



Aangetekend

Datum

7 maart 2017

Ons kenmerk

z2016-15590

Uw brief van

14 november 2016

Contactpersoon

Uw kenmerk

5049592

Onderwerp

Beslissing op bezwaar

Geachte heer,

Hieronder treft u aan het besluit van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) op het bezwaarschrift van 14 november 2016 dat u heeft ingediend namens uw cliënte Stichting Abrona (Abrona). Het bezwaar is gericht tegen het besluit van de AP van 6 oktober 2016 (kenmerk z2016-00165) tot oplegging van een last onder dwangsom.

1. Inleiding

1. Abrona is gespecialiseerd in dienstverlening aan mensen met een verstandelijke beperking in de regio Utrecht. Bij Abrona zijn ruim 1300 professionele medewerkers en 800 vrijwilligers in dienst. Ongeveer 1800 mensen maken gebruik van de diensten van Abrona.
2. Uit onderzoek van de AP is, voor zover thans van belang, gebleken dat Abrona bij ziekmelding door een werknemer in het kader van kortdurend verzuim een ziektepercentage in haar verzuimsysteem vastlegt, zonder dat daarover een bedrijfsarts is geraadpleegd. De AP is tot de conclusie gekomen dat Abrona hiermee gegevens over de gezondheid van haar werknemer verwerkt, terwijl dit op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) verboden is. Daarom is aan Abrona een last onder dwangsom opgelegd.



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

2. Verloop van de procedure

3. De AP heeft op grond van artikel 60 van de Wbp een ambtshalve onderzoek ingesteld naar de verwerking van onder meer bijzondere persoonsgegevens door Abrona.
4. Naar aanleiding van dit onderzoek heeft de AP bij voornoemd besluit van 6 oktober 2016 op grond van artikel 65 van de Wbp, in samenhang gezien met artikel 5:32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) aan Abrona een last onder dwangsom opgelegd wegens overtreding van artikel 16 van de Wbp. Aan de last is een begunstigingstermijn van twee maanden verbonden.
5. Bij brief van 14 november 2016 heeft Abrona bezwaar gemaakt tegen voornoemd besluit van 6 oktober 2016. Voorts heeft zij bij brief van 15 november 2016 de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland (de voorzieningenrechter) verzocht een voorlopige voorziening te treffen.
6. Bij brief van 17 november 2016 van haar advocaat-gemachtigde in de voorlopige voorzieningsprocedure heeft de AP meegedeeld dat de begunstigingstermijn wordt opgeschort totdat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan op het verzoek om voorlopige voorziening.
7. Bij brief van 28 november 2016 heeft de AP Abrona bericht dat de beslissing op bezwaar wordt verdaagd met zes weken.
8. Bij uitspraak van 19 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6795 heeft de voorzieningenrechter het verzoek van Abrona om een voorlopige voorziening afgewezen.
9. Bij e-mail van 2 januari 2017 heeft Abrona meegedeeld dat haar werkwijze is aangepast, in zoverre dat zij vanaf dat moment bij ziekmelding van medewerkers slechts registreert dat een medewerker ziek is.
10. Bij brief van 6 januari 2017 heeft de AP Abrona geïnformeerd dat Abrona met de beschreven werkwijze kan voldoen aan de gegeven last. Voorts heeft de AP aangekondigd dat zij een onderzoek ter plaatse zal doen om de feitelijke en tijdige naleving van de beschreven werkwijze te controleren.
11. Op 9 januari 2017 heeft de AP een hoorzitting gehouden. Van het horen is een verslag gemaakt. Dit verslag is als **bijlage 1** bij dit besluit gevoegd.

3. Wettelijk kader

12. Het relevante wettelijk kader is opgenomen in **bijlage 2** bij dit besluit.

4. De last onder dwangsom

13. De bij het primaire besluit aan Abrona opgelegde last onder dwangsom luidt als volgt:



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

- Abrona dient binnen twee maanden na dagtekening van dit besluit haar werkwijze te hebben aangepast zodat Abrona bij ziekmelding door een werknemer slechts registreert dat een werknemer zich ziek heeft gemeld dan wel dat de werknemer 'ziek' is, waarbij Abrona zich zal onthouden van het verwerken van andere medische persoonsgegevens die de zieke werknemer betreffen, daaronder begrepen diens mate van arbeidsongeschiktheid, tenzij dit is gebaseerd op de voorafgaande beoordeling en vaststelling door een bedrijfsgeneeskundige.
- Abrona verbeurt na afloop van deze termijn van twee maanden een dwangsom van € 5.000,= (zegge: vijfduizend euro) per week in geval de maatregel geheel of gedeeltelijk niet, niet tijdig of niet volledig is uitgevoerd, tot een maximum van € 50.000,= (zegge: vijftigduizend euro).

5. Gronden van bezwaar

14. Abrona kan zich niet vinden in het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom. Haar gronden van bezwaar zullen hierna onder het kopje 'Heroverweging' worden besproken. Hierbij zal allereerst worden ingegaan op de vraag of Abrona bijzondere persoonsgegevens verwerkte. Daarna wordt behandeld of er een uitzondering op het verbod van de verwerking van bijzondere persoonsgegevens gold. Vervolgens komt aan de orde of zich bijzondere omstandigheden voordeden op grond waarvan de AP van handhaving had moeten afzien. Afgesloten wordt met de bespreking van de lengte van de begunstigingstermijn en de hoogte van de dwangsom.

6. Heroverweging

Beoordelingskader

15. De AP beoordeelt op grond van het bezwaar of zij bij het primaire besluit terecht tot de oplegging van de last onder dwangsom is overgegaan. Vervolgens beoordeelt zij of een verandering van feiten en omstandigheden sinds het primaire besluit aanleiding geeft het bestreden besluit te herroepen bij het besluit op bezwaar.

