

Verscherpte interpretatie Autoriteit Persoonsgegevens over het vragen naar arbeidsmogelijkheden van een zieke werknemer door een werkgever

Introductie

Het vragen naar arbeidsmogelijkheden valt volgens de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) onder het verwerken van gezondheidsgegevens. Dit werd gepubliceerd in hun derde nota (Abrona rapport; maart 2016). Het gevolg hiervan is dat leidinggevenden nu niet langer naar deze mogelijkheden mogen informeren bij de werknemer op grond van artikel 16 Wet Bescherming Persoonsgegevens (Wbp). De AP wil hiermee voorkomen dat leidinggevenden zelf “doktertje” gaan spelen en zo kunnen bepalen waar een zieke werknemer nog wel toe in staat is op de werkvloer.

Onrust is ontstaan bij professionals binnen de arbo-wereld. Volgens sommigen zouden deze ontwikkelingen zelfs het einde van het eigen regie model kunnen betekenen. Tredin wil duidelijkheid scheppen over de bevoegdheid van de werkgever met betrekking tot de ziekmelding en het vragen naar arbeidsmogelijkheden. Met deze elektronische informatiebrief scheidt Tredin het juridisch kader omtrent het vragen naar arbeidsmogelijkheden door de werkgever.

Standpunt AP

In het Abrona rapport¹ p. 9 wordt vermeld:

“De werkgever zelf mag, zoals aangegeven in “De zieke werknemer en privacy”, bij de ziekmelding de volgende informatie aan de werknemer vragen:

- het telefoonnummer en (verpleeg)adres
- de vermoedelijke duur van het verzuim
- de lopende afspraken en werkzaamheden
- of de werknemer onder een van de vangnetbepalingen van de Ziektewet valt (niet onder welke)
- of de ziekte verband houdt met een arbeidsongeval
- of er sprake is van een verkeersongeval met regresmogelijkheid

De werkgever mag ook gegevens over aard en oorzaak van de ziekte die vrijwillig door de werknemer zijn verstrekt, **niet** opslaan.”

Het vragen naar arbeidsmogelijkheden staat hier niet (meer) bij.

¹ Autoriteit Persoonsgegevens, 3 maart 2016 ‘Definitieve bevindingen Abrona’.

De bedrijfsarts kan de medische gegevens die hij tijdens zijn onderzoek heeft verkregen vertalen naar functionele beperkingen c.q. mogelijkheden. Dit betekent dat de bedrijfsarts degene is die aan de leidinggevende meedeelt waartoe een werknemer nog wel in staat is en wat hij/zij niet meer kan.

Naar aanleiding van het Abrona rapport heeft de commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer gevraagd naar een reactie van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de heer Asscher. De heer Asscher heeft op 6 juni 2016 een brief geschreven aan deze commissie², waarin hij duidelijk stelt dat uitsluitend de bedrijfsarts mag vragen naar de beperkingen van de werknemer en deze beperkingen mag doorgeven aan de werkgever. De werkgever mag niet zelf direct bij de werknemer vragen naar de beperkingen en deze gegevens verwerken.

In de beleidsregels “De zieke werknemer en privacy” van de AP wordt verduidelijkt dat het vragen naar arbeidsmogelijkheden van de zieke werknemer en vervolgens het registreren van deze gegevens verboden is.³ Het is de arbodienst of de bedrijfsarts die de werkgever adviseert over beperkingen en mogelijkheden van een zieke werknemer.⁴

Standpunt OVAL

De Organisatie voor Vitaliteit, Activering en Loopbaan (OVAL) is een brancheorganisatie die (ook) opkomt voor de belangen van (gecertificeerde) arbodiensten. OVAL heeft naar aanleiding van de beleidsregels een brief gestuurd naar de AP. OVAL is van mening dat de zienswijze van AP een belemmering geeft voor werkgevers en werknemers om te voldoen aan hun wettelijke verplichtingen in het kader van preventie, verzuim en re-integratie. OVAL is van mening dat de werkgever wel mag vragen naar resterende arbeidsmogelijkheden.⁵ Volgens OVAL zijn de antwoorden dan niet te herleiden naar de gezondheid van de werknemer. Het standpunt van OVAL gaat meer over de uitvoerbaarheid van de beleidsregels van de AP omtrent de arbeidsmogelijkheden dan over de juridische juistheid.

