Mag een werkgever beschikken over testuitslag van werknemer?

Werkgevers zijn zich ervan bewust dat het verkrijgen van deze informatie mogelijk in strijd is met de AVG en vragen zich af of er redenen zijn waardoor zij wel informatie mogen verwerken. Juridisch gaat het dus om het verwerken van gezondheidsgegevens door werkgevers.

Antwoord:

Op basis van de AVG in combinatie met de nationale wetgeving is het, behoudens een niet relevant uitzondering, niet toegestaan voor werkgevers om medische gegevens van hun werknemers te verwerken. Toestemming van de werknemer is geen grondslag voor verwerking aangezien er sprake is van een machtsverhouding tussen werkgever en werknemer.

Oplossingen:

- Elke organisatie heeft een bedrijfsarts die wel de bevoegdheid heeft om deze gegevens van werknemers te verwerken.
- De bedrijfsarts mag aan de werkgever melden DAT een werknemer ziek is of op advies van de bedrijfsarts thuis moet blijven (quarantaine); daarmee kan de bedrijfsarts de werkgever dus helpen op de werkvloer een adequaat Coronabeleid te voeren.
- De werknemer is verplicht om de werkgever te melden dat hij niet kan werken, maar is niet verplicht om te vertellen wat daar de oorzaak van is. En is dus ook niet verplicht om de uitslag van een coronatest te melden.
- Werknemers die niet wensen te melden waardoor ze afwezig zijn, kan de werkgever doorsturen naar de bedrijfsarts; het is zelfs aan te raden dat te doen. De bedrijfsarts kan dan of met toestemming van de betrokkene de uitslag van de test verwerken of zelfstandig onderzoek doen en op basis van het belang van de volksgezondheid bron- en contactonderzoek noodzakelijk is.
- Naast gebruik maken van de mogelijkheden van de bedrijfsarts kan de werkgever ook zijn werknemers instrueren thuis te blijven indien men besmettelijk is en informeren over het belang daarvan.

- **Mogen werkgevers medische gegevens van werknemers verwerken?**
- Uitgangspunt in de AVG is dat werkgevers geen medische gegevens van hun werknemers mogen verwerken met uitzondering van gegevens die noodzakelijk zijn in het kader de re-integratie en de mate waarin iemand arbeidsongeschikt is verklaard in verband met het doorbetalen van loon. Hoewel de wet in enkele uitzonderingen voorziet vallen de testuitslagen hier niet onder.
- In een goede arbeidsverhouding zal een werknemer doorgaans meewerken aan het verzoek om de informatie met de werkgever te delen. In het kader van de AVG is dit echter onvoldoende grondslag om de medische gegeven te verwerken aangezien binnen de relatie werkgever-werknemer sprake is van een machtsverhouding.
- **Kunnen door een bedrijfsarts verkregen testuitslagen gebruikt worden?**

- Elke organisatie die werknemers in dienst heeft, is verplicht zorg te dragen dat werknemers toegang hebben tot een bedrijfsarts. Hij heeft een medisch beroepsgeheim waardoor deze bevoegd is om medische gegevens van de werknemer te verwerken.
- Indien de betrokkene zich meldt bij de bedrijfsarts of toestemming geeft dat er test uitslagen aan de bedrijfsarts mogen worden verstrekt dan is het de bedrijfsarts toegestaan om de gegevens te verwerken. Hier is dan sprake van 'informed consent'. Maar dit betekent nog steeds niet dat de bedrijfsarts de gegevens aan de werkgever mag geven.
- De bedrijfsarts mag deze gegevens niet doorgeven aan de werkgever. Indien de bedrijfsarts geen toestemming heeft om de inhoud van de klachten te delen, mag hij de werkgever alleen informeren of een werknemer kan werken, of er aangepaste werkzaamheden mogelijk zijn en hoe lang het verzuim zal zijn. De bedrijfsarts mag hierbij wel aandringen op het afnemen van coronatesten binnen een aantal dagen. Hoewel het vanuit de AVG een discussiepunt kan zijn, zijn wij van mening dat in het kader van de AVG artikel 9, tweede lid onder b verdedigbaar is.
- **Goed werkgeverschap en goed werknemerschap**

- De arbeidsrelatie wordt geregeerd door het arbeidsrecht. Hier vallen ook de principes van goed werknemerschap en goed werkgeverschap onder. Veel verplichtingen voor de werkgever zijn in wetgeving vastgelegd. Omdat de wetgever niet alle situaties in wetgeving kan voorzien, is de vangnetbepaling van goed werkgever en werknemerschap opgenomen. Goed werkgeverschap brengt mee dat een werkgever voor een veilige en gezonde werkomgeving zorgt, zoals vastgelegd in de Arbowetgeving. Het is echter niet aannemelijk dat daaronder ook een recht van een werkgever op testuitslagen valt. Het goed werknemerschap wordt met name ingekleurd door de rechtspraak.
-
- Bij contactberoepen in het algemeen, en de zorg in het bijzonder, kan verdedigd worden dat goed werknemerschap meebrengt dat men in quarantaine gaat als men positief getest is en ligt het voor de hand dat men de reden voor afwezigheid meldt aan de werkgever. Bij een weigering om de reden te melden is onmiddellijke doorwijzing naar de bedrijfsarts aangewezen. Daarnaast geldt voor een positief geteste werknemer net als voor ieder ander de Wpg: gaat men niet vrijwillig in quarantaine, dan heeft de voorzitter van de Veiligheidsregio rechtsmiddelen om quarantaine op te leggen.
-
  Werkgevers kunnen werknemers niet verplichten, maar wel verzoeken om zich te laten testen op corona en de uitslag mede te delen. De werknemer is hier echter niet toe verplicht. Arbeidsrechtelijk mogen hier ook geen consequenties aan verbonden worden.

