

Hartelijke groeten,

5.1.2e

ADVIES

Naar aanleiding van uw vraag van gisteren bericht ik u als volgt.

Wij hebben deze vraag onlangs neergelegd bij een in arbeidsrecht gespecialiseerd advocaat (mr. 5.1.2e te Utrecht).

Zij heeft hierop geantwoord dat een werkgever in beginsel niet zelf werknemers mag testen op COVID-19.

De werkgever heeft enerzijds een zogeheten "instructiebevoegdheid" heeft op grond van artikel 7:660 BW ter bevordering van de goede orde binnen de organisatie en daarbij ook een zorgplicht op grond van artikel 7:658 BW en de Arbeidsomstandighedenwet om gevaren voor de veiligheid en de gezondheid van werknemers zoveel mogelijk te voorkomen of beperken. Echter, uit de privacy wetgeving volgt dat een werkgever bij zijn personeel niet zelf gezondheidstesten mag afnemen en zijn personeel niet zelf mag testen op corona.

Een werkgever mag namelijk geen medische gegevens verwerken van werknemers. Medische gegevens zijn bijzondere persoonsgegevens en het verwerken daarvan is niet toegestaan op grond van de AVG, tenzij zich één van de uitzonderingen voordoet, bijvoorbeeld als het een wettelijke basis heeft. Eén van die uitzonderingen is weliswaar dat dit is toegestaan als iemand daarvoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven, maar de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna 'AP') stelt zich daarbij op het standpunt dat dit niet geldt voor werknemers, vanwege de ongelijkheidscompensatie die het arbeidsrecht kenmerkt. Vanwege de arbeidsrelatie is er immers geen sprake van gelijkwaardigheid en kunnen werknemers niet in vrijheid toestemming geven en zich onder druk gezet voelen. En dan geldt de toestemming niet. In de praktijk is het natuurlijk wel de vraag - als je deze toestemming expliciet ontvangt en werknemers ook die bereidheid hebben om zich te laten testen - of een werknemer daar uiteindelijk ook een beroep op doet, maar daar zit dus wel een juridisch risico.

Werknemers kunnen wel getest worden door de GGD of een (bedrijf)arts. Een constructie waarbij de bedrijfsarts of een ander externe arts de test afneemt bij de werknemer en dan via de GGD de test laat verwerken, of dit via een (door het RIVM) goedgekeurde commerciële aanbieder van coronatesten laat doen, lijkt wel te kunnen. De uitslag van de test mag door de betreffende arts enkel gedeeld worden met de werknemer. De werkgever krijgt die uitslag dus niet, ook niet als de werknemer hiervoor toestemming zou geven. De werkgever riskeert in dat geval een boete van de AP. De werknemer kan/mag uiteraard wel zelf mededelingen doen over de uitslag van de test. Het is in dat geval vervolgens aan de werkgever niet toegestaan die mededelingen betreffende de gezondheid van de werknemer te verwerken.

Een werkgever kan een werknemer ook niet dwingen een coronatest te doen. Hooguit kan de werkgever de werknemer met klachten die volgens de RIVM richtlijnen risicovol zijn voor COVID-19 naar huis sturen en de werknemer adviseren naar de GGD te gaan of via de bedrijfsarts te laten testen.

De AP lijkt ten aanzien van zorginstellingen (tijdelijk) een iets minder strikte benadering te hanteren en toe te staan dat zorginstellingen wel hun eigen personeel mogen testen op corona. Dit volgt uit berichtgeving op internet die gebaseerd zou zijn op (eerdere) standpunten die de AP tijdens de coronacrisis zou hebben ingenomen. Deze benadering heeft echt nog geen wettelijke basis en het is (nog) niet duidelijk wat hiervan dan wel de basis is en of dit - mocht de AP voor zorginstellingen inderdaad een uitzondering maken - alleen voor ziekenhuizen geldt - die een testbeleid voor werknemers in eigen beheer hebben -, of ook voor andere werkgevers in de zorg; daarover is de berichtgeving ook wisselend. Wij zullen hierover in gesprek gaan met de AP.

Voor de werknemers die buiten de ziekenhuizen in de zorg werkzaam zijn heeft het RIVM een specifiek testbeleid vormgegeven: <https://lci.rivm.nl/lci.rivm.nl/covid-19/biilage/zorgmedewerkersinzetentestbeleid> waaruit blijkt dat dat personeel zich (in samenspraak met de bedrijfsarts) bij de GGD laat testen.

Het voorgaande leidt ertoe dat een werkgever zijn personeel (in beginsel) niet zelf mag testen en daarbij het risico van handhaving door de AP loopt.

Ik hoop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd. Mocht u nog vragen hebben of behoefte aan een verdere toelichting, dan kunt u vanzelfsprekend weer contact met ons opnemen.

Met vriendelijke groet,

mr. 5.1.2e

Juridische Zaken

Landelijke Huisartsen Vereniging (LHV) www.lhv.nl

Domus Medica, Mercatorlaan 1200 | Postbus 20056, 3502 LB Utrecht

T: 085 5.1.2e E: 5.1.2e@lhv.nl

De LHV verstrekt zo adequaat mogelijk gegevens aan haar leden, maar aanvaardt geen aansprakelijkheid voor eventuele onnauwkeurigheden in adviezen of informatie.

De verzuurde informatie is alleen bedoeld voor de persoon of instelling aan wie deze is geadresseerd en kan vertrouwelijke en/of geheime gegevens bevatten. Elke herziening, verspreiding of ander gebruik van deze informatie is niet toegestaan zonder voorafgaande toestemming van de afzender. Indien u deze informatie per ongeluk heeft ontvangen, wordt u verzocht contact op te nemen met de afzender en de informatie te verwijderen uit uw computer.