Juridisch kader

Maar hoe zit het bovenstaande juridisch in elkaar? Volgens de Europese Privacy richtlijn moet elke EU lidstaat een autoriteit hebben die onafhankelijk toezicht houdt op het gebruik van persoonsgegevens; in Nederland is dat de AP. De AP houdt toezicht op de naleving van de privacywetgeving en heeft daartoe zelfstandige taken zoals bijvoorbeeld het opleggen van een bestuurlijke boete en het adviseren over nieuwe regelgeving. De AP heeft daarom ook de bevoegdheid om te controleren of de Wbp wordt nageleefd en om door middel van beleidsregels duidelijkheid te scheppen over de invulling daarvan. In artikel 16 van de Wbp is opgenomen dat het verboden is om persoonsgegevens betreffende gezondheid te verwerken. In de beleidsregels is uitgelegd dat de definitie van gezondheidsgegevens breed is.

² Kamerbrief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 6 juni 2016, 2016-0000133021.

³ De Zieke werknemer, p. 19.

⁴ De Zieke werknemer, p. 23.

⁵ Brief OVAL, p. 3.

Dit betekent dat het verwerken van arbeidsmogelijkheden ook als gezondheidsgegeven wordt aangemerkt en daarmee verboden is op grond van de Wbp. Er zijn echter een aantal uitzonderingen en mogelijkheden die hieronder besproken worden.

Uitzonderingen/mogelijkheden

Er zijn enkele uitzonderingen op het verbod op het verwerken van gezondheidsgegevens waar een werkgever zich op kan beroepen.

Een grond waar veel leidinggevendend zich op zullen beroepen is dat de werknemer vrijwillig heeft aangegeven welke taken hij nog wel en niet kan verrichten en toestemming heeft gegeven aan de werkgever om deze gegevens op te nemen in het personeelsdossier. Op grond van artikel 23 lid 1 onder 1 juncto artikel 1 aanhef onder i Wbp is het mogelijk om gegevens betreffende de gezondheid van werknemers te verwerken indien er sprake is van uitdrukkelijke toestemming van de werknemer. Aan deze toestemming zitten echter wel eisen vast; zo moet de toestemming schriftelijk zijn. Echter, zo geeft de AP terecht aan, dient er bijzonder terughoudend met het gebruik van toestemming in een arbeidsverhouding worden omgegaan. Vanwege de aard van de relatie en de gezagsverhouding kan een werknemer druk voelen om toestemming te verlenen, zonder dat er sprake is van vrije wilsuiting. Ook is het van belang dat de toestemming te allen tijde weer kan worden ingetrokken. Dit betekent dat de uitzondering toestemming in dit specifieke geval niet op zal gaan.

Een andere uitzondering vindt zijn grondslag in artikel 21 lid 1 sub f onder 1 Wbp. Het verbod van artikel 16 Wbp geldt ook niet, indien de verwerking geschiedt door werkgevers omdat de verwerking noodzakelijk is voor een goede uitvoering van wettelijke voorschriften. Omdat de werkgever een loondoorbetalingsplicht heeft van twee jaar heeft hij recht op gegevens over de gezondheid van een werknemer die noodzakelijk zijn om het recht op loondoorbetaling vast te stellen. Volgens de AP behoren de aard en oorzaak van de ziekte, alsmede de arbeidsmogelijkheden niet tot deze noodzakelijke gegevens.⁶

In artikel 21 lid 1 sub f onder 2 Wbp is een andere noodzakelijkheidsuitzondering opgenomen. Het verbod van artikel 16 Wbp geldt ook niet, indien de verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk is voor de re-integratie of begeleiding van werknemers in verband met ziekte of arbeidsongeschiktheid. De AP verwijst hierbij naar de toelichting op de Regeling eerste en tweede ziektejaar waarin staat aangegeven dat: “[..] Voor het treffen van de juiste re-integratie inspanningen is het niet noodzakelijk dat de werkgever beschikt over de medische aspecten van het verzuim. Wel is het noodzakelijk dat de werkgever goed wordt geïnformeerd over de functionele beperkingen en mogelijkheden die de werknemer nog heeft en wat deze betekenen voor het soort arbeid dat de werknemer nog kan verrichten.” Ook deze uitzondering is dus niet van toepassing op het vragen en verwerken van arbeidsmogelijkheden van een zieke werknemer.