  Is het anders als een zorginstelling de werkgever is?

- Nee. Het feit dat een zorginstelling werkgever is doet niet af aan de arbeidsrelatie tussen de werknemer en de werkgever. De zorginstelling mag in de hoedanigheid van zorgaanbieder alleen medische gegevens verwerken, van zijn cliënten/patiënten. In de relatie tot de werknemers is er geen sprake van het aanbieden van zorg en valt men terug op de arbeidsrelatie.
-
- Op basis van het goed werknemerschap kan er wel een verschil bestaan tussen werkzaam zijn in een contactberoep, in het bijzonder in een zorginstelling ten opzichte van werkzaam zijn in een beroep waarbij men niet werkzaam is in een contactberoep. Goed werknemerschap brengt namelijk mee dat werknemers, zeker als zij werken met kwetsbare personen, thuis blijven als zij klachten hebben en zich laten testen.
-
- **Is de werknemer verplicht om de uitslag van de coronatest door te geven?**
- Nee. Er geldt geen wettelijke verplichting voor een werknemer om medische gegevens door te geven aan de werkgever. De werknemer hoeft slechts aan de werkgever te melden dat hij niet in staat is om werkzaamheden te verrichten.
-
- <u>Oplossing:</u>
- Indien een werknemer zich ziekmeldt maar niet bereid is om de achterliggende reden te melden kan de werknemer doorverwezen worden naar de bedrijfsarts. De bedrijfsarts is bevoegd om dergelijke controles uit te voeren. De bedrijfsarts is hierbij zelfstandig bevoegd, gezien het belang in het kader van corona mag verwacht worden dat de bedrijfsarts met enige urgentie de werknemer oproept.
-
- **Mag de arts die, al dan niet op verzoek van de werkgever, de coronatest uitvoert de gegevens doorgeven aan de werkgever?**
- Nee. Een arts die de test bij een persoon (betrokkene of cliënt) afneemt heeft een behandelovereenkomst in de zin van de Wet op de geneeskundige behandelovereenkomst. Dit betekent dat de arts geen informatie over de betrokkene mag geven aan een ander, tenzij de betrokkene hiervoor uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven.
-
- **Kan een werkgever op basis van artikel 6, onder e jo artikel 9, tweede lid onder i met een aanwijzing van de minister onder de Wpg medische gegevens van de werknemer verwerken?**

- Artikel 6, eerste lid sub d staat toe dat gegevens worden verwerkt om de vitale belangen van een of andere natuurlijke personen te beschermen. Hierbij wordt met name gedacht aan humanitaire doeleinden waaronder het monitoren van een epidemie of het verspreiden daarvan. Echter de verwerking van individuele gegevens wordt beperkt door artikel 9, tweede lid onder i. Om van deze uitzondering gebruik te maken dient er sprake te zijn van lidstatelijk recht. Nederland heeft ervan afgezien om dit in wetgeving op te nemen. Een aanwijzing onder artikel 6, vierde lid Wpg, op basis waarvan werkgevers in het algemeen belang de coronauitslagen van hun medewerkers zouden moeten verwerken, waar in een juridisch advies naar verwezen wordt, kwalificeert niet als lidstatelijk recht.
- In overweging 54 bij dit artikel staat dat "[d]ergelijke verwerking van persoonsgegevens over gezondheid om redenen van algemeen belang mag er niet toe leiden dat persoonsgegevens door derden zoals werkgevers, of verzekeringsmaatschappijen en banken voor andere doeleinden worden verwerkt."
-
- Nota bene:
    - Inhoudelijk gezien biedt de grondslag onder i geen soelaas voor werkgevers omdat de bepaling uit de AVG aangeeft dat er maatregelen voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer moet worden opgenomen, met name het beroepsgeheim. Dit betekent dat de verwerking alleen mag worden uitgevoerd door personen met een wettelijke (in casu medisch) beroepsgeheim.

- **Overige opties**
  <u>Informeren en instrueren werknemers</u>

- De werkgevers hebben de mogelijkheid om hun werknemers te instrueren dat indien zij klachten hebben thuis moeten blijven en zich moeten laten testen, of indien zij al weten dat ze Covid hebben zij zich ziek moeten melden en contact op moeten nemen met de bedrijfsarts.. Dit kan door middel van een instructie aan de werknemers, maar ook kan de werkgever ervoor kiezen om bijvoorbeeld een informatiecampagne in te zetten om de werknemers ervan bewust te maken welk risico anderen lopen op het moment dat ze met besmet naar het werk komen. Een goed werknemer is gehouden instructies op te volgen.
-
  <u>Wetgeving</u>

- De AVG schrijft bij een aantal in dit verband relevante grondslagen voor verwerking van bijzondere persoonsgegevens voor dat deze moeten zijn vastgelegd in nationale wetgeving.
- Nederland heeft dat maar heel spaarzaam gedaan. Met name heeft Nederland ervoor gekozen om geen bepalingen in nationale wetgeving op te nemen op basis van artikel 9, tweede lid onder i AVG (redenen van algemeen belang op het gebied van de volksgezondheid) en artikel 88 AVG (verwerking van gegevens in arbeidsverhoudingen).

  <u>Het eisen van het overleggen van een negatieve testuitslag</u>

- Een negatieve uitslag is net zo goed een medisch gegeven als een positieve uitslag. Hoewel door sommige rechtsgeleerden wordt beargumenteerd dat er voor het vragen naar een bewijs van een negatieve testuitslag mogelijk wel ruimte is, zijn wij van mening dat er op basis van de AVG geen verschil tussen een positieve of een negatieve testuitslag. Beide zijn een medische persoonsgegeven.