



Advies als bedoeld in artikel 36 lid 2 van de AVG inzake de voorgenomen verwerking ADM-controles van ISPS/AEO-bedrijven; z2018-27136.

1 Inleiding

Op 20 november 2018 heeft Port Privacy B.V., namens verwerkingsverantwoordelijken, ingevolge artikel 36, eerste lid, van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) bij de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) een verzoek om voorafgaande raadpleging ingediend. Het verzoek betreft een voorgenomen verwerking van persoonsgegevens betreffende controle op alcohol-, drugs- en geneesmiddelen (door indiener als ADM-controles omschreven) – als onderdeel van het toegangsbeleid – door bedrijven die opereren onder de International Shipping and Port Facility Security Code (ISPS-code) certificering en de Authorised Economic Operator (AEO) vergunning (hierna: ISPS/AEO-bedrijven).

Ingevolge artikel 36, eerste lid, van de AVG raadpleegt de verwerkingsverantwoordelijke de toezichthoudende autoriteit wanneer uit een gegevensbeschermingseffectbeoordeling krachtens artikel 35 van de AVG (ook wel: Data Protection Impact Assessment, DPIA) blijkt dat de verwerking een hoog risico zou opleveren indien de verwerkingsverantwoordelijke geen maatregelen neemt om het risico te beperken.

Indiener: Port Privacy namens verwerkingsverantwoordelijken.

Verwerkingsverantwoordelijken:

- APM Terminals Maasvlakte II B.V.
- APM Terminals Rotterdam B.V.
- European Bulk Services BV.
- Europees Massagoed-Overslagbedrijf B.V.
- Gate Terminal B.V.
- Huntsman Holland B.V.
- Hutchison Ports ECT Rotterdam BV.
- Kramer Group BV.
- Rotterdam World Gateway BV.

Verwerker(s): Havenbeveiligingsbedrijf, daaronder begrepen Securitas Beveiliging B.V., toelichting: “*Het in de lijst in 3.4 ook genoemde bedrijf Securitas Beveiliging B.V. betreft een verwerker zoals bedoeld in 52. Securitas wordt door menig zelfstandig verantwoordelijk ISPS/AEO-bedrijf ingehuurd om de beveiliging op zich te nemen. Daardoor dient ook Securitas zich te houden aan de ISPS/AEO regelgeving. Terzijde: uiteraard zijn er naast Securitas ook andere havenbeveiligingsbedrijven actief in de haven.*” (Schriftelijke toelichting door Port Privacy op 11 december 2018)

Betrokkenen: Allen die zich toegang wensen te verschaffen tot de terreinen van de verwerkingsverantwoordelijken. Deze groep betreft zowel alle werknemers van deze organisaties als derden die bijvoorbeeld beroepshalve het terrein willen dan wel moeten betreden.



Onderschrijvende partijen: onderstaande partijen worden door de indieners opgevoerd als: *“Opgemerkt wordt dat het belang van het uitvoeren van ADM-controles door ISPS/AEO-bedrijven en het belang van een correcte naleving van de AVG ook wordt onderschreven door de navolgende partijen.”*

- Belastingdienst Douane
- by DNA
- Havenbedrijf Rotterdam N.V.
- Vereniging Deltalinqs
- Zeehavenpolitie
- Royal Dirkzwager B.V.

2 Procedureverloop

Op 10 september 2018 is door Port Privacy namens een groep ISPS/AEO-bedrijven de gedragscode ADM-controles ISPS/AEO-bedrijven ter formele beoordeling ex artikel 40 AVG bij de AP ingediend. Vanwege het niet voldoen aan zowel formele als inhoudelijke eisen is, na overleg tussen de AP en Port Privacy, het verzoek om goedkeuring van de gedragscode op 14 december 2018 door Port Privacy ingetrokken.

