

Informatie en privacy bij overgang van onderneming

MR. E. KNIPSCHILD EN MR. I.J. DE LAAT

De Hoge Raad heeft recentelijk een arrest gewezen waarin de omvang van de informatieverplichting aan werknemers bij overgang van onderneming aan de orde kwam. Op basis van dit arrest moet worden geconcludeerd dat deze verplichting vergaand is. Auteurs zullen in dit artikel ingaan op het recht van de werknemers op informatie bij overgang van onderneming, zowel in het geval binnen de onderneming een ondernemingsraad is ingesteld als in de situatie dat dit niet het geval is. Ook de vaak onderbelichte privacyrechten van werknemers voor en tijdens de overgang van onderneming komen in dit artikel aan bod.

Inleiding: recht op informatie op grond van de richtlijn

De Richtlijn 2001/23/EG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (hierna: de richtlijn) heeft vier hoofdstukken. Regelmatig wordt geschreven over Hoofdstuk I en II, die gaan over de definities van een overgang van onderneming en over het behoud van rechten van de werknemers bij een overgang van onderneming. Hoofdstuk III gaat over de informatie en raadpleging bij een overgang van onderneming en kent slechts een artikel, te weten artikel 7.¹ Artikel 7 van de richtlijn geeft voorschriften over de manier waarop werknemers en hun vertegenwoordigers moeten worden geïnformeerd en geraadpleegd bij een overgang van een onderneming. Artikel 7 lid 1 tot en met 5 van de richtlijn gaat over een onderneming met een vertegenwoordiging van werknemers. Sinds de wijziging van de richtlijn in 1998 is tevens een zesde lid aan artikel 7 toegevoegd, welk lid gaat over de onderneming zonder vertegenwoordiging van werknemers. Beide situaties zullen hierna worden toegelicht.

Het recht op informatie van de vertegenwoordigers van de werknemers

In artikel 7 lid 1 tot en met 5 van de richtlijn is bepaald dat de vervreemder en de verkrijger de vertegenwoordigers van

hun eigen werknemers die bij een overgang van onderneming zijn betrokken, informatie dienen te verstrekken over de (voorgenomen) datum van de overgang, de reden van de overgang, de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers en de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen. Indien de vervreemder of verkrijger maatregelen overwegen, dienen de vertegenwoordigers tijdig te worden geraadpleegd teneinde tot een akkoord te komen. Artikel 7 lid 1 tot en met 5 van de richtlijn bevat derhalve een recht op informatie en het recht om te worden geraadpleegd. Bij de wijziging van de richtlijn in 1998 heeft de Nederlandse wetgever geoordeeld dat alleen het nieuwe artikel 7 lid 6 implementatie behoefde, dat gaat over de situatie dat er geen werknemersvertegenwoordiging is.² Artikel 7 lid 1 tot en met 5 van de richtlijn zouden volgens de wetgever reeds zijn geïmplementeerd in de Wet op de ondernemingsraden en wel in artikel 25 lid 1 sub a en b WOR.³ Ondanks dat de wetgever hier geen melding van heeft gemaakt, kunnen naar onze mening ook artikel 25 lid 1 sub c, d of e WOR, welke leden – kort samengevat – gaan over het wijzigen of beëindigen van een deel van de werkzaamheden van de onderneming, van toepassing zijn in geval van een overgang van onderneming. Belangrijker is echter dat wij van mening zijn dat het recht op informatie van werknemers in een onderneming met een OR in de WOR onvoldoende gewaarborgd is. Immers, ook al valt het voorgenomen besluit onder artikel 25 WOR, toch hoeft er geen adviesrecht te zijn indien het voorgenomen besluit niet kwalificeert als ‘belangrijk’. Hierbij merken wij wel op dat de kans dat een voorgenomen besluit dat zal leiden tot overgang van onderneming

1 In Richtlijn 77/187/EEG van 14 februari 1977 stond het recht op informatie en raadpleging in een andere vorm in art. 6. Het artikel is gewijzigd bij Richtlijn 98/50/EG van 28 juni 1998 en sinds Richtlijn 2001/23/EG overgebracht naar art. 7.

2 Art. 7 lid 6 van de richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in art. 7:665a BW, dat op 1 juli 2002 in werking is getreden.

