

OPINIE | Wie gaat er over onze privacy? Wijzelf of onze Privacytoezichthouder?

prof. mr. G.-J. Zwenne en mr. I. Brouwer¹

De AVG wil iedereen meer controle geven over de eigen gegevens. Maar de wijze waarop de toezichthouder de regels uitlegt voor werknemers leidt onzes inziens tot een tegengesteld resultaat. Je kunt privacyrechten niet beschermen door zelfbeschikkingsrechten in te perken.

In Europa gelden nieuwe en strengere privacyregels. Anders dan soms wordt gedacht betekenen deze nieuwe regels niet dat er altijd toestemming nodig is om onze persoonsgegevens te verwerken, maar vaak is dat wel het geval. Bijvoorbeeld als het gaat om het verzamelen en verwerken van zogeheten bijzondere persoonsgegevens, zoals gezondheidsgegevens en genetische gegevens.

Wat is toestemming? In de wetgeving staat dat er kan worden gesproken van toestemming als iemand door middel van een duidelijke, actieve handeling aangeeft dat hij of zij vrijelijk, specifiek, geïnformeerd en ondubbelzinnig instemt met de verwerking van haar persoonsgegevens. Het gaat dus om een in vrijheid gegeven wilsuiting, waarmee iemand verklaart ermee akkoord te gaan dat haar persoonsgegevens op een bepaalde wijze en voor een bepaald doel worden gebruikt.

Er zijn situaties waarin er twijfels kunnen zijn over de geldigheid van de gegeven toestemming. Zo is het maar de vraag of er kan worden gesproken van toestemming als die wordt gegeven nadat iemand wordt verondersteld in minder dan drie seconden meer dan zestig bladzijden van een lastig leesbare privacyverklaring te hebben gelezen én begrepen. Kan je in die situatie nog spreken van 'geïnformeerde toestemming'? Natuurlijk niet. De vraag stellen is haar beantwoorden.

Ook zijn er soms twijfels of de toestemming in vrijheid is gegeven. Als iemand feitelijk geen keuze heeft, kan er geen sprake zijn van toestemming. Om deze reden wordt aanbevolen om ongelijkwaardige verhoudingen terughoudend te

zijn met het verwerken van persoonsgegevens op basis van de toestemming. Er moet in dat geval, zo zegt het overlegorgaan van Europese privacytoezichthouders, worden uitgesloten dat er sprake is van dwang of intimidatie of dat iemand te maken kan krijgen met belangrijke nadelige gevolgen als hij of zij weigert toestemming te geven.

Maar natuurlijk kan het niet de bedoeling zijn dat daardoor individuen worden beperkt in hun mogelijkheden om zelf weloverwogen beslissingen te nemen over wat er met hun persoonsgegevens gebeurt. In ruil voor een bonuskorting mag een consument zijn gegevens aan Albert Heijn verstrekken. In ruil voor Award Miles en Priority Boarding mag een reiziger de hem betreffende reisgegevens delen met KLM. Niks mis mee. Als hem maar van tevoren is verteld wat er met zijn gegevens wordt gedaan, en hij niet op de aan of andere manier wordt gedwongen of misleid.

Ook kan het zijn dat voor de verlening van gepersonaliseerde diensten of producten het nodig is om gezondheidsgegevens of genetische gegevens te verschaffen. Een interessant voorbeeld is Internet Age Management van het Zwitserse bedrijf iDDNA. Op basis van DNA, onttrokken uit een beetje wangslim, worden met behulp van een app adviezen gegeven om gezond ouder te worden. Bijvoorbeeld welk eetpatroon past bij uw genetisch profiel. Er wordt gewerkt aan apps voor uw slaappatroon, hormoonhuishouding en zelfs persoonlijke cosmetica is mogelijk.

Er is een markt voor en waarom ook niet? De consument heeft er belangstelling voor, is er wellicht zelfs enthousiast over. En als hij of zij goed is geïnformeerd, is het in termen van de privacywet geen probleem dat hij of zij toestemming geeft voor het gebruik van haar persoonsgegevens voor dergelijke doeleinden. De consument in kwestie maakt gebruik van zijn of

¹ Gerrit-Jan Zwenne is hoogleraar Recht en de informatiemaatschappij en advocaat in Amsterdam, mr. Ina Brouwer is oud-politica, auteur en advocaat te Bussum.

haar zelfbeschikkingsrecht en stelt de aanbieder in staat deze diensten te verlenen.

