

Informatie over het gedrag van werknemers en de AVG, risky business?

Wanneer een werkgever het vermoeden heeft dat een werknemer in strijd handelt met de arbeidsovereenkomst, zal hij hier nader onderzoek naar willen doen. Maar wat is er mogelijk nu de AVG van kracht is?

Michel T Schroots

Een werknemer een officiële waarschuwing geven, of over gaan tot ontslag van een werknemer, mag alleen wanneer de werkgever de aan de werknemer te maken verwijten kan bewijzen. Bewijs van mogelijk wangedrag van een werknemer wordt vaak verzameld door het, eventueel stelselmatig, controleren van internet- en e-mailverkeer, (heimelijk) cameratoezicht en - in ernstige gevallen - door inzet van bedrijfsrecherche, bijvoorbeeld stelselmatige observatie.

De werkgever maakt met deze methodes vaak een onrechtmatige inbreuk op de privacy van de werknemer. Tot voor kort had een dergelijke inbreuk voor de werkgever die op deze onrechtmatige wijze bewijs verzamelde weinig tot geen gevolgen. Met de definitieve inwerkingtreding van de Algemene Verordening Gegevensbescherming ('AVG') komt hier mogelijk verandering in.

Persoonlijke levenssfeer

Alle hiervoor genoemde vormen van toezicht door de werkgever op de werknemer maken in meer of mindere mate een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van een werknemer. Zo'n inbreuk levert vaak een schending op van artikel 8 EVRM en is daarmee in beginsel onrechtmatig. Toch wordt onrechtmatig verkregen bewijs door de rechter meestal toegelaten, ook in procedures waar de werkgever op basis van dit bewijs ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een werknemer vordert.

Waarheidsvinding gaat volgens de rechter (vaak) voor op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt onrechtmatig verkregen bewijs in een civiele procedure buiten beschouwing gelaten of worden hier sancties aan verbonden. Gelet hierop kan het op onrechtmatige wijze vergaren van bewijs voor een werkgever in een civiele procedure lonen.

Toepasselijkheid AVG

Het op onrechtmatige wijze controleren van gedrag van werknemers kan, zeker met de hernieuwde aandacht voor privacy als gevolg van de definitieve inwerkingtreding van de AVG per 25 mei 2018, echter alsnog negatief uitpakken. Deze bewijsvergaring kwalificeert namelijk onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) als 'het verwerken van persoonsgegevens'.

Van verwerking van persoonsgegevens is op grond van de AVG onder meer sprake wanneer informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon wordt verzameld, vastgelegd, geordend en/of opgeslagen. Om een dossier op te kunnen bouwen tegen (bijvoorbeeld) een mogelijk frauderende werknemer, zal de werkgever deze werknemer niet alleen 'in de gaten' houden, maar de met de surveillance verkregen gegevens bovendien in het personeelsdossier van de werknemer(s) in kwestie willen opslaan.

Sancties AVG

Als een werkgever gegevens over zijn werknemers verwerkt in strijd met de op grond van de AVG geldende regels, riskeert de werkgever een boete van maximaal € 20.000.000,00 of vier procent van de totale wereldwijde jaaromzet van de onderneming, als dit bedrag hoger uitvalt. Daarnaast kan een werknemer op grond van de AVG aanspraak maken op vergoeding van materiële en immateriële schade die hij als gevolg van een inbreuk op de AVG heeft geleden.

Verwerking gegevens werknemers

Uitgangspunt van de AVG is dat verwerking van gegevens van natuurlijke personen niet is toegestaan, tenzij de verwerking van deze gegevens geschiedt op basis van een van de in de AVG limitatief opgesomde verwerkingsgronden. Waar de te verwerken persoonsgegevens 'reguliere' persoonsgegevens betreffen, luiden deze limitatieve grondslagen als volgt*:

1. Toestemming

2. Verwerking is noodzakelijk in het kader van het uitvoeren van een overeenkomst
3. Verwerking is noodzakelijk om te voldoen aan een wettelijke plicht
4. Verwerking is noodzakelijk voor de behartiging van het gerechtvaardigd belang
5. Verwerking is noodzakelijk om vitale belangen te beschermen, of
6. Verwerking is noodzakelijk in het algemeen belang of voor uitoefening van het openbaar gezag

Van deze zes gronden zijn er maar twee gronden die *mogelijk* zouden kunnen leiden tot onder de AVG toegestane controle van werknemers. Dit betreft a) door de werknemer gegeven toestemming óf b) de noodzaak vanwege de behartiging van een gerechtvaardigd belang van de werkgever.

a. Toestemming

In de relatie tussen werknemer en werkgever zal verkregen toestemming van de werknemer voor verwerking van zijn persoonsgegevens door de werkgever bijna nooit voldoende zijn. De AVG vereist namelijk dat de verkregen toestemming *vrijelijk* wordt gegeven. De Europese Commissie heeft in dit verband opgemerkt dat de relatie tussen een werkgever en werknemer dermate afhankelijk is dat de werknemer in beginsel niet kan worden geacht vrijelijk toestemming te kunnen geven voor verwerking van zijn persoonsgegevens. Verwerking van persoonsgegevens van een werknemer door (of in opdracht van) een werkgever op basis van verkregen toestemming is alleen mogelijk als er absoluut geen enkele gevolgen zijn voor een werknemer die deze toestemming weigert. Bovendien moet de werknemer steeds in de gelegenheid worden gesteld om zijn toestemming in te trekken waarna de werkgever de verwerking van gegevens die gebaseerd was op deze toestemming dient te staken.