3 TK, vergaderjaar 200-2001, 27 469, nr. 3, p. 12.

niet als 'belangrijk' kwalificeert niet groot is. Geldt geen adviesrecht, dan is de werkgever niet verplicht informatie aan de OR te verstrekken. Het recht op informatie vloeit evenmin voort uit andere artikelen in de WOR. Hoewel het recht van de OR op algemene informatie uitvoerig in de WOR staat omschreven, is de werkgever – los van de situatie dat de OR adviesrecht heeft en los van de verplichting om tweemaal per jaar financiële gegevens⁴ te verstrekken alsmede jaarlijks gegevens over het personeelsbeleid en het sociaal beleid⁵ – enkel verplicht aan de OR die gegevens te verstrekken die de OR voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijze nodig heeft als hier expliciet om wordt verzocht.⁶ De ondernemer heeft ook geen verplichting om informatie over voorgenomen adviesplichtige besluiten die hij in voorbereiding heeft met de OR te delen op grond van bijvoorbeeld artikel 24 of art. 31a lid 6 WOR.⁷ Deze artikelen kennen bovendien geen sanctie.⁸ Wij concluderen dan ook dat omdat de wetgever besloten heeft artikel 7 lid 1 tot en met 5 van de richtlijn niet te implementeren, een lacune is ontstaan indien geen adviesrecht geldt. Immers, in dat geval bestaat er geen aan artikel 7:665a BW vergelijkbaar artikel dat de OR (of de personeelsvertegenwoordiging (PVT)) een recht geeft op informatie of om te worden geraadpleegd bij overgang van onderneming. Daarbij doet de vraag zich voor of zelfs in het geval de OR adviesrecht heeft en de OR informatie van de werkgever ontvangt, de werknemers hierdoor voldoende informatie krijgen. Het hangt er in dat geval vanaf op welke gedetailleerde wijze de OR zijn achterban raadpleegt. De praktijk leert dat de achterban van de OR niet, althans niet volledig wordt geraadpleegd c.q. geïnformeerd. Verder staat de OR over het algemeen voor het collectieve belang. Dit belang is niet altijd gelijk aan het individueel belang van bepaalde (groepen) werknemers. Het doel van de richtlijn is nu juist dat werknemers op een correcte wijze worden geïnformeerd over hun individuele rechtspositie. Naar onze mening is dit onvoldoende gewaarborgd door de verwijzing naar artikel 25 WOR. Dit probleem wordt in de jurisprudentie via de weg van het goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW opgelost. Hier komen wij later nog op terug.

Door artikel 7 lid 1 tot en met 5 van de richtlijn niet te implementeren is zelfs nog een grotere lacune ontstaan voor ondernemingen met een PVT. Immers, het adviesrecht van de PVT is nog beperkter dan dat van de OR. De PVT heeft alleen een adviesrecht indien het voorgenomen besluit leidt tot verlies van de arbeidsplaats of een belangrijke verandering van de arbeid of arbeidsvoorwaarden van ten minste een vierde van de in de onderneming werkzame personen.⁹

Echter, het feit dat er een PVT is ingesteld, betekent dat de werknemers geen recht hebben om informatie te ontvangen ex artikel 7:665a BW. Betoogd zou kunnen worden dat op het gebied van de informatieverplichting werknemers beter af zijn zonder PVT dan met PVT. Toch is dit naar onze mening niet het geval. Zoals hiervoor aangegeven wordt in de hierna te bespreken rechtspraak aangenomen dat werknemers op grond van het goed werkgeverschap een zelfstandig recht op informatie hebben, ook als er in de onderneming een OR of een PVT is ingesteld. Daarnaast bestaat voor de OR of de PVT op het moment dat er bij het voorgenomen besluit tot overgang van onderneming een adviesrecht bestaat, het recht op alle informatie die zij voor het geven van zijn advies redelijkerwijze nodig hebben.¹⁰ Zij kunnen hiermee meer informatie eisen dan de individuele werknemers kunnen op grond van artikel 7:665a BW. Bovendien kunnen OR en PVT door middel van hun adviesrecht invloed uitoefenen op het besluit tot overgang van onderneming.