Omdat het bij controles op alcohol, drugs of geneesmiddelen gaat om het verwerken van bijzondere persoonsgegevens is er volgens Port Privacy, naast de gedragscode, tevens aanleiding voor een voorafgaande raadpleging. Het verzoek om voorafgaande raadpleging is op 20 november 2018 ingediend. Op 27 november 2018 is een brief 'onvolledig verzoek om voorafgaande raadpleging – verzoek om nadere informatie' verstuurd naar Port Privacy waarin gevraagd wordt om aanvullende informatie op twee onderdelen. Deze informatie is op 11 december 2018 door Port Privacy schriftelijk verstrekt.

Op 11 december 2018 is het in behandeling nemen van het verzoek om voorafgaande raadpleging door de AP per brief bevestigd en is een overzicht van de geldende termijnen gegeven.

Op 12 december 2018 is Port Privacy per brief geïnformeerd over het verlengen van de termijn voor de behandeling van het verzoek om voorafgaande raadpleging met zes weken.

3 Feitelijke weergave voorgenomen verwerking

Het betreft *“de voorgenomen verwerkingen die plaatsvinden in het kader van ADM-controles: controles op grensoverschrijdend gebruik van alcohol, drugs en/of medicijnen door werknemers of derden die zich bevinden op of toegang wensen tot het terrein van een ISPS/AEO-bedrijf.”* (DPIA vraag 1.)

Nadere aanvulling AP: Het betreft hier controles op alcohol, drugs of geneesmiddelen waarbij lichaamsstoffen worden verzameld en geanalyseerd, een positieve uitslag wordt geregistreerd, en waarbij de verzamelde lichaamsstoffen en het testmateriaal worden vernietigd. Verwerking van de (bijzondere) persoonsgegevens bij een positieve uitslag vindt plaats door:

- Het gebruiken van de geregistreerde positieve uitslag bij de uitvoering van het interne hulp- en sanctiebeleid (als het gaat om werknemers).
- Het gebruiken van de geregistreerde positieve uitslag bij het informeren van het bedrijf waar de derde aan verbonden is (als het gaat om derden).
- Het verwijderen van de geregistreerde persoonsgegevens na het verstrijken van de bewaartermijn.

Ingevolge artikel 36, derde lid, van de AVG heeft de indiener de volgende informatie verstrekt:

- Een lijst van verwerkingsverantwoordelijken.
- Informatie over de verwerker(s).
- Uitleg over de doeleinden en de middelen van de voorgenomen verwerking.



- Mogelijke en onmogelijke maatregelen en waarborgen ter bescherming van de rechten en vrijheden van betrokkenen.
- Een gegevensbeschermingseffectbeoordeling – DPIA met toelichting.
- Aanvullende informatie die de AP heeft opgevraagd bij indiener n.a.v. het verzoek om voorafgaande raadpleging.

4 Het verzoek om Voorafgaande raadpleging

Gelet op de verkregen informatie stelt de AP vast dat in het verzoek sprake is van een voorgenomen verwerking van persoonsgegevens waarop de AVG van toepassing is (artikelen 2 en 3 van de AVG).

De AP stelt vast dat uit de gegevensbeschermingseffectbeoordeling die krachtens artikel 35 van de AVG is verricht, is gebleken dat de voorgenomen verwerking een hoog risico oplevert indien er geen maatregelen worden genomen om het risico te beperken. Dat betekent dat de AP dient te worden geraadpleegd op grond van artikel 36, eerste lid van de AVG.

5 Beoordeling voorgenomen verwerking

De AP heeft zich een algemeen beeld gevormd van de rechtmatigheid van de door de indiener beschreven voorgenomen gegevensverwerking tegen de achtergrond van de algemene waarborgen uit de AVG. Voorts zijn met name de risicovolle aspecten van de voorgenomen verwerking beoordeeld.

Deze beoordeling is gebaseerd op:

- de informatie die door de verantwoordelijke is verstrekt in het kader van het verzoek om raadpleging en in het bijzonder de DPIA d.d. 19 november 2018;
- de door Port Privacy op verzoek verstrekte aanvullende informatie d.d. 14 december 2018.