De Autoriteit persoonsgegevens lijkt dit echter anders te zien, tenminste als het gaat om werknemers. Dat werd enkele jaren geleden duidelijk in een onderzoek naar zogeheten wearables, intelligente stappentellers die werkgevers wel in kerstpakketten stopten. De werknemers konden vervolgens ervoor kiezen de via deze apparaatjes vastgelegde gegevens via een portal van de leverancier te delen met hun collega's. So far so good. Wat volgens de privacytoezichthouder echter niet mocht was de gegevens delen met de werkgever of een leidinggevende, ook niet als de werknemer daarvoor zelf toestemming zou hebben gegeven.

Waarom niet? Omdat, zo redeneerde de toezichthouder, in deze situatie niet kan worden uitgegaan van in vrijheid gegeven toestemming. In een arbeidsrelatie kan, volgens de toezichthouder, in het algemeen geen sprake kan zijn van vrije toestemming. En zelfs als de werknemer uitdrukkelijk heeft verklaard de toestemming wel degelijk in vrijheid te hebben gegeven, dan nog kan dat niet worden opgevat als rechtsgeldige toestemming.

De casus met de wearables stond niet op zichzelf. Dit bleek vorig jaar toen de jonge onderneming BrainCompass, opgezet door wetenschappers van de Erasmus Universiteit en daarbij soms ook bijgestaan door de beide auteurs van deze opinie, zelf aan de toezichthouder het verzoek deed om te beoordelen of haar werkwijze voldoet aan de privacyregels. De dienstverlening van de Rotterdamse start-up bestond eruit dat er door haar, op basis van onder andere een DNA-profiel, een persoonlijk ontwikkelprofiel voor werknemers werd vastgesteld. Een werkgever kon de werknemers deze keuzemogelijkheid bieden, vaak als onderdeel van een keuzemenu met allerlei andere opties, om zich verder te ontwikkelen.

Opvallend in deze zaak was dat BrainCompass, juist vanwege de door haar onderkende privacyrisico's, er veel aan had gedaan om te waarborgen dat de werknemers in vrijheid hun toestemming konden geven. Zo had de onderneming uitdrukkelijk vastgelegd dat deze ontwikkelprofielen niet aan de werkgever worden verstrekt, maar alleen aan de deelnemende werknemers die daarover zelf de volledige controle hadden. In de praktijk bleek deze

werkwijze goed te voldoen. Er waren geen klachten van werknemers, ondernemingsraden of vakbonden, of wie dan ook.

De Autoriteit persoonsgegevens wilde er echter niet aan. De toezichthouder sloot categorisch uit dat werknemers hiervoor op rechtsgeldige wijze toestemming kunnen geven. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat de toezichthouder het überhaupt niet nodig vond om te onderzoeken in hoeverre er al dan niet sprake was geweest van een vrije keuze. Er werd volstaan met de veronderstelling dat werknemers zich hoe dan ook wel gedwongen zullen voelen om de gevraagde toestemming te geven.

Dat is, vinden wij, nogal kort door de bocht.

De toezichthouder lijkt daarmee werknemers te reduceren tot willoze wezens of weerloze slachtoffers, die moeten worden beschermd en dan kennelijk vooral tegen zichzelf. Het in het onderzoek gekozen uitgangspunt lijkt te zijn dat dergelijke keuzes niet aan werknemers kunnen worden overgelaten. Of, anders gezegd, dat werknemers, alleen vanwege de arbeidsverhouding, niet meer in staat kunnen worden geacht om zelf te bepalen wat er gebeurt met hun gegevens.

De bedoelingen van de Autoriteit persoonsgegevens zijn ongetwijfeld goed. Maar het beeld dat de toezichthouder heeft van werknemers is wat ons betreft overdreven kleinerend. En, niet minder belangrijk, daarbij gaan de opvattingen van de toezichthouder over de onmogelijkheden voor werknemers om toestemming te geven, eraan voorbij dat de privacywet juist beoogt dat individuen, ook als dat werknemers zijn, méér controle krijgen over de eigen gegevens, niet dat die controle hen wordt afgenomen.

Ook onder de AVG, kunnen privacyrechten niet worden beschermd door zelfbeschikkingsrechten van individuen in te perken. Het is een open deur, maar misschien een die wel af en toe moet worden opengetrapt.