Het recht op informatie van de individuele werknemer

Artikel 7 lid 6 van de richtlijn bepaalt dat als in een onderneming geen vertegenwoordigers van werknemers aanwezig zijn buiten de wil van de werknemers om, de betrokken werknemers vooraf in kennis moeten worden gesteld van de (voorgenomen) datum van overgang, de redenen van de overgang, de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang en de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen. Artikel 7 lid 6 van de richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in artikel 7:665a BW, dat op 1 juli 2002 in werking is getreden.¹¹ Daarin is bepaald dat indien in een onderneming geen OR noch een personeelsvertegenwoordiging is ingesteld, de werkgever de eigen werknemers die betrokken zijn bij de overgang van onderneming tijdig in kennis stelt van het voorgenomen besluit tot overgang, de voorgenomen datum van de overgang, de reden van de overgang, de juridische, economische, en sociale gevolgen van de overgang voor werknemers en de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen. Niet is opgenomen dat deze bepaling slechts dan geldt indien er geen vertegenwoordigers zijn buiten de wil van de werknemers om. Ook wanneer de werknemers het recht op vertegenwoordiging niet hebben geëffectueerd, dient de werkgever de werknemers in te lichten over de voorgenomen overgang. Met mr. Hustinx zijn wij van mening dat dit een juiste keuze van de wetgever is.¹²

Hoewel artikel 7 lid 6 van de richtlijn niet bepaalt door wie de betrokken werknemers moeten worden geïnformeerd, heeft de wetgever bij de implementatie van artikel 7 lid 6

4 Art. 31a WOR.

5 Art. 31b WOR.

6 Art. 31 WOR.

7 Zie meer uitvoerig over het recht op informatie in C. Nekeman en E. Knipschild 'Het recht op informatie en de plicht tot geheimhouding van de ondernemingsraad', *ArbeidsRecht* 2007, 11.

8 Zo oordeelde het Hof Amsterdam (OK) op 8 februari 2007, «JAR» 2007/67, dat het schenden van art. 24 WOR het besluit niet reeds kennelijk onredelijk maakt.

9 Art. 35c lid 3 jo art. 35b lid 5 WOR.

10 Art. 31 lid 1 WOR en Hof Amsterdam (OK) 23 december 2003, «JAR» 2004/26.

11 Ingevoegd bij de wet van 18 april 2002, *Stb.* 2002, 215 en in werking getreden op 1 juli 2002.

12 A.L. Hustinx, 'Informatievoorziening aan werknemers bij overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2009, 40.

van de richtlijn ervoor gekozen aansluiting te zoeken bij artikel 7 lid 1 van de richtlijn. De informatieverplichting uit artikel 7:665a BW rust op zowel de verkrijger als de vervreemder. Beide informeren hun eigen werknemers, dus de werknemers met wie zij een arbeidsovereenkomst hebben gesloten. De groep werknemers is niet beperkt tot de werknemers die mee overgaan. Een werknemer die niet mee overgaat, kan toch betrokken zijn indien de overgang voor hem aanzienlijke gevolgen heeft.¹³ Daarnaast is van belang dat de kennisgeving tijdig plaatsvindt en het besluit tot overgang nog niet is genomen en de datum van overgang nog niet vastligt. Dit volgt uit de term 'voorgenomen besluit', die net als in de WOR in artikel 7:665a BW staat. Indien de vervreemder of de verkrijger zich niet houdt aan de informatieverplichting, is sprake van een onrechtmatige daad jegens de werknemers.¹⁴ Wordt de voorgeschreven informatie derhalve niet of niet tijdig verstrekt, dan is de werkgever schadeplichtig. De overgang als zodanig wordt daardoor niet aangetast.¹⁵ Er is overigens sprake van een recht op informatie, dus niet het recht om advies te geven.

