

Alcohol- en drugstesten, een gemiste kans?

ArbeidsRecht 2018/6

Het testen van werknemers op alcohol en drugs komt veelvuldig voor. Veel ondernemingen in Nederland hebben hiervoor een beleid opgesteld. Weinig bedrijven hebben zich – zo lijkt het – de vraag gesteld of het afnemen van dergelijke testen toelaatbaar is. Eind vorig jaar heeft de Autoriteit Persoonsgegevens een rapport gepubliceerd waarin wordt ingegaan op de toelaatbaarheid van alcohol- en drugstesten.² In dit artikel zal worden ingegaan op dit rapport, de rechtspraak over alcohol- en drugstesten en de vraag of de ophanden zijnde Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) tot een verandering zal leiden.

1. Gezondheidsgegevens

De Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) regelt (voorlopig nog) de verwerking van persoonsgegevens. Onder persoonsgegeven wordt verstaan 'elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon'. Verwerken in de zin van deze wet behelst feitelijk elke handeling die verricht kan worden, waaronder zelfs het vernietigen van gegevens. Het begrip gezondheidsgegevens in de zin van artikel 23, eerste lid, onder a Wbp is eveneens een breed begrip. Het betreft niet alleen gegevens waarop het medisch beroepsgeheim rust (zoals de aard, oorzaak en de behandeling van de ziekte) maar alle gegevens die de geestelijke of lichamelijke gezondheid van een persoon betreffen. Hierbij kan worden gedacht aan het hebben van een gebroken been, het dragen van een bril en intellectuele en emotionele vermogens, zoals bijvoorbeeld het IQ en rooken drinkgewoontes.³ Op basis van het voorgaande stelt de Autoriteit Persoonsgegevens zich op het standpunt dat de uitslag van een alcohol- of drugstest zowel informatie die is verkregen aan de hand van biologisch materiaal (adem of speeksel) als informatie over iemands fysiologische staat (in dit geval: al dan niet onder invloed zijn van alcohol of drugs) betreft. Om die reden valt de uitslag van een dergelijke test volgens de voorgestelde definitie van de Europese Commissie onder het begrip 'gegevens over de gezondheid', zoals bedoeld in de Wbp.⁴

Ervan uitgaande dat de uitslag van een alcohol- of drugstest een gezondheidsgegeven is, geldt op grond van art. 16 Wbp als uitgangspunt een verbod om dergelijke gegevens te verwerken. In art. 21 Wbp is vervolgens een aantal uitzonderingsgronden opgenomen. Op grond van art. 21, eerste lid,

onder f, sub 2 Wbp mag een werkgever gegevens over de gezondheid verwerken die noodzakelijk zijn voor de re-integratie en begeleiding van zieke werknemers. Echter, de soort informatie die een werkgever in het kader van de begeleiding en re-integratie van zieke werknemers in de praktijk mag vragen aan de werknemer is erg beperkt, en gaat in principe niet verder dan bijvoorbeeld het verpleegadres en de verwachte duur van het verzuim.⁵

Naast de uitzonderingen ex art. 21 Wbp die specifiek op de verwerking van gezondheidsgegevens zien, is in art. 23 Wbp een aantal aanvullende algemene uitzonderingsgronden neergelegd voor de gevallen waarin het verwerken van bijzondere persoonsgegevens niet valt onder een specifieke uitzonderingsgrond. Relevante uitzonderingen op het verbod om gezondheidsgegevens te verwerken ex art. 23 Wbp betreffen de situatie dat de werknemer hiertoe uitdrukkelijke toestemming heeft verleend (art. 23 lid 1 sub a Wbp), de verwerking noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang, passende waarborgen worden geboden ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer en dit bij wet wordt bepaald dan wel indien het College ontzetting heeft verleend (art. 23 lid 1 sub f Wbp). Ten aanzien van de eerste uitzonderingsgrond geldt dat binnen de arbeidsverhouding niet snel sprake zal zijn van uitdrukkelijke toestemming. Deze toestemming mag namelijk niet onder druk worden gevraagd en/of worden gegeven. Gezien de gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer is het uitgangspunt dat er geen sprake is van het geven van een 'vrije toestemming'. In de situatie waarin sprake is van testen op alcohol en drugs door een werkgever is al helemaal geen sprake van vrije toestemming. Dit klemt des te meer bij een positieve uitkomst of indien de werknemer niet wil meewerken aan het testen met alle arbeidsrechtelijke consequenties van dien. Complicerende factor is vervolgens dat als de toestemming wordt ingetrokken, de verwerking direct moet worden gestaakt.⁶ Ook de Artikel 29-werkgroep – het onafhankelijke advies- en overlegorgaan van Europese privacytoezichthouders – heeft zich uitgelaten over het verlenen van toestemming in de arbeidsverhouding. In hun rapport over gegevensverwerking op de werkvloer schrijft de Artikel 29-werkgroep dat "Given the unequal relationship between employers and employees – i.e. the employee has a financial dependence on the employer – and the sensitive nature of the data, it is highly unlikely that legally valid explicit consent can be given for the tracking or monitoring of such data as employees are essentially not 'free' to give such consent in the first place."⁷