Verwerking bijzondere persoonsgegevens

16. Abrona betoogt dat zij geen bijzondere persoonsgegevens verwerkt. In dit kader brengt Abrona naar voren dat zij slechts afspraken vastlegt over de mogelijke inroostering van haar medewerkers. De reden van het verlof wordt volgens Abrona daarbij niet vermeld (randnummer 4.2 van het bewaarschrift). Er dreigt dan ook geen overtreding van artikel 16 van de Wbp, zodat geen last kon worden opgelegd, aldus Abrona (randnummers 2.12 en 4.13 van het bezwaarschrift).
17. Op grond van artikel 16 van de Wbp is de verwerking van persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid verboden, behoudens het bepaalde in paragraaf 2 van de Wbp.
18. Het begrip 'persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid' (hierna ook: gezondheidsgegevens) is in de Wbp niet nader gedefinieerd. Uit de memorie van toelichting blijkt echter dat het begrip ruim moet worden opgevat:



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

“Het begrip «gezondheid» moet niettemin ruim worden opgevat; het omvat niet alleen de gegevens die in het kader van een medisch onderzoek of een medische behandeling door een arts worden verwerkt, maar alle gegevens die de geestelijke of lichamelijke gezondheid van een persoon betreffen (...). Voorts is ook het enkele gegeven dat iemand ziek is een gegeven omtrent gezondheid, hoewel dat gegeven op zichzelf nog niets zegt over de aard van de aandoening.”¹

19. Ook het onafhankelijke advies- en overlegorgaan van Europese privacy-toezichthouders, de Artikel 29-werkgroep, benadrukt de brede reikwijdte van het begrip, zie de annex bij haar brief van 5 februari 2015 over *health data in apps and devices*:

“But health data (or all data pertaining to the health status of a data subject) is a much broader term than the term 'medical'. Based on the current Data Protection Directive, national legislators, judges and DPA's have concluded that (...) the mere mentioning of the fact that somebody is ill in an employment context are all data concerning the health of individual data subjects. (...)”

In summary, personal data are health data when:

1. The data are inherently/clearly medical data
2. The data are raw sensor data that can be used in itself or in combination with other data to draw a conclusion about the actual health status or health risk of a person
3. Conclusions are drawn about a person's health status or health risk (irrespective of whether these conclusions are accurate or inaccurate, legitimate or illegitimate, or otherwise adequate or inadequate).

(...)

Raw, relatively low privacy impact personal data can quickly change into health data when the dataset can be used to determine the health status of a person. To assess this, it does not suffice to look at the character of the data as is. Their intended use must also be taken into account, by itself, or in combination with other information. (...) It is critical to underline that this type of information is not neutral. When conclusions are drawn about someone's health, regardless of their reliability, these conclusions are to be treated as health data.”

20. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof) legt de definitie van gezondheidsgegevens eveneens ruim uit. Zo overweegt het Hof in het arrest Lindqvist-arrest (arrest van 6 november 2003, C-101/01) dat gezondheidsgegevens “alle – zowel fysieke als psychische – aspecten van iemands gezondheid” omvatten (overweging 50).
21. Voor de werkwijze van Abrona betekent deze ruime uitleg van het begrip gezondheidsgegevens het volgende.
22. Bij een ziekmelding door een werknemer in geval van kortdurend verzuim, besprak Abrona het ziektepercentage met de desbetreffende werknemer, stelde dat vast en registreerde dat vervolgens. Het

¹ *Kamerstukken II/1997/98, 25 892, nr. 3, p. 109.*



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

ziektepercentage van een werknemer zegt iets over de gezondheid van de werknemer: het drukt uit in welke mate de werknemer belastbaar of ziek is. Nu het enkele gegeven dat iemand ziek is al een gezondheidsgegeven als bedoeld in artikel 16 van de Wbp is, is de AP van oordeel dat het ziektepercentage ook onder die definitie valt. Door dat percentage vast te leggen, verwerkte Abrona dan ook gezondheidsgegevens van haar werknemers. Dat Abrona, zoals zij in randnummer 1.7 van het bezwaarschrift stelt, geen medische indicatie stelt, doet daaraan niet af: ook zonder een medische indicatie vast te stellen, bevat het ziektepercentage namelijk informatie over de gezondheid van een werknemer.

23. De AP benadrukt in dit kader dat het handelen van Abrona verder gaat dan een enkele weergave van een afspraak over inroostering. Hiertoe wijst de AP erop dat het beschikbaarheids- of verzuimpercentage door Abrona wordt gekoppeld aan een ziekmelding.
24. Overigens heeft ook de voorzieningenrechter bij voornoemde uitspraak van 15 december 2016 geoordeeld dat Abrona gegevens betreffende de gezondheid verwerkt:

“gelet op de hiervoor beschreven werkwijze waarbij verzoekster na een ziekmelding zonder voorafgaande beoordeling van de bedrijfsarts het ziektepercentage van de werknemer vaststelt en deze vervolgens in haar verzuimsysteem registreert, heeft verweerder mogen aannemen dat sprake is van het verwerken van bijzondere persoonsgegevens als bedoeld in artikel 16 van de Wbp” (overweging 8).