Verwerking

De omschrijving van de voorgenomen verwerking is helder. Het betreft het verwerken van gezondheidsgegevens van werknemers van de door de indiener vertegenwoordigde ISPS/AEO-bedrijven en derden die als onderdeel van het toegangsbeleid ISPS-bedrijven onderworpen worden aan controles op alcohol, drugs en geneesmiddelen, en positief getest zijn op de aanwezigheid van alcohol, drugs of geneesmiddelen in het lichaam. Dit positief testresultaat wordt in een systeem verwerkt met een bewaartermijn van 1 jaar. Na deze termijn worden de positieve testresultaten verwijderd. De indiener beschrijft de omvang, vorm en het proces van de controles op alcohol, drugs of geneesmiddelen waarbij helder wordt beschreven welke stappen er genomen worden.

Het betreft de verwerking van (bijzondere) gezondheidsgegevens waarbij in beginsel hoge risico's aanwezig zijn. Het risico dat de privacy van betrokkenen geschaad wordt door de voorgenomen verwerking is in reële mate aanwezig. Daarmee is het uitvoeren van een DPIA voor de voorgenomen verwerking verplicht. Deze is door de indiener uitgevoerd voor de betreffende voorgenomen verwerking. Uit deze DPIA blijkt dat er niet-mitigeerbare hoge restrisico's voortkomen uit de voorgenomen verwerking. Daarmee is het verplicht om de voorgenomen verwerking door middel van een voorafgaande raadpleging ter advies voor te leggen aan de AP.



Kern, doel en middelen voorgenomen verwerking

"voorgenomen verwerkingen die plaatsvinden in het kader van ADM-controles: controles op grensoverschrijdend gebruik van alcohol, drugs en/of medicijnen door werknemers of derden die zich bevinden op of toegang wensen tot het terrein van een ISPS/AEO-bedrijf" (Formulier verzoek voorafgaande raadpleging pagina 2 van 8)

"Het doel van ADM-controles is het voorkomen van gezondheidsschade en het voorkomen van veiligheidsincidenten. Voor internationale havenbedrijven is veiligheid van het allergeeueste belang. Daarbij gaat het om de veiligheid en gezondheid van het individu, het eigen personeel en derden op het terrein en in de omliggende gebieden. Een ongeluk kan verstrekken gevolgen hebben. Naast het belang van veiligheid en volksgezondheid hebben ISPS/AEO-bedrijven een groot bedrijfseconomisch belang om niet te worden vertraagd of stopgezet door veiligheidsincidenten (procesveiligheid). Omdat iemand die onder invloed is van alcohol, drugs of medicijnen een veiligheidsrisico vormt, voert elk ISPS/AEO-bedrijf een streng ADM-beleid. Om dit beleid goed te kunnen uitvoeren en te handhaven, zijn ADM-controles noodzakelijk." (Formulier verzoek voorafgaande raadpleging pagina 4 van 8)

"De ADM-controle wordt uitgevoerd door een havenbeveiligingsmedewerker en vindt plaats door een analyse van lichaamsstoffen, zoals bijvoorbeeld uitgedemde lucht of wangslim. De analyse gebeurt met speciale apparatuur. Eventueel testmateriaal (zoals een wegwerp-blaaspipje) wordt na de test direct vernietigd of meegegeven. Een analyse leidt tot de conclusie of de grenzen voor ADM-gebruik wel of niet zijn overschreden. Is de uitslag negatief dan kan de betrokkene zijn weg vervolgen. Is de uitslag positief dan dient de overtreder zich te identificeren met een geldig legitimatiebewijs. Er vindt registratie plaats in een speciaal voor dat doel ontwikkeld rapportagesysteem. Vervolgens wordt een overtreder de toegang tot het terrein ontzegd, wordt hem aangeraden niet deel te nemen aan het verkeer en wordt hij in de gelegenheid gesteld om een second opinion te ondergaan. Is de overtreder een werknemer dan is de rapportage aanleiding voor toepassing van het interne hulp- en sanctiebeleid (gesprek, voorlichting, hulpaanbod, waarschuwing, schorsing, enz.). Is de overtreder een derde, dan wordt contact opgenomen met het bedrijf aan wie de derde is verbonden. Aan dat bedrijf wordt slechts medegedeeld dat de derde de toegang tot het terrein is ontzegd wegens schending van het veiligheidsbeleid. Er wordt niet gerefereerd aan en niets vermeld over de ADM-controle." (Formulier verzoek voorafgaande raadpleging pagina 4 van 8)