Art. 7:665a BW stelt voorts geen eisen aan de kwaliteit van de informatie die moet worden verstrekt. Op grond van artikel 7:611 BW kan wel invulling worden gegeven aan de reikwijdte van de informatieverplichting van de werkgever en de kwaliteit van de informatie. In het arrest Rabobank/Alard¹⁶ deed de werknemer een beroep op art. 7:611 BW stellende dat de werkgever zich niet als een goed werkgever had gedragen door de wijze waarop hij zich gedurende het proces van de verkoop en overdracht van het bedrijfsonderdeel had opgesteld. In deze zaak ging het om de Rabobank, die voornemens was te stoppen met de activiteit 'reizen' en OAD/Globe Reisbureaugroep (hierna: Globe) als kandidaat-koper introduceerde. De Rabobank bood haar werknemers aan om over te gaan naar Globe met een financiële vergoeding dan wel in dienst te blijven van de Rabobank waarbij een zoektraject naar ander werk werd aangeboden. Indien geen ander werk zou worden gevonden, zou de arbeidsovereenkomst worden beëindigd. De werkneemster koos voor indiensttreding bij Globe waardoor minder gunstige arbeidsvoorwaarden van toepassing werden en zij bijna 30% in inkomen achteruit ging. De Hoge Raad oordeelde dat van een goed werkgever mag worden verwacht om in de aan de medewerkers toegezonden informatie voldoende opening van zaken en duidelijkheid te geven over de te maken keuzes en volledige voorlichting over de rechtspositie en de geldende wettelijke en cao-bepalingen bij overgang van onderneming. De Rabobank had daar niet aan voldaan. In beide keuzegevallen werd de werkneemster een ingrijpende wijziging in haar rechtspositie voorgesteld die in strijd was met artikel 7:663 BW en beoogde haar de

rechtsbescherming van dat artikel te ontnemen. Hiermee is de werkneemster op onvolledige en onjuiste gronden tot een keuze bewogen en dit is in strijd met gedrag waartoe een goed werkgever in een dergelijke situatie verplicht is, aldus de Hoge Raad.

De Hoge Raad heeft dit standpunt recent nog bevestigd.¹⁷ In het arrest Bos/Pax had de werkgever een nieuwe vennootschap opgericht (Pax) met als doel aan deze vennootschap de logistieke werkzaamheden te kunnen uitbesteden. De werknemers werd verzocht akkoord te gaan met indiensttreding bij een dochtervennootschap van de werkgever (Detrex). Daardoor zouden de werknemers niet mee overgaan naar Pax op grond van overgang van onderneming. Als de werknemer jaren later door Detrex wordt ontslagen, beroept hij zich alsnog op overgang van onderneming. De Hoge Raad benadrukt allereerst het doel van de wet en de richtlijn: werknemersbescherming. Deze bescherming is van openbare orde en hiervan mag niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken, ook niet met instemming van de werknemer. Deze bescherming geldt niet als de werknemer na de overgang zelf besluit zijn dienstbetrekking met de verkrijger niet voort te zetten. Er moet dan wel sprake zijn van een besluit dat uit vrije wil is genomen of een overeenkomst die vrijelijk is gesloten. De Hoge Raad oordeelt dat nu de werknemer op uitnodiging van de oorspronkelijke werkgever het dienstverband had verbroken en in dienst is getreden bij Detrex, naar de vorm geen sprake lijkt van overgang van onderneming in de zin van de wet. Echter, de constructie van het speciaal oprichten van Pax, het onderbrengen van de werknemers bij Detrex om hen vervolgens te detacheren bij Pax en het ten slotte ontslaan door Detrex en aannemen door Pax, strekte naar het oordeel van de Hoge Raad in feite wel degelijk tot overgang van onderneming in de zin van de wet. Het op initiatief van de oorspronkelijke werkgever afstand doen door de werknemers van hun dienstbetrekking met de oorspronkelijke werkgever onder gelijktijdige indiensttreding bij Detrex was daarbij een 'essentiële schakel'. Op grond van goed werkgeverschap had de werkgever de werknemers in 2003 volledig moeten informeren over hun keuze om in dienst te blijven van de werkgever en vervolgens op grond van overgang van onderneming in dienst te treden bij Pax ofwel in dienst te treden bij Detrex met compensatie. Alleen dan zouden de werknemers in staat zijn om uit vrije wil afstand te doen van de bescherming die de richtlijn hen biedt. Het hof had dan ook moeten onderzoeken of de akkoordverklaring van de werknemer voldoet aan deze voorwaarden. Nu het hof dit niet had gedaan, werd het arrest vernietigd.