De tweede uitzonderingsgrond (art. 23 lid 1 sub 7 Wbp) zou een basis kunnen bieden voor alcohol- en drugstesten, ware het niet dat in de meeste gevallen niet wordt voldaan aan de

1 Mevr. mr. I.J. (Inge) de Laat is advocaat bij Rutgers & Posch in Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

2 Onderzoekrapport Autoriteit Persoonsgegevens, Z2015-00971, November 2016.

3 'Letter from the ART 29 WP to the European Commission, DG CONNECT on mHealth', 5 februari 2015.

4 'Letter from the ART 29 WP to the European Commission, DG CONNECT on mHealth', 5 februari 2015.

5 'De zieke werknemer. Beleidsregels voor de verwerking van persoonsgegevens over de gezondheid van zieke werknemers', Autoriteit Persoonsgegevens, april 2016.

6 Kantonrechter Amsterdam 19 oktober 2005, JAR 2006/1.

7 Opinion 2/20017 on data processing at work d.d. 8 June 2017.

voorwaarde dat de verwerking bij wet moet zijn bepaald. De Autoriteit Persoonsgegevens stelt zich op het standpunt dat een beroep op de Arbwet en art. 7:611 en 7:660 BW niet volstaat aangezien deze wetten slechts op de zorgplicht van de werkgever in algemene zin zien en om die reden niet specifiek genoeg zijn. Het moet gaan om specifieke wetten waarin met een duidelijk omschreven doel alcohol- en drugstesten worden geregeld.⁸ De Autoriteit Persoonsgegevens verwijst in dit kader naar de luchtvaartsector. In de Wet luchtvaart⁹ is bepaald dat het boordpersoneel getest mag worden op alcohol en drugs. Het gaat hierbij echter om het afnemen van tests door een bevoegde opsporingsambtenaar en niet door de werkgever. Door een dergelijke strikte uitleg te geven aan de voorwaarde dat de verwerking bij wet moet zijn bepaald – te weten door aan te nemen dat enkel aan deze voorwaarde is voldaan indien concreet is bepaald dat alcohol- en drugstesten mogen worden uitgevoerd dan wel dat in dit kader gegevens over de gezondheid verwerkt mogen worden – is het uitvoeren van alcohol- en drugstests slechts in zeer weinig gevallen geoorloofd. In het hiervoor genoemde rapport komt de Autoriteit Persoonsgegevens dan ook tot de conclusie dat er voor de werkgever in kwestie geen uitzonderingsgrond gold zoals bedoeld in art. 21 en/of 23 Wbp voor de verwerking van gegevens over de gezondheid van werknemers die plaatsvindt bij het verzamelen, analyseren en (indien van toepassing) registreren van de uitslagen van alcohol- en drugstesten.¹⁰

De werkgever heeft zich tegenover de Autoriteit Persoonsgegevens nog op het standpunt gesteld dat de overtreding van art. 16 Wbp pas plaatsvindt op het moment dat er daadwerkelijk wordt getest en gegevens worden verwerkt. Echter, in dit kader oordeelde de Autoriteit Persoonsgegevens dat “beleid wordt opgesteld met de bedoeling de erin beschreven situaties op uniforme wijze te beoordelen en/of te regelen. In die zin mag dan ook worden aangenomen dat de in het beleid omschreven situaties zich in de praktijk zullen gaan voordoen. Reeds vastgesteld beleid met voorgenomen verwerkingen van persoonsgegevens valt onder de toezichthoudende taak van de Autoriteit Persoonsgegevens.” Het enkele opstellen en hebben van beleid rondom alcohol en drugs, waarin testen is opgenomen, levert met andere woorden dus al een schending van de privacy op.

2. Wat vindt de rechter?

In de rechtspraak komt de inzet van alcohol- en drugstests vooral aan de orde in de situatie dat er arbeidsrechtelijke maatregelen zijn opgelegd aan werknemers na overtreding van alcohol- en drugsbeleid. In 2002 en 2004 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) geoordeeld over het antidrugsbeleid van twee ondernemingen aan de hand van de criteria van art. 8 EVRM. In de

zaak *Madsen*¹¹ ging het om het antidrugsbeleid bij een ferry maatschappij. Op grond van dit beleid werden werknemers geacht om mee te werken aan onaangekondigde urinetesten. In de zaak *Wretlund*¹² betrof het een kerncentrale waar werknemer drugstesten dienden te ondergaan. In beide gevallen kwam het EHRM tot de conclusie dat het antidrugsbeleid moest worden gezien als een inbreuk op het recht op respect voor het privéleven. Vervolgens werd de handwijze van de betreffende onderneming langs de lat van art. 8 lid 2 EVRM gelegd. Met andere woorden, het EHRM onderzocht of de inbreuk was voorzien bij wet en noodzakelijk was in een democratische samenleving. De conclusie in beide zaken, die speelden in respectievelijk Denemarken en Zweden, was dat de inbreuk gerechtvaardigd was.¹³