Privacyrisico

- 1. Het risico dat een betrokkene wordt beperkt in diens vrijheid om in privétijd te doen en laten wat hij wil.*
- 2. Het risico dat een betrokkene wordt aangetast in diens lichamelijke integriteit.*
- 3. Het risico dat een betrokkene wordt geconfronteerd met disciplinaire maatregelen.*
- 4. Het risico dat een betrokkene, ondanks de nodige maatregelen, toch wordt aangetast in diens persoonlijke integriteit (en eventueel reputatieschade oploopt).*

(Bovenstaande risico's zijn door de indiener opgesteld in het Formulier verzoek voorafgaande raadpleging pagina 7 van 8)

Technische en organisatorische maatregelen worden door de indiener niet mogelijk geacht voor de eerste drie risico's, deze zijn niet te verminderen zonder het doel van de verwerking te schaden. Het risico "dat een betrokkene, ondanks de nodige maatregelen, toch wordt aangetast in diens persoonlijke integriteit" is volgens de indiener gedeeltelijk te beperken door het treffen van 4 maatregelen, zijnde:

- een ADM-controle geschiedt zoveel mogelijk buiten het zicht van derden;*
- aan een positieve uitslag wordt geen ruchtbaarheid gegeven;*
- de geregistreeerde persoonsgegevens zijn alleen toegankelijk voor (zo min mogelijk) bevoegde personen;*
- de persoonsgegevens (en het registratiesysteem) worden goed beveiligd (zie hoofdstuk 8).*

(DPIA pagina 20 van 29)

Enkel het beperken van de actieve openbaarmaking van persoonsgegevens door de verwerkingsverantwoordelijke en het nemen van beveiligingsmaatregelen als respectievelijk organisatorische en technische maatregelen zijn maatregelen die van toepassing zijn op de voorgenomen



verwerking van persoonsgegevens in deze voorafgaande raadpleging. Omdat deze maatregelen enkel één risico gedeeltelijk, en de andere risico's niet beperken, zijn de restrisico's grotendeels gelijk aan de initiële privacyrisico's van de voorgenomen verwerking.

De risico's zoals vermeld door de indiener in de DPIA zijn op zichzelf staand niet voldoende gerelateerd aan de verwerking van persoonsgegevens om te kunnen beoordelen binnen het geldende wetgevingskader. Om deze mee te kunnen nemen in de beoordeling van de voorgenomen verwerking zijn deze in dit advies gevat in herleidbare risico's m.b.t. persoonsgegevens. Risico's 1 en 2 betreffen een eventuele inbreuk op het grondrecht van betrokkene (recht op privacy) als gevolg van de eventuele registratie van gezondheidsgegevens bij een positieve testuitslag t.b.v. het uitvoeren van het ADM-beleid van de indiener. Risico 3 en 4 betreffen mogelijke maatregelen die worden genomen n.a.v. de registratie van gezondheidsgegevens na een positief testresultaat. Gemene deler bij deze risico's is de registratie van gezondheidsgegevens, wat resulteert in de verwerking van bijzondere persoonsgegevens.