b. Gerechtvaardigd belang werkgever

Dan resteert enkel nog het gerechtvaardigd belang van de werkgever bij de monitoring van persoonsgegevens als mogelijke grondslag. Dit gerechtvaardigd belang van de werkgever kan enkel worden ingeroepen als grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens wanneer de verwerking voldoet aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Kort gezegd moet een afweging worden gemaakt tussen de gerechtvaardigde belangen van de werkgever bij de controle van de werknemer(s) en het gerechtvaardigde belang van de werknemer op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer. Bovendien moet bij het controleren van werknemers steeds worden gekozen voor die methode die zo min mogelijk inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer en mogen alleen die gegevens worden verwerkt die strikt noodzakelijk zijn voor het vaststellen van een eventuele inbreuk.

Maatwerk

Hoewel het monitoren van gedrag van werknemers onder de Wet Bescherming Persoonsgegevens (WBP) ook al tot mogelijke sancties kon leiden, werd hier onder de WBP voor zover bekend in deze column beschreven situaties geen beroep op gedaan. Reden hiervoor is mogelijk dat de inhoud van de WBP voor velen grotendeels onbekend was.

Met de grote aandacht die momenteel wordt besteed aan de AVG, komt hier in de toekomst wellicht verandering in. Werknemers die door hun werkgever in de gaten zijn of worden gehouden, kunnen hierover klagen bij de Autoriteit Persoonsgegevens. Ook wanneer uit het onderzoek van de werkgever is gebleken dat de werknemer onrechtmatig handelde ten opzichte van de werkgever.

Het is dan vervolgens aan de Autoriteit Persoonsgegevens om te bepalen óf de werkgever heeft gehandeld binnen de door de AVG gestelde kaders (i.e. gerechtvaardigd belang). Als de Autoriteit Persoonsgegevens tot de conclusie komt dat de werkgever bij het controleren van zijn werknemers te ver is gegaan, en dus zonder (toereikende) grondslag persoonsgegevens van werknemers heeft verwerkt, kan dit tot (hoge) boetes en schadevergoedingsclaims van de desbetreffende werknemers leiden.

Gelet op deze mogelijk vergaande gevolgen van de controle van het gedrag van werknemers, doet de werkgever er - meer dan voorheen - verstandig aan om bij elke controle een zorgvuldige afweging te maken tussen zijn belangen bij controle van de werknemer en het belang van de werknemer bij respectering van zijn privacy. Bovendien zal de werkgever per geval steeds moeten bekijken of er geen minder 'schadelijke' methode mogelijk is om zijn doel te bereiken. Maatwerk dus.

** In het geval van mogelijke verwerking van 'bijzondere' persoonsgegevens, zoals - onder meer - ras, gezondheid, etnische afkomst en vakbondslidmaatschap, gelden op grond van de AVG aanvullende eisen voordat deze gegevens zouden mogen worden verwerkt.*

Deel dit artikel

f **in**  

Michel T Schroots is advocaat in Rotterdam en lid van de praktijkgroep Ondernemingsrecht van het kantoor Schaap Advocaten Notarissen.

GERELATEERD



NIEUWS | 13 januari 2022

FNV: Uitzendbureaus steken transitievergoeding in eigen zak

Uitzendkrachten krijgen nog steeds vaak geen transitievergoeding als ze hun baan zijn kwijtgeraakt, terwijl ze daar wel recht op hebben, meldt vakbond FNV. →



NIEUWS | 12 januari 2022

Financiële dienstverlener mag onbewerkte kopie id-bewijs vragen, maar niet opslaan

Banken en andere financiële dienstverleners mogen een onbewerkte kopie van een identiteitsbewijs eisen van een klant voor identificatie of verificatie van de identiteit. →



NIEUWS | 06 januari 2022

Facebook en Google krijgen miljoenenboete in Frankrijk

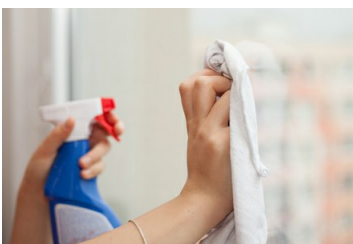
Socialmediabedrijf Facebook en internetconcern Google hebben van de Franse toezichthouder boetes gekregen van in totaal 210 miljoen euro. De Franse waakhond voor... →



NIEUWS | 21 december 2021

Economen ING voorspellen einde oefening voor deel flexbedrijven

Een deel van de branche voor flexwerk verliest binnenkort zijn bestaansrecht, voorspellen economen van ING. →



NIEUWS | 09 december 2021

Europese Commissie pakt schijnzelfstandigheid bij platforms aan

De Europese Commissie wil met een pakket wetsvoorstellen internetplatformwerkers in de EU beter beschermen. →