Toepasselijkheid verbod op verwerking gezondheidsgegevens

25. Abrona betoogt voorts dat de Wbp niet wordt overtreden, omdat voor zover al sprake is van de verwerking van gezondheidsgegevens, het verbod op de verwerking daarvan niet van toepassing is. In dit kader beroept zij zich erop dat de verwerking noodzakelijk is voor een goede uitvoering van wettelijke voorschriften en/of de re-integratie van haar werknemers, dat er toestemming is gegeven voor de verwerking van de gegevens en dat de gegevens uitdrukkelijk openbaar zijn gemaakt (punt 5 van het bezwaarschrift).
26. Artikel 21, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wbp bepaalt dat het verbod om persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid te verwerken niet van toepassing is indien de verwerking geschiedt door werkgevers voor zover dat noodzakelijk is voor:
1. een goede uitvoering van wettelijke voorschriften, pensioenregelingen of collectieve arbeidsovereenkomsten die voorzien in aanspraken die afhankelijk zijn van de gezondheidstoestand van de betrokkene of;
 2. de re-integratie of begeleiding van werknemers of uitkeringsgerechtigden in verband met ziekte of arbeidsongeschiktheid.
27. Artikel 23, eerste lid, van de Wbp bepaalt dat onverminderd de artikelen 17 tot en met 22 het verbod om persoonsgegevens als bedoeld in artikel 16, te verwerken niet van toepassing is voor zover:
- a. dit geschiedt met uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene;



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

b. de gegevens door de betrokkene duidelijk openbaar zijn gemaakt.

-de verwerking is noodzakelijk voor een goede uitvoering van wettelijke voorschriften en/of de re-integratie van werknemers

28. Abrona stelt dat de last ertoe leidt dat zij bij een ziekmelding een werknemer uitsluitend als 100% verzuimend kan registreren en daardoor 'naar huis moet sturen'. Volgens Abrona handelt zij daarmee in strijd met de Wet verbetering poortwachter (randnummer 7.16 van het bezwaarschrift). Desgevraagd heeft Abrona bij de hoorzitting uiteen gezet dat de strijdigheid met de Wet verbetering poortwachter eruit bestaat dat de geest van de wet meebrengt dat de werkgever een activerende rol heeft. Daarbij past dat de een werknemer zo veel als mogelijk wordt ingezet, alsook dat zo vroeg als mogelijk met re-integratie wordt gestart, aldus Abrona. Voorts heeft Abrona bij de hoorzitting nader uiteen gezet dat registratie van het ziektepercentage noodzakelijk is om (de omvang van) de loondoorbetalingsplicht vast te stellen. Ten slotte heeft Abrona aangegeven dat een goede uitvoering van de wettelijke voorschriften vraagt dat het ziektepercentage wordt geregistreerd in verband met de dossieropbouw voor ontslag van een werknemer.

De AP begrijpt deze punten van Abrona zo dat zij hiermee beoogt te betogen dat de verwerking van de gezondheidsgegevens noodzakelijk is voor een goede uitvoering van wettelijke voorschriften die voorzien in aanspraken die afhankelijk zijn van de gezondheidstoestand van de betrokkene, dan wel voor de re-integratie of begeleiding van werknemers in verband met ziekte of arbeidsongeschiktheid (artikel 21, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wbp).

29. De AP is van oordeel dat de verwerking van de gezondheidsgegevens door Abrona niet noodzakelijk is voor een goede uitvoering van wettelijke voorschriften die voorzien in aanspraken die afhankelijk zijn van de gezondheidstoestand van de betrokkene, en evenmin voor de re-integratie of begeleiding van haar werknemers in verband met ziekte of arbeidsongeschiktheid. Hierbij betreft de AP het volgende. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis specifiek ten aanzien van de ontheffingsgrond uit artikel 21, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wbp benadrukt dat de verwerking van persoonsgegevens in dit onderdeel wordt begrensd door de noodzakelijkheidseis.² Uitsluitend die gegevens mogen worden verwerkt, die noodzakelijk zijn voor de genoemde doelen. In dit geval is niet aan de noodzakelijkheidseis voldaan. Abrona handelt namelijk in strijd met de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) door gezondheidsgegevens van haar zieke werknemers te verwerken zonder de bedrijfsarts te raadplegen. Hiertoe wijst de AP op het volgende.

30. Artikel 14, eerste lid, aanhef en onder b, van de Arbowet verplicht de werkgever zich bij de begeleiding van werknemers die door ziekte niet in staat zijn hun arbeid te verrichten te laten bijstaan door een bedrijfsarts. Het is gelet op deze bepaling dan ook niet de taak van Abrona (en evenmin van de zieke werknemer) om een oordeel te vellen over de arbeids(on)geschiktheid van de zieke werknemer. Werkgever en werknemer zijn daarvoor ook niet opgeleid.

31. De bijstand bij de verzuimbegeleiding door een bedrijfsarts vloeit voort uit de loondoorbetalingsverplichting bij ziekteverzuim en de verantwoordelijkheden van de werkgever voor re-integratie van zieke en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers. In de Memorie van Toelichting bij de

² Kamerstukken II/1997/98, 25 892, nr. 3, p. 113 en 114.



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

wijziging van de Arbowet in verband met een gewijzigde organisatie van de deskundige bijstand is daarover opgemerkt (*Kamerstukken II 2004/05, 29 814, nr. 3, p.13*):

”In de adviesaanvraag is daarover opgemerkt dat het ook in de privaatrechtelijke verhouding van belang is dat een onafhankelijke medische deskundige adviseert over ziekteverzuim, ter bescherming van zowel werknemer als werkgever, bijvoorbeeld om conflicten te voorkomen over de medische aard van het verzuim of over vragen rond belasting en belastbaarheid.”

