
Update over nieuwe privacywetgeving in het primair onderwijs

DE AVG: HOE HEET WORDT DE SOEP GEGETEN?

De inwerkingtreding van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) werd door veel scholen in de aanloop naar 25 mei 2018 steeds paniekeriger tegemoet gezien. Bij de implementatie van de AVG stuitten schoolbesturen op diverse problemen en vraagstukken. Nu het stof rondom de AVG aan het neerdalen is, is het interessant om te zien welke ontwikkelingen zich sinds 25 mei 2018 hebben voorgedaan. Daarnaast zijn er in de rechtspraak een aantal noemenswaardige uitspraken rondom het onderwerp AVG gedaan. In dit artikel wordt vanuit arbeidsrechtelijk perspectief stilgestaan bij enkele aspecten van de AVG.

Een belangrijke reden waarom bedrijven en instellingen zoveel energie staken in AVG-compliance zijn ongetwijfeld de extreem hoge boetes die kunnen worden opgelegd. Eind 2018 waren circa 10.000 klachten binnengekomen bij de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), een kwart meer dan dezelfde periode in 2017. Vooral nog valt het mee met de boetes en de hoogte ervan. Na een fase van voorlichting is het echter te verwachten dat de boetes in aantal gaan toenemen. Wat zijn de AVG-compliance risico's die zich binnen de schoolorganisatie kunnen voordoen?

BEWAARtermijnen

De AVG schrijft voor dat de werkgever van tevoren bepaalt hoe lang hij persoonsgegevens bewaart, de bewaartermijn vastlegt en opneemt in zijn verwerkingsregister en de werknemers hierover informeert. Maar welke bewaartermijnen zijn er? De AVG kent slechts het algemeen geformuleerde criterium dat persoonsgegevens niet langer bewaard mogen worden dan noodzakelijk is voor het doel waarvoor deze zijn verwerkt¹. Specifieke privacyregels zijn er niet. De AP sluit wat betreft persoonsgegevens aan bij de maximumtermijn van twee jaar, die nog stamt uit de inmiddels ingetrokken Wet Bescherming Persoonsgegevens. Zo is er bijvoorbeeld een bewaarplicht met betrekking tot de registratie van arbeidstijden: deze persoonsgegevens moeten op grond van de Arbeidstijdenwet ten minste een jaar worden bewaard, gerekend vanaf de datum waarop de betreffende gegevens betrekking hebben². Ook gelden er verplichte bewaartermijnen in fiscale wetgeving, waar veel persoonsgegevens onder vallen. Het bestaan van deze verschillende bewaartermijnen betekent dat per soort persoonsgegevens moet worden beoordeeld hoe lang deze mag of juist moet worden bewaard. Extra complicerend is dat het fiscale recht twee

wettelijke bewaartermijnen kent, vijf en zeven jaar. De vijfjaarstermijn begint te lopen vanaf het jaar waarin het ontslag heeft plaatsgevonden. De zevenjaarstermijn echter op een ander moment, namelijk vanaf de eerste dag van het daaropvolgende kalenderjaar. De werkgever moet in dat geval ieder jaar per werknemer, dus ook tijdens het dienstverband, een opschoningsactie uitvoeren en persoonsgegevens vernietigen zeven jaar na het jaar waarop ze betrekking hebben. Dit is niet werkbaar, omdat onder fiscalisten geen eenduidigheid bestaat over de vraag welke gegevens er onder welke van de twee termijnen vallen. Vaak is er ook een overlap. Hier ligt de taak voor de AP duidelijke richtlijnen vast te stellen, maar dat is nog niet gebeurd. Het lijkt uit praktische overwegingen raadzaam in elk geval te voldoen aan de AVG-plicht tot het ten minste voeren van een bewaarbeleid, de gehanteerde bewaartermijnen per soort op te nemen in het verwerkingsregister en aan te haken bij de zevenjaarstermijn voor fiscale documenten. Dit omdat deze termijn ingaat na einde dienstverband, in tegenstelling tot de tweejaarstermijn voor niet fiscale documenten, zoals beoordeling, mailadres en ID-kaartnummer. Dit uiteraard tenzij bepaalde gegevens op grond van de AVG zelf nog langer mogen worden bewaard, bijvoorbeeld wegens mogelijke claims en/of procedures.

DE ZIEKE WERKNEMER

De beleidsregels voor de verwerking van persoonsgegevens over de gezondheid van zieke werknemers die relevant zijn voor de vraag welke informatie wel en niet over het ziekteproces mag worden opgeslagen, dateerden van vóór de AVG. Een uitleg in juli 2018 van het ministerie van SZW bevestigt dat deze regels van kracht blijven. Concreet betekent dit dat de werkgever niet mag vragen naar de medische

MR. NOOR DIETVORST

advocaat bij Cascade advocaten,
n.dietvorst@cascadeadvocaten.nl



beperkingen en de reden van het verzuim of de diagnose. hij mag alleen vragen naar de vermoedelijke duur van het verzuim. Als de werknemer uit eigen beweging medische informatie overlegt, mag de werkgever deze niet verwerken, nu dit de kerntaak is van de bedrijfsarts. In de praktijk komt het nog wel eens voor dat de werknemer toch aan-geeft wat er aan de hand is en wat hem mankeert. Deze gegevens mag de werkgever dus niet bewaren.

