werkgever een (veiligheids-)belang aantonen;
- Het afnemen van tests moet met zoveel mogelijk waarborgen worden omkleed, onder meer door iemand met geheimhoudingsplicht etc.;
- Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen steekproefsgewijs testen en het afnemen van een test in geval van een concrete verdenking.

De ondernemingsraad heeft (vanzelfsprekend) een instemmingsrecht.

Tech



De Amerikaan Richard Dabate, geflankeerd door zijn advocaten terwijl hij in de rechtbank hoort dat hij wordt aangeklaagd voor de moord op zijn vrouw Connie. © AP

Onschuldig? Stappenteller schiet gaten in alibi van Amerikaan verdacht van moord

Wie een moord pleegt doet er goed aan voor de daad zijn stappenteller of smartwatch af te doen. En die van zijn slachtoffer. In de Verenigde Staten is een man aangeklaagd voor de moord op zijn vrouw, omdat uit de gegevens van haar Fitbit is gebleken dat ze nog leefde en rondliep een uur nadat ze volgens haar echtgenoot om het leven was gekomen bij een gewelddadige overval.

Vitaliteitsprogramma's & wearables

“Dat wearables grote verschillen kunnen maken, blijkt uit diverse internationale onderzoeken. Een studie van PwC uit 2014 toonde al aan dat de productiviteit van werknemers die een tracker dragen, toeneemt met 8,5 procent en hun tevredenheid met 3,5 procent.”



Nieuwe Arbowet:

- Preventie staat nog meer centraal. De bedrijfsarts moet de werkgever adviseren over het toepassen van preventieve maatregelen voor gezond en veilig werken van de werknemers.

Art. 14 lid 2 onder j Arbowet: *“de bedrijfsarts adviseert over preventieve maatregelen betreffende het algemeen arbeidsomstandighedenbeleid, bedoeld in artikel 3.”*

Vitaliteitsprogramma's & wearables

- Verwerking van gezondheidsgegevens door werkgevers
→ Niet geoorloofd, ook niet met toestemming of anoniem
- Een werkgever mag werknemers niet aanzetten om gegevens te delen.
- Ook de leverancier of collega's mogen geen gezondheidsgegevens inzien, verwerken of verstrekken als dit gebeurt in opdracht van de werkgever.



Vitaliteitsprogramma's & wearables

Gemiste kans?

Nee. Belang van werkgever om inzage te krijgen in gegevens die voortkomen uit vitaliteitsprogramma's en wearables niet direct aanwezig.

Vragen?



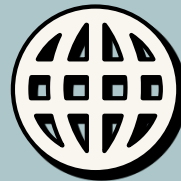
Herengracht 466
1017 CA Amsterdam
The Netherlands



T +31 20 891 3942



M +31 6 1092 4642
Inge de Laat



www.rutgersposch.com