

Actualiteit

Over temperaturen ten tijde van Corona

mr. drs. J.I. Krikke en mr. drs. A.F. Fernhout¹

Op 24 april 2020 deed Aleid Wolfsen, voorzitter van de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: AP), op de website van de AP de volgende uitspraak:

'We horen dat allerlei organisaties verschillende middelen inzetten om mensen snel te kunnen controleren op koorts. Niet alleen met een thermometer, maar ook met thermische camera's. Dat mag niet. Vanuit de privacywet, de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), is dit een ernstige overtreding. Als dit gebeurt, zullen we als AP handhavend optreden.'

Voor wie het beleid van de AP inzake testen op alcohol en drugs al kende, was dit geen verrassing: in algemene zin strikt verboden uit naam der AVG. In dit tijdschrift schreven wij eerder dat de AP daarmee haar toezichtsdomein te buiten gaat. Immers, zolang geen sprake is van (i) (geautomatiseerde) verwerking van (ii) persoonsgegevens, is de AVG niet in zicht en kan de AP zich daarover niet uitspreken.

Op 8 mei 2020 verscheen ineens het volgende op de website van de AP: *'De AVG geldt niet als alleen de temperatuur wordt afgelezen en daar verder niets mee gebeurt.'* Als voorbeeld wordt gegeven dat temperatuurmeting plaatsvindt vóór de poort, waarbij iemand vervolgens wordt tegengehouden door een beveiliging en niet het terrein op mag. De AP benoemt dat de toezichthouder hier niets tegen kan doen. Precies. Dat wil niet zeggen dat het mag, maar wel dat de AP er niet over gaat.

Het is winst dat de AP nu erkent dat er iets buiten haar toezicht valt. Tegelijkertijd mag de vraag worden gesteld of daar werkelijk een pandemie voor nodig moest zijn. Het gaat hier immers over toepassing van basisregels van de AVG.

De AP zelf geeft aan dat er geen sprake is van een nieuwe lijn: *'De nuance geeft slechts verduidelijking over de reikwijdte van het mandaat van de AP'* (FD).² Laten we zeggen dat het een verduidelijking is waar de AP zelf ook enige behoefte aan had. Tot dan toe was de lijn eerder dat de AP zich over maatregelen

van werkgevers in algemene zin uitsprak, omdat altijd wel ergens in het proces persoonsgegevens worden verwerkt. Het goede doel, de bescherming van de privacy van de werknemer, leek te heiligen dat ook handelingen die buiten de reikwijdte van de AVG vallen door de toezichthouder daarbinnen werden getrokken. Het punt is: de AP is *niet* de nationale hoeder van ons grondrecht op privacy. Ze is de hoeder van prudente geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens. De twee vallen geregeld samen, maar niet altijd. Juist waar die samenloop ontbreekt, ontstaat het risico dat de AP uit haar toezichtsdomein schiet, eens te meer als het privacybelang sterk wordt gevoeld. Het grondrecht op privacy is een groot goed en verdient bescherming, maar niet door de AP als het buiten het AVG domein valt. Daarom is de 'nuance' van de AP cruciaal.

De erkenning van eindigheid van het eigen mandaat heeft onvermijdelijk ook gevolgen voor de positie van de AP inzake alcohol en drugs. De AP kan er immers nu niet meer onderuit dat ook daar vormen van testen mogelijk zijn die buiten de AVG en buiten toezicht van de AP vallen. Laat dat dan bij deze zijn vastgesteld: het is niet zo dat testen op alcohol en drugs in algemene zin verboden is op grond van de AVG en het is niet zo dat de wetgever eraan te pas dient te komen om enige vorm van testen mogelijk te maken. Het hangt er maar net vanaf hoe zulk testen wordt vormgegeven.

Helaas lijkt de AP zich vooralsnog niet veel aan te trekken van haar eigen nuance. Op de vraag *'Mag mijn werkgever mijn temperatuur opnemen tijdens de coronacrisis?'* antwoordt de AP nog steeds in algemene zin met een gedeceerde nee: *'Het opmeten van uw temperatuur door uw werkgever is ook tijdens de coronacrisis ten strengste verboden.'* Werknemers en bezoekers worden vervolgens actief aangemoedigd om binnen de onderneming te klagen of anderszins een klacht in te dienen bij de AP wanneer dit wel gebeurt. Misschien was deze tekst per abuis nog niet aangepast na de aangebrachte nuance, want weer enkele weken later staat er nu dat opmeten *en registreren* ten strengste verboden is. Alles samen nemend, lijkt de AP nu het temperaturen zelf niet als relevant te beschouwen, maar het registreren wel. Verder blijft de AP duiding geven aan situaties die buiten haar mandaat vallen. Ook dan dient te worden bedacht, aldus de AP, dat de effectiviteit en daarmee de waarde van temperatuurmetingen kan

1. Judica Krikke en Frederiek Fernhout zijn beiden advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

2. S. van Gils, 'Deskundigen: temperatuurmeting kan wel na 'draai' toezichthouder', *Financieel Dagblad* 9 mei 2020.

worden betwijfeld. Bovendien waarschuwt de AP dat dan nog steeds sprake kan zijn van inbreuk op het grondrecht op privacy of de eerbieding van de integriteit van het lichaam en geeft een voorbeeld dat kennelijk zo'n schending oplevert.