PERSONEELSDOSSIER EN REFERENTIES

Als het gaat om de gezagsrelatie met personeelsleden, speelt privacybescherming door de komst van de AVG in toene-mende mate een rol bij conflicten tussen werkgever en werknemer. Zo wordt bijvoorbeeld steeds vaker een verzoek ingediend om een kopie van het personeelsdossier te ont-vangen³. De kantonrechter in Utrecht heeft in een derge-lijke kwestie een uitspraak gedaan over de vraag of het inzage- en kopierecht ook geldt voor een niet-geautomati-seerd personeelsdossier⁴. In het geval van een geautomati-seerd dossier is de AVG namelijk rechtstreeks van toepas-sing. De kantonrechter moest de vraag beantwoorden of het personeelsdossier een ‘bestand’ was in de zin van de AVG⁵. Om als bestand te gelden, is vereist dat de persoonsgegevens een gestructureerd geheel vormen. Dit betekent dat de gegevensverwerking een onderlinge samenhang vertoont. Dit gold volgens de kantonrechter ook voor het betreffende personeelsdossier, want alle gegevens waren naar de werknemer te herleiden. Daar het papieren dossier dus een bestand was in de zin van de AVG, was de werkgever verplicht een afschrift daarvan aan de werknemer te verstrekken. Een latere uitspraak van de kantonrechter te Den Haag uit 2018⁶ bevestigde dat de werkgever verplicht was een afschrift te verstrekken van het personeelsdossier op grond van de AVG. De werkgever weigerde dit in eerste instantie, omdat de werknemer alle stukken al in zijn bezit had. Onder verwijzing naar het inzage- en kopierecht legde de rechter deze argumenten naast zich neer⁷. Bij het afgeven van referenties kan de AVG verrassend genoeg ook een rol van betekenis spelen. Het verstrekken van een belastende referentie speelde een rol in een onderwijskwestie, waarbij de docent zijn voormalige werkgever had opgegeven als referent in een sollicitatieprocedure. De mogelijke nieuwe werkgever nam contact op met de referent. Die liet weten dat

vrouwelijke collega's en leerlingen zich bij de werknemer niet veilig en angstig voelden en dat hij daarom was ontslagen. Vervolgens wees de potentiële nieuwe werkgever de werknemer af. De werknemer stelde zijn vorige werkgever vervolgens aansprakelijk voor de geleden schade. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat als een sollicitant in een sollicita-tieprocedure zijn vorige werkgever aanwijst als referent, hij daarmee toestemming geeft gegevens over zijn persoon en over zijn functioneren te verstrekken aan een ander⁸. Het Hof kwam om die reden tot het oordeel dat de voormalige werkgever de belastende informatie mocht verstrekken en dat hij niet in strijd handelde met de AVG⁹.

CONCLUSIE

Nu na een ruim jaar AVG het net is opgehaald, zijn een paar conclusies te trekken. De AP heeft voorafgaand aan en sinds de inwerkingtreding van de AVG vooral de tijd geno-men om te informeren over de wettelijke wijzigingen. Eerst is dus op grootschalige wijze gestart met voorlichting. Inhoudelijke beoordelingen zijn vooralsnog nog niet gedaan, een enkele uitzondering daargelaten waarbij een incidentele keer al wel een last onder dwangsom is opge-legd. Dit laat echter onverlet dat voorzichtigheid geboden is nu de AVG wel in volle omvang kan worden getoetst door (lagere) rechters in arbeidsrechtelijke conflicten en daar dus ook al (steeds vaker) gebruik van wordt gemaakt. Op het gebied van het bewaren en verstrekken van personeelsdos-siers van (zieke) personeelsleden dient de werkgever dus blijvend bedacht te zijn op de AVG-compliance risico's. *BSM*

Noten

- 1 Artikel 5 lid 1 onder e AVG
- 2 Artikel 3.2.1. Arbeidstijdenbesluit
- 3 Dit is toegestaan op grond van artikel 15 lid 3 AVG
- 4 Kantonrechter Utrecht 25 juli 2018, JAR 2018/228
- 5 Artikel 4 lid 6 AVG
- 6 Rechtbank Den Haag 31 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10910
- 7 Artikel 15 AVG
- 8 Toestemming in de zin van artikel 6 lid 1 onder a AVG
- 9 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 21 augustus 2018, JAR 2018/239