Bijzondere categorieën persoonsgegevens

De indiener geeft in de onderbouwing van de verwerkingen van persoonsgegevens aan dat het een bijzondere categorie persoonsgegevens betreft; namelijk gegevens die de gezondheid van een betrokkene betreffen (DPIA pagina 12 van 29). Hierbij wordt toegevoegd door de indiener: *“al gaat het bij een dergelijke controle per definitie slechts om een momentopname”*. Onder het begrip gezondheidsgegevens in de zin van artikel 9 AVG vallen niet alleen gegevens waarop het medisch beroepsgeheim rust (zoals de aard, oorzaak en de behandeling van de ziekte) maar alle gegevens die betrekking hebben op de gezondheidstoestand van een betrokkene en die informatie geven over de lichamelijke of geestelijke gezondheidstoestand van de betrokkene in het verleden, het heden en de toekomst. Dit omvat onder meer informatie die voortkomt uit het testen of onderzoeken van een lichaamsdeel of lichaamseigen stof.¹ De toelichting dat het enkel een momentopname betreft, doet niets af aan de aard van de gegevens, immers bevat de registratie van de gegevens van een momentopname ook informatie over de gezondheid van een persoon.

De AP stelt vast dat sprake is van een voorgenomen verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens, namelijk gegevens over de gezondheid van betrokkenen. Het verwerken van gezondheidsgegevens is in beginsel verboden, tenzij wordt voldaan aan één van de wettelijke uitzonderingen die zijn opgenomen in artikel 9 lid 2 AVG.

Uitzondering verwerkingsverbod

De indiener is van oordeel dat de verwerking van gezondheidsgegevens noodzakelijk is om redenen van zwaarwegend algemeen belang. Deze uitzonderingsgrond is opgenomen in artikel 9, tweede lid, sub g, van de AVG en luidt als volgt:

“De verwerking is noodzakelijk om redenen van zwaarwegend algemeen belang, op grond van Unierecht of lidstatelijk recht, waarbij de evenredigheid met het nagestreefde doel wordt gewaarborgd, de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van betrokkene.”

¹ Zie overweging 35 van de AVG en ook Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 102 en 'De zieke werknemer. Beleidsregels voor de verwerking van persoonsgegevens over de gezondheid van zieke werknemers', Autoriteit Persoonsgegevens, april 2016, p.10. Voor april 2016 stond dit in 'De zieke werknemer en privacy', CBP februari 2008, p.27.



Zoals blijkt uit de tekst van deze bepaling kan voornoemde uitzonderingsgrond alleen worden ingeroepen als daarvoor een expliciete wettelijke rechtsbasis is gecreëerd, zoals die nu bestaat voor een beperkt aantal sectoren of beroepen.²

Naar het oordeel van de indiener is er sprake van een dergelijke rechtsbasis. De indiener geeft aan: *“Het Unierecht en het Nederlands recht bevatten meerdere rechtsbronnen op grond waarvan er een zwaarwegend algemeen belang aanwezig is voor ADM-controles. Het recht omvat niet alleen wetten maar ook besluiten, cao’s, rechtspraak en literatuur.”* De indiener heeft zijn standpunt nader onderbouwd door het opsommen van een lijst met wetten, besluiten en verordeningen, zijnde:

- Arbeidsomstandighedenwet
- Besluit Risico’s Zware Ongevallen 2015
- Besluit Weerbare Vitale Infrastructuur
- Burgerlijk Wetboek
- Verordening 2004/725 (ISPS)
- Verordening 2013/925 (AEO)

De indiener geeft een serie van wetten, besluiten en verordeningen weer die weliswaar de zorg voor veiligheid en gezondheid in het algemeen lijken te benadrukken, maar in geen enkel geval de verwerking van bijzondere persoonsgegevens bij wet toestaan, laat staan het verwerken van gezondheidsgegevens zoals de indiener voornemens is te doen. Het in het algemeen moeten voldoen aan algemene wettelijke verplichtingen ten behoeve van de zorg voor veiligheid en gezondheid is niet voldoende om te stellen dat de verwerking van gezondheidsgegevens in het kader van controles op alcohol, drugs of geneesmiddelen bij wet is bepaald. De genoemde wetten, besluiten en verordeningen vormen derhalve geen uitzonderingsgrond voor de verwerking van deze gegevens over de gezondheid.