32. Weliswaar stelde Abrona het ziektepercentage alleen vast gedurende de eerste fase van verzuim, maar dit is evenmin toegestaan. Uit artikel 14, eerste lid, van de Arbowet kan namelijk niet worden afgeleid dat de werkgever zich bij kortdurende ziekte en/of aan het begin van de ziekte niet zou hoeven laten bijstaan door een bedrijfsarts. Deze uitleg ligt ook voor de hand: ook dan ontbreekt bij de werkgever de benodigde deskundigheid, terwijl de werknemer ten opzichte van zijn werkgever geneigd is een rooskleuriger beeld te geven van zijn situatie. Niet alleen vanwege zijn ondergeschikte relatie tot de werkgever, maar ook ter voorkoming van negatieve gevolgen voor zijn loopbaan.
33. De AP is van oordeel dat Abrona gelet op het voorgaande geen geslaagd beroep kan doen op artikel 21, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wbp.
34. Hetgeen Abrona in dit kader aanvoert, leidt niet tot een andere conclusie. Hiertoe overweegt de AP als volgt. Dat de noodzaak tot de verwerking van gezondheidsgegevens van haar medewerkers zou voortvloeien uit de ‘geest van de Wet verbetering poortwachter’ of de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar slaagt niet, met name omdat – zoals hiervoor uiteen is gezet – uit de Arbowet volgt dat het niet aan Abrona is om zonder inschakeling van de bedrijfsarts het ziektepercentage van haar werknemers vast te stellen.
35. De AP kan de stelling van Abrona dat registratie van het ziektepercentage noodzakelijk is voor het bepalen van de loondoorbetalingsplicht voorts niet plaatsen. Een zieke werknemer van Abrona heeft namelijk gedurende de eerste 52 weken hoe dan ook recht op 100% doorbetaling van het loon, omdat Abrona onder de CAO gehandicaptenzorg valt.³ Ook voor het ‘doortellen’ van periodes van ziekte in het geval die periodes worden onderbroken door een tijdbestek van minder dan vier weken, bestaat geen noodzaak om het ziektepercentage te registreren. In dat geval kan Abrona namelijk volstaan met het registreren van de ziekmelding van een werknemer. Dat gegeven is voldoende om te bepalen of kan worden doorgeteld.
36. Wat betreft de noodzaak van registratie van het ziektepercentage voor dossieropbouw ten behoeve van ontslag, merkt de AP het volgende op. De arbeidsongeschiktheid van de werknemer is een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst, waarvan de werkgever eerst na twee jaar arbeidsongeschiktheid gebruik mag maken.⁴ Bovendien moet aannemelijk zijn dat binnen zesentwintig weken daarna geen herstel zal optreden en de werknemer niet binnen zesentwintig weken kan worden herplaatst in een passende functie (of bij een werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt

³ Artikel 11.4 van de CAO gehandicaptenzorg.

⁴ *Kamerstukken II/2013/14, 33818, nr. 3, p. 45.*



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

zes weken).⁵ In het kader van deze last onder dwangsom gaat het echter om het handelen van Abrona bij kortdurend ziekteverzuim. Reeds daarom bestaat er geen reden om in alle gevallen het ziektepercentage in het verzuimsysteem te registreren.

37. Volledigheidshalve wijst de AP erop dat ook de voorzieningenrechter in voornoemde uitspraak van 15 december 2016 tot de conclusie is gekomen dat het beroep van Abrona op artikel 21, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wbp niet kan slagen. Hierbij heeft de voorzieningenrechter betrokken dat het standpunt van de AP dat ook bij kortdurend verzuim het vaststellen van het ziekte- dan wel aanwezigheidspercentage, dat wil zeggen hoeveel tijd een zieke werknemer kan werken, uitsluitend door een bedrijfsarts mag worden bepaald, juist is (overweging 11).

-toestemming

38. Abrona voert in dit kader verder aan dat zij de gegevens over de aanwezigheid van een werknemer met toestemming als bedoeld in artikel 23, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wbp van die werknemer verwerkt. Abrona wijst er hierbij op dat een werknemer rechtshandelingen kan verrichten, zodat zij ook in staat moet worden geacht om toestemming te geven voor het verwerken van de persoonsgegevens. Bovendien staat het de werknemer volgens Abrona vrij om de bedrijfsgeneeskundige te raadplegen, als zij het niet eens is met het oordeel van de werkgever over de mate van arbeidsongeschiktheid. Door deze bescherming kan de werknemer in vrijheid verklaren over haar inzetbaarheid tegen de werkgever, aldus Abrona (randnummers 5.4-5.17 van het bezwaarschrift).

39. De AP kan het standpunt van Abrona niet volgen. Hiertoe wijst zij op het volgende.

40. Uit artikel 23, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wbp volgt dat als een betrokkene uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven voor de verwerking van zijn bijzondere persoonsgegevens, het verbod op die verwerking niet van toepassing is. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder i, van de Wbp wordt onder toestemming van de betrokkene verstaan: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt.

41. Met de voorzieningenrechter meent de AP dat het in dit kader moet gaan om een vrije, expliciet gegeven toestemming die de werknemer slechts kan geven als hij vooraf is ingelicht over het doel, de inhoud en de mogelijke consequenties van de gegevensverwerking (voornoemde uitspraak van 15 december 2016, overweging 12).⁶

42. In dit geval kan naar het oordeel van de AP geen sprake zijn van een dergelijke vrij gegeven toestemming. Deze conclusie houdt verband met de relatie van de werknemer en de werkgever, die naar zijn aard wordt gekenmerkt door afhankelijkheid. Als gevolg daarvan kan een werknemer in beginsel geen vrije

⁵ Artikel 7:669, eerste en derde lid, aanhef en onder b, van het Burgerlijk Wetboek. Vgl. ook T&C BW, commentaar op art. 7:669 BW, aantekening 5.

⁶ Vgl. *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 64, waarin onder meer staat: "Er kan bijvoorbeeld niet van een rechtsgeldige toestemming worden gesproken als de betrokkene onder druk van omstandigheden waarin hij verkeert of de relatie waarin hij staat tot de verantwoordelijke, tot toestemming is overgegaan".