Opmerkelijk is dat in beide arresten de vraag of er binnen de onderneming een OR (of PVT) was ingesteld en zo ja wat de rol van het medezeggenschapsorgaan was, niet expliciet naar voren komt. Niet alleen uit de omvang van de ondernemingen waar deze arresten over gaan maar ook uit het feit dat in beide arresten de informatieverplichting van de werkgever voortvloeit uit artikel 7:611 BW en niet uit

13 TK, vergaderjaar 2000-2001, 27 469, nr. 3, p. 14 en MvT, 27 469 p. 14.

14 Kamerstukken II 2000/0127 469 nr. 5, p. 9.

15 NVII, 27 469, p. 9. Volgens Ktr. Utrecht 16 mei 2007, «JAR» 2007/191 kan de omstandigheid dat de oude werkgever de werknemers niet tijdig informeert ook een van de wegingsfactoren zijn bij de beoordeling of sprake is van een overgang van onderneming.

16 HR 26 oktober 2007, «JAR» 2007/285.

17 HR 26 juni 2009, «JAR» 2009/183.

art. 7:665a BW kan naar onze mening worden afgeleid dat er binnen de ondernemingen wel een OR (of PVT) actief was.

Voor de volledigheid wordt nog opgemerkt dat werkgevers hun werknemers ook moeten informeren over de overgang van de onderneming als sprake is van een faillissement. Artikel 7:666 lid 1 BW bevat een opsomming van bepalingen die niet van toepassing zijn bij een faillissement. In die opsomming is artikel 7:665a BW niet opgenomen. De verplichting uit artikel 7:665a BW geldt ook in geval van een fusie. Hoewel deze verplichting niet van rechtswege bestond, is de fusie thans uitdrukkelijk genoemd in artikel 7:662 e.v. BW. In dit kader wijzen wij ten slotte nog op de SER Fusiegedragsregels 2000 op grond waarvan de werknemersverenigingen recht hebben op informatie.¹⁸ In art. 3 lid 1 is geregeld dat de werknemersverenigingen in kennis moeten worden gesteld voordat over de voorbereiding of totstandkoming van een fusie een openbare mededeling wordt gedaan. Daarnaast dient ieder van de fusiepartijen, voordat over een fusie overeenstemming is bereikt, de werknemersverenigingen van de voorbereiding van de fusie in kennis stellen.¹⁹ De werknemersverenigingen hebben onder meer recht op informatie over de motieven en de (directe en indirecte) sociale, economische en juridische gevolgen van de fusie voor de werknemers.²⁰

Het recht op informatie indien er een OR had moeten zijn

Zoals hiervoor aangegeven heeft de OR op grond van artikel 25 WOR een sterker informatierecht dan de individuele werknemer op grond van artikel 7:665a BW. Heeft een onderneming geen OR hoewel er wel een OR zou moeten zijn, dan zou dit reden voor de individuele werknemers kunnen zijn om in rechte een gebod te vorderen tot het instellen en in stand houden van een OR, alsmede het in afwachting daarvan opschorten van de voorgenomen besluiten. De kantonrechter te Amsterdam wees een dergelijke vordering af omdat de overgang inmiddels een feit was en de werknemers geen belang meer hadden bij hun vordering. Echter, had de overgang nog niet plaatsgehad, dan zou de vordering zeer waarschijnlijk wel zijn toegewezen, aldus de kantonrechter, nu vaststond dat de ondernemer een verplichting had om een OR in te stellen.²¹ De individuele werknemers van Tap Tromp van Hoff Notarissen te Zutphen werden gedeeltelijk in het gelijk gesteld. Het notariskantoor werd veroordeeld tot het houden van een personeelsvergadering waarin de voorgenomen reorganisatie ter advies aan het personeel moest worden voorgelegd.²²

18 Voor een uitgebreid artikel over de SER Fusiegedragsregels 2000 zie: S. Schijf, 'De SER Fusiegedragsregels 2000 anno 2008: de beslissingen van de Geschillencommissie', *ArbeidsRecht* 2008, 48.

19 Art. 4 lid 1 SER Fusiegedragsregels 2000.

20 Art. 4 lid 2 SER Fusiegedragsregels 2000.

21 Ktr. Amsterdam 30 augustus 2002, «JAR» 2002/265. Zie voor andere jurisprudentie over dit onderwerp J. Dop en E. Knipschild, 'Besluitvorming (1) bij een gebrekkige OR en (2) zonder een OR', in *ArbeidsRecht* 2005, 4.