Nu er geen wettelijke rechtsbasis is voor de voorgenomen verwerking, kan de uitzonderingsgrond van art. 9 lid 2 sub g AVG geen uitzonderingsgrond vormen voor het verwerken van gegevens over de gezondheid bij het uitvoeren van controles op alcohol, drugs of geneesmiddelen. Kortom, genoemde wetten bieden op geen enkele wijze een rechtsbasis om de voorgenomen verwerking aan te vangen.

Rechtmatige grondslag

Nu er geen uitzondering is op het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken, hoeft aan de vraag of er een rechtmatige grondslag voor de gegevensverwerking kan worden gevonden in artikel 6 van de AVG niet te worden toegekomen.

Nu er op grond van het verwerkingsverbod sprake is van strijd met de AVG kan de AP niet anders concluderen dan dat de voorgenomen verwerking niet past binnen de kaders van de AVG. Voorts ziet de AP geen mogelijkheid om, gezien het voorgaande en haar bevoegdheden, een positief advies in het kader van de voorgenomen verwerking af te geven. In het licht daarvan kan worden onderzocht of er sprake is van de wens en noodzakelijkheid om het door de wetgever geschapen gesloten systeem rondom het uitvoeren van controles op alcohol, drugs en medicijnen, te verruimen. Daartoe zal dan een ruimere wettelijke mogelijkheid dienen te worden geschapen waarbinnen zowel de bevoegdheid tot het uitvoeren

² Gelet op artikel 8, vijfde lid, en artikel 163, tiende lid, van de Wegenverkeerswet 1994, artikel 28a, elfde lid, van de Scheepvaartverkeerswet, artikel 89, tiende lid, van de Spoorwegwet, artikel 48, tiende lid, van de Wet lokaal spoor en artikel 11.6, tiende lid, van de Wet luchtvaart.



van controles als ook de omstandigheden waarbinnen dit gebeurt alsmede de rechten van betrokkenen dienen te worden meegewogen.

6 Conclusie beoordeling voorgenomen verwerking

Op grond van de ontvangen informatie en het voorgaande concludeert de Autoriteit Persoonsgegevens dat de voorgenomen verwerking controles op alcohol, drugs en geneesmiddelen als onderdeel van het toegangsbeleid van ISPS/AEO-bedrijven zoals beschreven inbreuk zou maken op artikel 9 van de AVG.

7 Maatregelen

Teneinde te waarborgen dat de indiener met de voorgenomen verwerking niet de AVG overtreedt, adviseert de AP, gelet op haar bevoegdheid als bedoeld in artikel 58, derde lid, onder a, van de AVG als volgt.

Ten aanzien van de risico's van de voorgenomen verwerking, te weten de inbreuk op de rechten en vrijheden van betrokkenen, gespecificeerd onder 3, ziet de Autoriteit Persoonsgegevens geen mogelijkheden om deze risico's weg te nemen. Uit de voorafgaande raadpleging met bijbehorende DPIA blijken geen mogelijke maatregelen die de risico's verminderen dan wel wegnemen. Zonder de mogelijkheid om mitigerende maatregelen te nemen kan de verwerking in theorie in enkel plaatsvinden als deze gebaseerd is op de juiste grondslag, een correcte toepassing van een uitzondering op het verwerken van bijzondere persoonsgegevens, daarmee een wettelijke basis heeft. De voorgenomen verwerking zoals voorgelegd aan de AP voldoet niet aan deze voorwaarde, met als gevolg dat de AP adviseert om niet te starten met de voorgenomen verwerking.

ADVIES:

De Autoriteit Persoonsgegevens adviseert u om niet starten met de voorgenomen verwerking. Voor het verwerken van bijzondere persoonsgegevens, zijnde gezondheidsgegevens, kunt u zich niet beroepen op een uitzondering op het verwerkingsverbod, zoals bedoeld in artikel 9 AVG. Zonder een uitzondering die het verbod op het verwerken van bijzondere persoonsgegevens, zoals bedoeld in artikel 9 AVG, niet van toepassing laat zijn, kan de voorgenomen verwerking niet rechtmatig plaatsvinden.

Hoogachtend,

Autoriteit Persoonsgegevens,
Namens deze,


Hoofd Systeemtoezicht