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

toestemming geven. Het onthouden of intrekken van toestemming door de werknemer voor het verwerken van persoonsgegevens kan immers nadelige gevolgen hebben voor zijn loopbaan. Dit geldt te meer wanneer het gaat om de verwerking van bijzondere persoonsgegevens zoals gezondheidsgegevens.⁷ De AP hecht eraan te benadrukken dat de Arbowet juist vanwege de afhankelijkheidsrelatie van de werknemer tot de werkgever, de inschakeling van de bedrijfsarts bij vaststelling van het ziektepercentage verplicht stelt. Vanwege de afhankelijkheid bestaat namelijk het risico dat de werknemer een te positief beeld schetst en een onjuist percentage aan de werkgever opgeeft. Het ziektepercentage kan namelijk worden gebruikt bij beslissingen van de werkgever over ontslag of promoties. Ook bij Abrona wordt het ziektepercentage in het dossier van een werknemer opgenomen.⁸

43. Dat een werknemer, zoals Abrona naar voren brengt, steeds de mogelijkheid heeft om de bedrijfsarts in te schakelen om het ziektepercentage vast te stellen, maakt niet dat de werknemer die haar ziektepercentage aan Abrona doorgeeft, vrije toestemming heeft gegeven voor verwerking van dat percentage. Anders dan Abrona het doet voorkomen, neemt de mogelijkheid om de bedrijfsarts in te schakelen namelijk niet het risico weg dat de werknemer een te positief beeld van zijn of haar situatie geeft. Vanwege de afhankelijkheidsrelatie kan de werknemer namelijk ook een drempel ervaren om de stap naar de bedrijfsarts te maken, met name omdat dat niet de vaste praktijk is bij Abrona.
44. Ook de voorzieningenrechter is in zijn uitspraak tot de conclusie gekomen dat van een door de werknemer vrij gegeven toestemming geen sprake is, als de werknemer onder druk van omstandigheden waarin hij verkeert of de relatie waarin hij staat tot zijn leidinggevende, tot toestemming is overgegaan (voornoemde uitspraak van 15 december 2016, overweging 12).

-uitdrukkelijk openbaar gemaakt

45. Abrona voert voorts aan dat de gezondheidsgegevens door de werknemer zelf uitdrukkelijk openbaar zijn gemaakt in de zin van artikel 23, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wbp, zodat het verbod op verwerking van die gegevens evenmin geldt. Abrona wijst er in dit kader op dat zij slechts vastlegt wat er met de werknemer besproken is, waardoor de werknemer zelf bepaalt wat wordt vastgelegd (randnummers 5.18-5.24 van het bezwaarschrift).
46. Uit artikel 23, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wbp volgt weliswaar dat indien de bijzondere persoonsgegevens door de betrokkene duidelijk openbaar zijn gemaakt, het verbod op de verwerking van die gegevens niet van toepassing is, maar deze bepaling ziet op een andere situatie dan de onderhavige. In de Wbp is niet gedefinieerd wat onder 'duidelijk openbaar maken' moet worden verstaan, maar uit de parlementaire geschiedenis blijkt duidelijk dat is bedoeld op een ruimere vorm van openbaar maken dan de situatie waarin een werknemer een mededeling doet over zijn ziektepercentage aan uitsluitend zijn werkgever, met de wetenschap dat de werkgever dat percentage vastlegt in het verzuimsysteem. Als

⁷ Ook de Artikel 29-werkgroep geeft juist de relatie werknemer-werkgever als voorbeeld waarin veelal geen sprake is van een vrije toestemming, zie Opinion 15/2011 on the definition of consent: "An example of the above is provided by the case where the data subject is under the influence of the data controller, such as an employment relationship. In this example, although not necessarily always, the data subject can be in a situation of dependence on the data controller - due to the nature of the relationship or to special circumstances - and might fear that he could be treated differently if he does not consent to the data processing".

⁸ Zienswijze, randnummer 6.30.



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

voorbeelden van duidelijk openbaar maken in de zin van artikel 23, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wbp worden in de parlementaire geschiedenis namelijk aangehaald het publiceren van politieke opvattingen ten behoeve van de verkiezing, publicatie in het telefoonboek of registratie in de Kamer van Koophandel.⁹

47. Gelet op het voorgaande komt de AP tot de conclusie dat registratie van een ziektepercentage in het uitsluitend voor Abrona toegankelijke verzuimsysteem geen openbaarmaking is in de zin van artikel 23, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wbp. Zie in deze zin ook voornoemde uitspraak van de voorzieningenrechter van 15 december 2016, overweging 12.