22 Ktr. Zutphen (voorzieningenrechter) 20 mei 2009, «JAR» 2009/158.

Het recht op privacy bij overgang van onderneming

Direct samenhangend met het recht op informatie van de werknemers is het recht op privacy van de werknemers. De ondernemer zal in geval van een voorgenomen overname, outsourcing, fusie of splitsing willen weten wie de werknemers zijn die van rechtswege bij hem in dienst treden. De mogelijkheden voor een ondernemer om aan een mogelijke koper concrete gegevens over de mogelijk over te nemen werknemers te verstrekken zijn echter beperkt. De Registratiekamer, de voorloper van het College Bescherming Persoonsgegevens (hierna: het CBP), is van oordeel dat een potentiële koper doorgaans voldoende heeft aan geaggregeerde gegevens en dat de verstrekking van persoonsgegevens slechts incidenteel noodzakelijk is. Indien noodzaak tot verstrekking bestaat, dient de kring van personen aan wie de gegevens verstrekt wordt zo klein mogelijk te zijn en dienen niet meer gegevens te worden verstrekt dan strikt noodzakelijk.²³ Hierbij is nog van belang dat het niet alleen niet geoorloofd is om direct identificerende gegevens – zoals NAW-gegevens²⁴ – te verwerken, maar dat ook het verwerken van indirect identificerende gegevens niet is toegestaan. Van indirect identificerende gegevens is sprake indien gegevens ontgaan zijn van de naam, maar door combinatie met andere gegevens kunnen worden teruggebracht tot een bepaalde persoon. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn in een klein bedrijf waarbij enkel door het noemen van bijvoorbeeld het geslacht en de leeftijd kan worden herleid om welke werknemer het gaat. Dit maakt dat de mogelijkheden om in het kader van een 'due diligence'-onderzoek gegevens aan een potentiële koper te verstrekken zeer beperkt zijn. Een voordeel hiervan is echter wel dat de werknemers niet al in dit stadium op de hoogte gesteld hoeven te worden van de gegevensverwerking. Hetgeen op basis van het transparantiebeginsel anders wel had gemoeten. Het transparantiebeginsel is neergelegd in de artikel 33 en 34 van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp). Bij de verkrijging van persoonsgegevens wordt een onderscheid gemaakt tussen de situaties dat de persoonsgegevens van de betrokkene zelf worden verkregen en de situatie dat de verantwoordelijke gegevens op een andere manier verkrijgt. In het eerste geval geldt artikel 33 Wbp. In het tweede artikel geldt artikel 34 Wbp. In het geval van een 'due diligence'-onderzoek worden de gegevens niet rechtstreeks van de betrokkene verkregen. Dit betekent dat de betrokkene op grond van artikel 34 lid 1 Wbp moet worden geïnformeerd op het moment dat de gegevens worden vastgelegd of – wanneer de gegevens bestemd zijn om te worden verstrekt aan een derde – uiterlijk op het moment van de eerste verstrekking aan de derde. De informatieverstrekking aan de betrokkene moet in ieder geval de identiteit van de verantwoordelijke, alsmede de doeleinden van de verwerking omvatten. Nadere informatie dient te wor-

23 Registratiekamer 2 november 1998, kenmerk 98 V 052501.

24 Naam, Adres, Woonplaatsgegevens.

den verschaft als dat tegenover de betrokkene nodig is om een behoorlijke en zorgvuldige verwerking te waarborgen. Ook tijdens de overgang van een onderneming dient rekening te worden gehouden met de privacy van de werknemers. Het CBP stelt zich op het standpunt dat bij een faillissement, fusie of overname de personeelsdossiers mogen worden overgedragen.²⁵ Hierbij moet de werkgever die de personeelsdossiers gaat overdragen er zorg voor dragen dat de privacybelangen van de betreffende werknemers zijn gewaarborgd door de overdracht aan te kondigen in een daarvoor geschikt medium, de werknemers de mogelijkheid te geven bepaalde gegevens te laten verwijderen en bezwaar aan te tekenen tegen de overdracht en door niet meer gegevens te verstrekken dan noodzakelijk is voor de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Deze laatste voorwaarde houdt volgens het CBP in dat alle personeelsdossiers moeten worden opgeschoond en dat alle oude en niet meer relevante gegevens – zoals een verslag van een functioneringsgesprek van tien jaar geleden – moeten worden verwijderd.