⁶ De Zieke werknemer, p. 11.

Er wordt wel gesuggereerd dat er een mogelijkheid bestaat om toch een leidinggevende naar arbeidsmogelijkheden te laten vragen, namelijk door middel van taakdelegatie door de bedrijfsarts. Dit zou betekenen dat de bedrijfsarts zijn taak om te vragen naar arbeidsmogelijkheden delegeert aan de leidinggevende van de zieke werknemer. De grondslag van de taken van de bedrijfsarts vindt zijn basis in artikel 14 van de Arbowet en op grond daarvan heeft de bedrijfsarts de eindverantwoordelijkheid voor de arbeidsgeneeskundige advisering. De bedrijfsarts kan, door middel van delegatie, zijn taken die zijn toegekend op basis van wetgeving, delegeren aan anderen. Aan taakdelegatie zijn echter wel randvoorwaarden verbonden. Op grond van de wet en tuchtrechtelijke jurisprudentie moet worden voldaan aan onder andere de volgende voorwaarden;⁷ degene aan wie een taak wordt gedelegeerd is voldoende opgeleid voor en aantoonbaar bekwaam in de uitoefening van de taak en de bedrijfsarts is voldoende overtuigd van de kennis en vaardigheden van degene aan wie de taak wordt gedelegeerd. Hierbij kan gedacht worden aan een arboverpleegkundige die in opdracht van de bedrijfsarts actieve ziekteverzuimbegeleiding uitvoert. De bedrijfsarts blijft echter altijd eindverantwoordelijk, en degene die de taak gedelegeerd krijgt werkt altijd onder instructie, begeleiding en verantwoordelijkheid van de bedrijfsarts.⁸ Uit het voorgaande blijkt al dat de bedrijfsarts niet door middel van taakdelegatie zijn taak om te vragen naar arbeidsmogelijkheden kan delegeren aan de leidinggevende van de zieke werknemer. De leidinggevende is in loondienst van een andere organisatie, de bedrijfsarts kan daardoor geen instructie, begeleiding en verantwoordelijkheid bieden. Daarnaast is de leidinggevende niet bekwaam om deze taak uit te voeren, omdat de medische kennis en vaardigheden (vaak) ontbreken.

Geen van de bovenstaande uitzonderingen gaan op in de situatie waarin een werkgever vraagt naar arbeidsmogelijkheden van de werknemer. Dit betekent dat de tussenconclusie is dat het vragen naar arbeidsmogelijkheden door de werkgever verboden is op grond van artikel 16 van de Wbp.

Eigen regie model

Het niet kunnen vragen naar arbeidsmogelijkheden door leidinggevend en aan zieke werknemers heeft gevolgen voor het eigen regie model. Het populaire eigen regie model houdt in dat:

- De organisatie de volledige regie heeft over het verzuimproces (natuurlijk afhankelijk van de fase van eigen regie).
- Leidinggevend en verantwoordelijk zijn voor de verzuimbegeleiding.
- De bedrijfsarts de rol heeft van adviseur.

Door het niet (meer) mogen vragen naar arbeidsmogelijkheden raken leidinggevend en een stukje eigen regie kwijt. Zij kunnen zelf niet meer naar beperkingen vragen en zijn hiervoor afhankelijk van de bedrijfsarts. **Dit zou betekenen dat een leidinggevende zonder tussenkomst van de bedrijfsarts geen werkhervattingsafspraken meer kan maken.**

⁷ NVAB: Delegatie van taken door bedrijfsartsen in het kader van sociaal-medische begeleiding, p. 4 en 5.

⁸ Regionaal Tuchtcollege Zwolle, 10 januari 2008. Zie ook NVAB: taken en verantwoordelijkheden van de bedrijfsarts in het kader van de verzuimbegeleiding en re-integratie, augustus 2009, p. 8-9.