Hoewel nu duidelijk is dat de AP zich niet (meer) kan uitspreken over bepaalde handelingen, blijft erg onduidelijk wat er nu wel en niet kan volgens de AP. Ook op andere aspecten blijven uitspraken schuiven. De AP benoemde eerder uitdrukkelijk dat het was toegestaan om werknemers te vragen hun gezondheid in de gaten te houden. Ook hierop is de AP nu teruggekomen: of een werkgever werknemers zélf mag laten temperaturen zonder die temperatuur vast te leggen, en of een werkgever werknemers vervolgens mag verzoeken naar de bedrijfsarts te stappen, hangt volgens de AP nu af van wat wel en niet mag in arbeidsverhoudingen. Maar, zodra ergens een poortje automatisch opent (juist niet opent, waarschijnlijk), dan valt deze handeling volgens de AP binnen het domein van de AVG. De suggestie lijkt dat dit niet mag: consequenties verbinden aan temperaturen is niet de bedoeling. Wat bedoelt de AP nu precies: mag de werknemer de toegang niet worden geweigerd als hij koorts blijkt te hebben? Of alleen niet via een geautomatiseerde toegangspoort? Een toegangspoortje springt automatisch open, maar houdt niet per se een (i) geautomatiseerde verwerking in van (ii) persoonsgegevens, of zelfs gezondheidsgegevens. Uit de AVG Handleiding van het Ministerie van Justitie en Veiligheid volgt dat 'geautomatiseerde verwerking' een bewerking van gegevens betekent die wordt uitgevoerd met behulp van computers. Een mechanisch proces valt daar niet onder. Is sprake van een gecomputeriseerd systeem, dan is de definitie van geautomatiseerde verwerking wellicht vervuld, maar is nog niet gezegd dat meteen ook sprake is van (ongoorloofde) verwerking van persoonsgegevens. Wat maakt dat nu uit, kan men denken, we weten toch allemaal dat de werkgever uiteindelijk een verzuimregistratie moet doen? Daar zijn twee antwoorden op. Het eerste is dat die ontleding steeds nodig is om te bedenken of de AVG van toepassing is en welk regime dan heeft te gelden, met welke exacte consequenties. Het tweede, meer fundamentele antwoord is dat als de AP het omwille van de privacy niet zo nauw neemt met de grenzen van de AVG, ze op stoelen gaat zitten die de hare niet zijn en ten onrechte uit naam van de AVG materiële rechtsregels gaat herformuleren die allang bestaan. Dat is haar taak niet en zo bestaat het risico dat het recht een andere kant wordt uitgebogen uit naam der AVG terwijl de AVG er juist niets over zegt.

De AP heeft gelijk dat er vraagtekens kunnen worden gezet bij de effectiviteit van warmtebeelden of temperatuurmetingen en dat het recht op privacy ook grenzen kan stellen als de AVG niet in zicht is. Maar de impact van deze waarschuwing lijkt nog niet door te dringen tot de AP zelf: het betekent immers dat de AP daar kán, mag en zelfs moet loslaten. In de toepassing van het grondrecht op privacy toont zich daarbij een wezenlijk verschil met het algemeen geformuleerde 'njet' van de AP.

Grondrechten gelden nooit in absolute zin: er kunnen zich altijd omstandigheden voordoen die een beperking van een grondrecht rechtvaardigen. Rechten, plichten en belangen van de werkgever en andere werknemers mogen soms zwaarder wegen dan het belang van het individu. Het arbeidsrecht kent hiervoor een bestaand, passend en genuanceerd kader dat tot aan de hoogste rechter aan toe is en wordt getoetst. Hopelijk is dat besef – na veel omwegen – nu ook bij de AP geland.

Dat warmtebeelden of temperatuurmetingen heus geen onfeilbaar middel zijn, dient de werkgever mee te nemen in zijn afweging, maar de AP gaat niet over zo'n afweging. Het nut van mondkapjes in het openbare leven is – zo is ons door het RIVM dag na dag ingeprint – ook beperkt en tóch kan er soms voor worden gekozen. Iedere maatregel ter bescherming van het individu en zijn omgeving mag en moet op zijn merites worden beoordeeld. Of het nu om pandemieën gaat, of wanneer het leven van de medemens rechtstreeks afhankelijk is van het vermogen van een collega om zijn gevaarlijke werk in volle bekwaamheid te verrichten.

Ook bij de invulling van prudente gegevensverwerking is er gelukkig veel ruimte voor weging van verschillende rechten en belangen. Hopelijk blijft ook de AP dit 'principles based' karakter van de AVG koesteren en uitdragen. Daarbij ligt er juist in tijden van onzekerheid en onduidelijkheid een rol voor de AP om de weg te wijzen. De AP is immers niet alleen handhaver, maar heeft ook de taak opgelegd gekregen om parlement, regering en publiek over aangelegenheden van verwerking van persoonsgegevens proactief te adviseren. Er ligt dus een uitgelezen kans voor de AP om, nu Corona voorlopig als het 'nieuwe normaal' heeft te gelden, niet eerst te blazen en met handhaving te dreigen maar concrete en duidelijke richtlijnen en tips te geven hoe schending van de AVG vermeden kan worden bij de invulling van de zwaarwegende wettelijke plicht van de werkgever om te zorgen voor een veilige werkomgeving.