Nadat de personeelsdossiers naar de nieuwe werkgever zijn overgegaan, zal in veel gevallen de verkrijger na de overgang van onderneming voornemens zijn de nieuwe werknemers bij zijn eigen arbodienst onder te brengen. Aangezien er voor gezondheidsgegevens nog striktere regels gelden dan voor de 'niet bijzondere' persoonsgegevens, geldt dat de overgang van de ene arbodienst naar de andere arbodienst niet eenvoudig is. Allereerst zal de ondernemingsraad ex artikel 27 lid 1 onderdeel d WOR moeten instemmen met de overgang naar een andere arbodienst. Vervolgens kunnen alle gegevens waarop geen medisch beroepsgeheim rust, zoals administratieve gegevens, terugkoppelingen aan de werkgever en meldingen aan het UWV, naar de opvolgende arbodienst worden overgedragen. Het overdragen van de gegevens die wél onder het medisch beroepsgeheim vallen, is alleen mogelijk onder strenge voorwaarden. In de eerste plaats dient sprake te zijn van een noodzaak tot het verstrekken van deze gegevens in het kader van de verzuimbegeleiding, bijvoorbeeld omdat het een 'lopend ziektegeval' betreft. Tevens moeten de betreffende werknemers van tevoren zijn geïnformeerd over de gegevensverstrekking en moeten zij in gelegenheid zijn gesteld om bezwaar te maken. Het is aan de overdragende arts om te controleren of aan deze verplichting is voldaan, alvorens het dossier over te dragen aan een andere gecertificeerde bedrijfsarts. Deze voorwaarden zijn door het CBP uitgewerkt in een uitspraak uit 2007.²⁶ In deze uitspraak komt het CBP terug op zijn eerdere standpunt dat het niet rechtmatig is om zonder toestemming van de betreffende werknemers dan wel indien daar een wettelijke regeling aan ten grondslag ligt medische dossiers over te dragen naar de nieuwe arbodienst. Wij zijn van mening dat het uit praktisch oogpunt onwenselijk zou zijn geweest als het CBP zijn standpunt niet zou hebben bijgesteld. Immers, dit zou ertoe hebben geleid dat een wisse-

ling van arbodienst niet tot de mogelijkheden zou behoren, te meer omdat het CBP het uitgangspunt hanteert dat in een dergelijk geval sprake moet zijn van ondubbelzinnige toestemming waarvan naar het oordeel van het CBP over het algemeen in de arbeidsrelatie gezien de gezagsverhouding geen sprake kan zijn.

Conclusie

Al met al moet worden geconcludeerd dat het feit dat art. 7 lid 1 tot en met 5 van de richtlijn niet zijn geïmplementeerd, een lacune heeft doen ontstaan in de situatie dat er geen adviesrecht geldt voor de OR (of PVT). Immers, in een dergelijk geval bestaat er geen wettelijke verplichting voor de werkgever om de OR (of PVT) te informeren. In een dergelijke situatie is ook artikel 7:665a BW niet van toepassing daar dit artikel enkel ziet op de ondernemingen waarin geen OR of PVT is ingesteld. Ook als er wel een adviesrecht bestaat, moet geconcludeerd worden dat de werknemers niet via art. 25 WOR vanzelfsprekend worden geïnformeerd over hun rechtspositie bij een overgang van onderneming. Uit de rechtspraak van afgelopen jaren kan echter worden geconcludeerd dat deze lacune niet tot onoverkomelijke problemen leidt, nu de werkgever op basis van art. 7:611 BW eveneens verplicht is bij overgang van onderneming de werknemers te informeren en daarbij volledige en juiste informatie dient te verstrekken. Met betrekking tot het recht op privacy van werknemers bij overgang van onderneming, is de conclusie gerechtvaardigd dat deze rechten op papier wel gewaarborgd zijn. Echter, het is maar de vraag of in de praktijk werkgevers zich bewust zijn van de op dit punt geldende regelgeving en/of zich eraan houden.



Over de auteur

Mr. E. Knipschild is advocaat bij Kennedy van der Laan.



Over de auteur

Mr. I.J. de Laat is advocaat bij Kennedy van der Laan.

²⁵ 'Personeelsdossiers', Informatieblad 27A, november 2007.

²⁶ CBP 18 juni 2007, z2006-00918.