Belang privacy

Mogelijk denk je na het lezen van bovenstaande: waarom zullen wij onze werkwijze nu gaan aanpassen? Hoe groot is immers de kans dat de AP komt controleren op het naleven van de privacy wetgeving? De AP heeft immers maar een beperkte capaciteit. De AP heeft echter een kliklijn, waarbij personen de AP kunnen tippen over misstanden met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens. Dit betekent dat de AP zomaar op de stoep kan staan. Dit kan tot gevolg hebben dat er onderzoek gedaan gaat worden naar de werkwijze rondom het verwerken van persoonsgegevens. Ook indien er sprake is van een arbeidsconflict met uw werknemer kan naar boven komen dat u de privacywetgeving niet naleeft, doordat bijvoorbeeld een advocaat in het verzuimdossier kijkt van de werknemer. Naast de mogelijkheid van een onderzoek van de AP is het belangrijk dat de privacy van uw werknemers gewaarborgd blijft.

Conclusie

Gelet op het bovenstaande blijkt dat het vragen en verwerken naar arbeidsmogelijkheden door de leidinggevende aan de zieke werknemer, verboden is op grond van artikel 16 Wbp. De uitzonderingen op het verbod van het verwerken van medische persoonsgegevens zijn niet van toepassing en ook taakdelegatie kan geen oplossing bieden. Dit betekent dat juridisch gezien leidinggevendenden niet mogen vragen naar arbeidsmogelijkheden en dat de tussenkomst van de arbodienst/bedrijfsarts noodzakelijk is voor een overzicht van de beperkingen en mogelijkheden van de zieke werknemer.

Tredin aanbevelingen

De Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde (NVAB) heeft met de AP gesproken over de gevolgen van de nieuwe beleidsregels voor de uitvoeringspraktijk. Concluderend kan gesteld worden dat de werkgever niet mag vragen naar de arbeidsmogelijkheden en arbeidsbeperkingen omdat daarmee medische gegevens zijn te achterhalen. Daarnaast mag de werkgever ook niet zelf uit het verhaal opmaken welke werkzaamheden de werknemer nog zou kunnen uitvoeren. Dit zou immers betekenen dat de werkgever een interpretatie gaat geven aan de beperkingen die de werknemer ervaart en daarmee gaat de werkgever op de stoel van de arts zitten. De AP heeft richting de NVAB aangegeven dat werkgever en werknemer wel een gesprek moeten kunnen voeren over de specifieke arbeidstaken of deeltaken die een zieke werknemer nog denkt te kunnen verrichten. De werknemer dient zelf (spontaan) aan te geven welke taken hij nog denkt te kunnen uitvoeren. Dit zou bijvoorbeeld opgenomen kunnen worden in het verzuimreglement van de werkgever.

Tredin vindt dat een oplossing voor deze uitdaging niet perse ligt bij dure spreekuren bij de bedrijfsarts, maar ook opgelost kan worden door een andere manier van communiceren met de zieke werknemer en inzet van een arbeidsdeskundige onder taakdelegatie van de arts:

- De werkgever kan aan de ziekgemelde werknemer vragen welke taken overgedragen dienen te worden aan een collega. Hieruit is af te leiden welke taken een zieke werknemer nog wel kan uitvoeren.

- Daarnaast kan ook een arbeidsdeskundige onder taakdelegatie van de bedrijfsarts ingezet kunnen worden. Een arbeidsdeskundige die onder taakdelegatie van de bedrijfsarts werkt mag wel aan de werknemer doorvragen over de arbeidsmogelijkheden.

Naast de manier van communiceren zou de oplossing ook kunnen liggen in een innovatieve tool. Tredin heeft een innovatieve tool ontwikkeld met de naam PIM (Praten in Mogelijkheden) die op dit moment al in de praktijk gebruikt wordt. De PIM kan ter vervanging dienen voor de 'dure' spreekuren bij de bedrijfsarts. De PIM is een instrument die wordt ingevuld door de werknemer na een week verzuim. Vervolgens komt er, na tussenkomst van de bedrijfsarts, een volledig werkhervattingsadvies op taakniveau beschikbaar voor de leidinggevende.

Tredin adviseert haar klanten om naar aanleiding van de recente ontwikkelingen, de werkwijze met betrekking tot het verwerken van persoonsgegevens te controleren om te kijken of de werkwijze voldoet aan de privacywetgeving. Voor meer informatie over het vragen naar arbeidsmogelijkheden en de PIM kan contact opgenomen worden met Tredin.