Tussenconclusie: overtreding Wbp

48. Gelet op het voorgaande komt de AP tot de conclusie dat Abrona ten tijde van het bestreden besluit in strijd met artikel 16 van de Wbp gezondheidsgegevens van haar werknemers verwerkte terwijl zij geen beroep kon doen op de uitzonderingen als vermeld in de artikel 21 en 23 van de Wbp.
49. Voor zover Abrona betoogt dat de AP haar bevoegdheid te buiten is gegaan, omdat zij met de last ingrijpt op een gedeelte van haar bedrijfsvoering dat niets van doen heeft met de verwerking van persoonsgegevens, te weten het verzuimbeleid van Abrona, haar beleid ten aanzien van de inschakeling van de bedrijfsarts en de inrichting van het IT-systeem (randnummers 2.4-2.6 en punt 3 van het bezwaarschrift), overweegt de AP als volgt. De conclusie dat sprake is van een overtreding van de Wbp leidt ertoe dat de AP bevoegd – en overigens in beginsel ook gehouden – is om handhavend op te treden. Deze bevoegdheid is in dit geval niet oneigenlijk ingezet. De last strekt er uitsluitend toe dat de onrechtmatige verwerking van de bijzondere persoonsgegevens wordt beëindigd en bevat niet (ook) een oordeel over het proactieve verzuimbeleid van Abrona. Ook de voorzieningenrechter is in haar uitspraak van 15 december 2016 tot de conclusie gekomen dat voor de stelling dat de AP haar taak als toezichthouder op de privacyregels in dit geval te buiten is gegaan, geen grond bestaat (overweging 21).
50. Wellicht ten overvloede merkt de AP voorts nog op dat de Wbp er niet aan in de weg staat dat Abrona ten aanzien van een werknemer met een sportblessure die zich niet ziek heeft gemeld – en dus buiten het ziekteverzuimregistratiesysteem om – zonder vermelding van de reden vastlegt dat die werknemer i) een periode aangepaste werkzaamheden verricht, of ii) minder of tijdelijk niet werkt, bijvoorbeeld omdat, zoals in het voorbeeld van Abrona (randnummer 1.7.2 van het bezwaarschrift), een medewerker (on)betaald (gedeeltelijk) verlof heeft als een naaste op sterven ligt of omdat de medewerker een tijdelijke piekbelasting kent in mantelzorg voor een derde (wederom zonder vermelding van de reden). Verschil is dat de vastlegging van de inzetbaarheid van de werknemer dan geen verband houdt met ziekte van de werknemer. Daarmee is bij de formulering van de last rekening gehouden.

Disproportionele gevolgen

51. Gelet op het algemeen belang dat is gediend met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere

⁹ *Kamerstukken II/1997-1998, 25 892, nr. 3, p. 123.*



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

omstandigheden mag het bestuursorgaan weigeren dit te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.¹⁰

52. Abrona betoogt dat voor zover er sprake is van een overtreding van de Wbp, van handhavend optreden had moeten worden afgezien, omdat de last onder dwangsom leidt tot disproportionele gevolgen voor Abrona.
53. Abrona voert in de eerste plaats aan dat de last leidt tot schending van de wet. Hiertoe wijst zij erop dat zij de last uitsluitend kan uitvoeren door de IT-systemen voor de verzuimregistratie, de planning en de loonbetaling los te koppelen. Dit zorgt volgens Abrona voor chaos in haar administratie, omdat een zieke medewerker die alternatieve werkzaamheden verricht, als gevolg van de last als 100% verzuimend moet worden geregistreerd. Bovendien zullen gegevens bij ontkoppeling van de systemen afzonderlijk moeten worden ingevoerd. Dit werkt het maken van fouten in de hand, aldus Abrona. Abrona stelt zich op het standpunt dat het op deze manier van verwerken van persoonsgegevens in strijd met artikel 11, tweede lid, van de Wbp onjuist en onnauwkeurig is.
- In dit kader voert Abrona voorts aan dat het voeren van een dergelijke ontkoppelde administratie ertoe leidt dat zij niet aan haar verplichtingen op grond van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg kan voldoen. Op grond van deze wet is Abrona verplicht om op systematische wijze gegevens over de kwaliteit van de zorg – waaronder over de deskundigheid van de medewerker die de zorg verleend heeft – te registreren, aldus Abrona.
54. Abrona brengt in de tweede plaats naar voren dat de chaos in de administratie die zal ontstaan als gevolg van het voldoen aan de last, problemen kan opleveren voor de verzekering die zij heeft afgesloten voor haar medewerkers voor schade wegens fysiek letsel. Voorts betwijfelt Abrona of haar accountant bereid zal zijn om een goedkeurende verklaring bij de jaarrekening af te geven als de administratie niet consistent is.
55. Abrona betoogt in de derde plaats dat als gevolg van de last haar vrijheid van ondernemerschap wordt aangetast. Zij beroept zich hierbij op artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (het Handvest).
56. Voordat de AP de bezwaren van Abrona op dit punt bespreekt, wil zij ingaan op de reikwijdte van de last. De AP wijst erop dat in de last rekening is gehouden met de wens van Abrona om afspraken te kunnen registreren over de inzetbaarheid van haar werknemers, zie ook hiervoor in randnummer 50. Dat is gelet op de last toegestaan: het staat Abrona vrij dergelijke roostertechnische afspraken vast te leggen, als die vastlegging maar geen verband houdt met ziekte van een werknemer. Als er wel een verband is met een ziekmelding is het nog steeds toegestaan om afspraken over de inzetbaarheid te maken, mits de bedrijfsarts daarvoor is ingeschakeld. De last is hiermee, anders dan Abrona in randnummers 2.7-2.11 van het bezwaarschrift betoogt, ook niet onduidelijk of onevenredig. Zie in gelijke zin de uitspraak van de voorzieningenrechter van 15 december 2016 (overweging 14).

¹⁰ Uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 21 juli 2004, ECLI:NI:RVS:2004:AQ3659, overweging 2.4.



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

57. Gelet op de hiervoor beschreven mogelijkheden dwingt de last – anders dan Abrona veronderstelt – ook niet tot een ontkoppeling van de administratieve systemen en daarmee evenmin tot het voeren van een administratie die uiteenloopt en daarmee chaotisch wordt. Het aangevoerde geeft dan ook geen aanleiding voor de conclusie dat de last leidt tot strijd met de Wbp of de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg. Evenmin acht de AP aannemelijk dat er problemen dreigen op het gebied van verzekeringen of de goedkeuring van de jaarrekening.
58. Wat de vrijheid van ondernemerschap betreft, overweegt de AP als volgt. Weliswaar kan de last ertoe leiden dat Abrona de bedrijfsarts dient in te schakelen als zij bij een ziekmelding van een werknemer afspraken wil maken over de inzetbaarheid, waarmee volgens haar is gemoeid. Deze kosten zijn echter naar het oordeel van de AP niet zodanig dat daaraan een zwaarder gewicht moet worden toegekend dan aan het algemeen belang dat met handhaving is gediend en in het bijzonder het belang van bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers van Abrona.
59. Gelet op het voorgaande komt de AP tot de conclusie dat geen aanleiding bestaat voor het oordeel dat de last zodanige disproportionele gevolgen voor Abrona heeft, dat van handhaving had moeten worden afgezien. Ook de voorzieningenrechter is in voornoemde uitspraak van 15 december 2016 tot de conclusie gekomen dat geen sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan de AP gehouden was af te zien van handhavend optreden (overweging 19).

Begunstigingstermijn

60. Abrona betoogt dat de begunstigingstermijn te kort is, omdat Abrona voor de uitvoering van de last afhankelijk is van haar softwareleverancier. Dit rechtvaardigt een langere begunstigingstermijn, aldus Abrona. Bij de hoorzitting heeft Abrona in dit kader naar voren gebracht dat zij thans aan de last heeft voldaan door werknemers bij een ziekmelding, ook als zij slechts gedeeltelijk ziek zijn, steeds 100% ziek te melden. Dit acht zij echter niet wenselijk. Voor een genuanceerdere aanpak – een wijziging van de gehele administratie – was meer tijd nodig, aldus Abrona (punt 9 van het bezwaarschrift). Bij de hoorzitting heeft Abrona desgevraagd toegelicht ten minste een halfjaar tijd nodig te hebben.
61. De AP heeft bij het bepalen van de termijn zwaarwegend belang gehecht aan de omstandigheid dat het in dit geval gaat om de verwerking van bijzondere persoonsgegevens: de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers van Abrona is van zo groot belang dat dit een relatief korte begunstigingstermijn van twee maanden rechtvaardigt.
62. Tegelijkertijd wordt Abrona naar het oordeel van de AP met een termijn van twee maanden voldoende tijd geboden om de interne werkprocedures bij de ziekmelding van haar medewerkers aan te passen. Abrona heeft verder ook niet aannemelijk gemaakt dat de begunstigingstermijn te kort is. Hierbij betreft de AP dat als Abrona meent dat voor de langere termijn een verdergaande aanpassing van haar administratie nodig is om in overeenstemming met de Wbp beschikbaarheidspercentages vast te leggen, dit haar uiteraard vrij staat. Dit betekent echter niet zonder meer dat de begunstigingstermijn daarop moet worden afgestemd: er was voor de korte termijn een andere oplossing voorhanden, waarmee de handelswijze van Abrona in overeenstemming kon worden gebracht met de Wbp en dat heeft zij ook gedaan.



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

Hoogte dwangsom

63. Abrona betoogt ten slotte dat de hoogte van de dwangsom niet in een redelijke verhouding staat tot de ernst van de overtreding. Hiertoe voert zij aan dat voor zover het vastleggen van de afspraken met werknemers over inzetbaarheid al kan worden aangemerkt als het verwerken van een bijzonder persoonsgegeven, het een zeer ongevoelig bijzonder persoonsgegeven betreft. Bovendien past de werkwijze van Abrona bij de op haar als werkgever rustende verplichtingen (punt 10 van het bezwaarschrift). Voorts heeft Abrona bij de hoorzitting aangevoerd dat de werkwijze van Abrona niet op zichzelf staat en ook door andere instellingen wordt toegepast. In dat kader acht Abrona het in strijd met het gelijkheidsbeginsel dat uitsluitend aan haar een relatief hoge dwangsom is opgelegd.
64. De AP heeft hiervoor reeds toegelicht dat en waarom Abrona de Wbp overtreedt – mede gelet op de ruime uitleg die wordt gegeven aan het begrip gezondheidsgegeven – en waarom er geen redenen zijn om af te zien van handhavend optreden. De AP heeft een dwangsom met een hoogte van € 5.000,- per week, tot een maximum van € 50.000,- gelet op het type en de omvang van de organisatie en de aard van de overtreding, een passende prikkel geacht om te bevorderen dat Abrona de overtreding van de Wbp beëindigt. De AP is voorts van oordeel dat ook indien andere instellingen een vergelijkbare overtreding begaan, dit niet met zich brengt dat aan Abrona geen last onder dwangsom kan worden opgelegd. Hiertoe wijst de AP op de beginselplicht tot handhaving die op haar rust. Evenmin kan deze omstandigheid ertoe leiden dat aan Abrona een lagere dwangsom had moeten worden opgelegd, nu de AP de hoogte van de dwangsom bepaalt met in achtneming van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de overtreding en het type onderneming. In dat kader betreft de AP dat het belang dat met de beëindiging van de overtreding is gediend zwaarwegender moet worden geacht.

Conclusie

65. De AP komt tot de conclusie dat er geen aanleiding bestaat het primaire besluit te herroepen. Hierbij betreft de AP hetgeen hiervoor is overwogen, alsook dat zij herhaling van de overtreding gezien de principiële stellingname van Abrona een reële mogelijkheid acht.

Proceskosten

66. Nu de AP het primaire besluit niet herroept, komen de kosten van rechtsbijstand niet voor vergoeding in aanmerking.



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

7. Dictum

De AP

- verklaart het bezwaar ongegrond;
- wijst het verzoek om vergoeding van proceskosten in bezwaar af.

Hoogachtend,
Autoriteit Persoonsgegevens,

mr. A. Wolfsen
Voorzitter

Rechtsmiddelen

Indien u het niet eens bent met dit besluit kunt u binnen zes weken na de datum van verzending van het besluit ingevolge de Algemene wet bestuursrecht een beroepschrift indienen bij de rechtbank (sector bestuursrecht) in het arrondissement, waarbinnen uw vestigings- of woonplaats valt. U dient een afschrift van dit besluit mee te zenden. Het indienen van een beroepschrift schort de werking van dit besluit niet op. Indien onverwijld spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist, kunt u tevens een verzoek om voorlopige voorziening doen bij de voorzieningenrechter van deze rechtbank.



AUTORITEIT
PERSOONSgegevens

Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

Openbare versie

Bijlage 1 – Verslag hoorzitting 9 januari 2017



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

Bijlage 2 – Wettelijk kader

Artikel 1, aanhef en onder i, van de Wbp luidt als volgt:

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder toestemming van de betrokkene: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt.

Artikel 11, tweede lid, van de Wbp luidt als volgt:

De verantwoordelijke treft de nodige maatregelen opdat persoonsgegevens, gelet op de doeleinden waarvoor zij worden verzameld of vervolgens worden verwerkt, juist en nauwkeurig zijn.

Artikel 16 van de Wbp luidt als volgt:

De verwerking van persoonsgegevens betreffende iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven, alsmede persoonsgegevens betreffende het lidmaatschap van een vakvereniging is verboden behoudens het bepaalde in deze paragraaf. Hetzelfde geldt voor strafrechtelijke persoonsgegevens en persoonsgegevens over onrechtmatig of hinderlijk gedrag in verband met een opgelegd verbod naar aanleiding van dat gedrag.

Artikel 21, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wbp luidt als volgt:

Het verbod om persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid te verwerken is niet van toepassing indien de verwerking geschiedt door werkgevers voor zover dat noodzakelijk is voor:

1. een goede uitvoering van wettelijke voorschriften, pensioenregelingen of collectieve arbeidsovereenkomsten die voorzien in aanspraken die afhankelijk zijn van de gezondheidstoestand van de betrokkene of;
2. de re-integratie of begeleiding van werknemers of uitkeringsgerechtigden in verband met ziekte of arbeidsongeschiktheid.

Artikel 23, eerste lid, van de Wbp luidt als volgt:

Onverminderd de artikelen 17 tot en met 22 is het verbod om persoonsgegevens als bedoeld in artikel 16, te verwerken niet van toepassing voor zover:

- a. dit geschiedt met uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene;
- b. de gegevens door de betrokkene duidelijk openbaar zijn gemaakt.

Artikel 60 van de Wbp luidt als volgt:

1. Het College kan ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende, een onderzoek instellen naar de wijze waarop ten aanzien van gegevensverwerking toepassing wordt gegeven aan het bepaalde bij of krachtens de wet.
2. Het College brengt zijn voorlopige bevindingen ter kennis van de verantwoordelijke of de groep van verantwoordelijken die bij het onderzoek zijn betrokken en stelt hen in de gelegenheid hun zienswijze daarop te geven. Houden de voorlopige bevindingen verband met de uitvoering van enige wet, dan brengt het College deze tevens ter kennis van Onze Minister die het aangaat.



Datum
7 maart 2017

Ons kenmerk
z2016-15590

3. In geval van een onderzoek, ingesteld op verzoek van een belanghebbende, doet het College aan deze mededeling van zijn bevindingen, tenzij zodanige mededeling onverenigbaar is met het doel van de gegevensverwerking of de aard van de persoonsgegevens, dan wel gewichtige belangen van anderen dan de verzoeker, de verantwoordelijke daaronder begrepen, daardoor onevenredig zouden worden geschaad. Indien het mededeling van zijn bevindingen achterwege laat, zendt het de belanghebbende zodanig bericht als hem geraden voorkomt.

Artikel 65 van de Wbp luidt als volgt:

Het College is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van de bij of krachtens deze wet gestelde verplichtingen.

Artikel 5:32, eerste lid, van de Awb luidt als volgt:

Een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen, kan in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen.

Artikel 14, eerste lid, van de Arbowet luidt als volgt:

In aanvulling op artikel 13 laat de werkgever zich bij de volgende taken bijstaan door een of meer deskundige personen ten behoeve van wie overeenkomstig artikel 20 een certificaat is afgegeven of die als bedrijfsarts is ingeschreven in een erkend specialistenregister als bedoeld in artikel 14 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg:

b. de bijstand bij de begeleiding van werknemers die door ziekte niet in staat zijn hun arbeid te verrichten, met inbegrip van de bijstand bij de uitvoering van bij of krachtens artikel 25, eerste, tweede, derde, vierde en zevende lid van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, dan wel bij of krachtens artikel 71a, eerste, tweede, derde, vierde en zevende lid, van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering gestelde regels.

Artikel 7:669 van het Burgerlijk Wetboek luidt als volgt:

1. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in lid 3, onderdeel e.

3. Onder een redelijke grond als bedoeld in lid 1 wordt verstaan:

b. ziekte of gebreken van de werknemer waardoor hij niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten, mits de periode, bedoeld in artikel 670, leden 1 en 11, is verstreken en aannemelijk is dat binnen 26 weken, of bij een werknemer die de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt, 6 weken, geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht.

Artikel 11.4 van de CAO gehandicaptenzorg luidt als volgt:

De werknemer die wegens ongeschiktheid ten gevolge van ziekte, zwangerschap en bevalling als bedoeld in artikel 7:629 Burgerlijk Wetboek (BW) verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten, heeft gedurende



Datum

7 maart 2017

Ons kenmerk

z2016-15590

een tijdvak van 52 weken aanspraak op doorbetaling van 100% van het naar tijdruimte vastgestelde brutoloon door de werkgever.