In 2008 wees de Hoge Raad het arrest *Hyatt/Dirksz*.¹⁴ Het betrof hier een hotel waar at random urinetesten werden afgenomen. De werknemster – die op staande voet was ontslagen nadat er cocaïnesporen waren aangetroffen in het urinemonster dat zij had aangeleverd – voert in cassatie onder meer aan dat het antidrugsbeleid van Hyatt een ontoelaatbare inbreuk maakt op haar – krachtens art. 8 EVRM beschermde – persoonlijke levenssfeer. De Hoge Raad oordeelde, kort gezegd, dat het Gemeenschappelijk Hof Nederlandse Antillen en Aruba geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer gerechtvaardigd is. De Hoge Raad gaat hierbij voorbij aan het ‘voorzien bij wet-criterium’, dat bij de beoordeling of een inbreuk op het recht op respect voor het privéleven gerechtvaardigd is blijktens de arresten *Madsen* en *Wretlund* wel had moeten worden meegewogen. Indien het voorzien bij wet-criterium inderdaad zou zijn toegepast, is het de vraag of het beleid van Hyatt stand zou hebben gehouden. Immers, naar Nederlands recht¹⁵ lijkt daar geen grondslag voor te bestaan.

Uit de Europese rechtspraak kan worden afgeleid dat voor een inbreuk op het recht op respect voor het privéleven ex art. 8 EVRM strenge criteria gelden. In de lagere rechtspraak wordt in de meeste gevallen de uitkomst van alcohol- en drugstesten wel meegewogen bij de beoordeling van een ontslag. Soms wordt hierbij niet ingegaan op de toelaatbaarheid van de test¹⁶ en in sommige gevallen komt de toelaatbaarheid specifiek aan de orde.¹⁷ In zijn algemeenheid kan geconcludeerd worden dat het hebben van gedragsregels of protocollen van belang is.

8 Onderzoekrapport Autoriteit Persoonsgegevens, Z2015-00971, November 2016, p. 42.

9 Artikel 2.12, artikel 2.13 en artikel 11.4, lid 2 van de Wet luchtvaart.

10 Onderzoekrapport Autoriteit Persoonsgegevens, Z2015-00971, November 2016, p. 44.

11 EHRM 7 november 2002, nr. 58341/00 (*Madsen*).

12 EHRM 9 maart 2004, nr. 46210/99 (*Wretlund*).

13 A.H. Pool, ‘Antidrugsbeleid in ondernemingen en het recht op respect voor het privéleven van werknemers’, *TRA* 2012/44.

14 HR 14 september 2007, *JAR* 2007/250.

15 Complicerende factor is dat de *Hyatt*-zaak op Aruba speelde. Het is de vraag hoe het met de privacy beschermende wetgeving op Aruba is gesteld. Zie ook W.L. Roozendaal, ‘Het grondrecht op snuiven, of de grenzen aan de gezagsbevoegdheid’, *ArA* 2008/1, p. 48.

16 Vgl. bijvoorbeeld Kantonrechter Amsterdam 20 april 2012, *JAR* 2012/157.

17 Vgl. bijvoorbeeld Kantonrechter Groningen 3 maart 2010, *RAR* 2010/69.

3. Alcohol- en drugstesten toch mogelijk maken?

Op basis van het rapport van de Autoriteit Persoonsgegevens moet geconcludeerd worden dat de huidige privacy-wetgeving maakt dat het vrijwel onmogelijk is om alcohol- en drugstesten uit te voeren tenzij hier een wettelijke basis voor is. Dit terwijl uit de Nederlandse rechtspraak volgt dat alcohol- en drugstesten over het algemeen door de civiele rechter wel worden toegestaan en de uitkomst wordt meegewogen in de beoordeling van de aan de orde zijnde zaak. Dit is wat mij betreft een zorgelijke constatering. Omdat veel ondernemingen wel degelijk een zwaarwegend (veiligheids-)belang hebben om alcohol- en drugstesten af te nemen, zou een oplossing moeten worden gezocht voor de aan de orde zijnde problematiek teneinde alcohol- en drugstesten wel mogelijk te maken. Vanzelfsprekend is het van groot belang daarbij de privacybelangen van de werknemers in het oog te houden. Echter, op basis van het oordeel van de Autoriteit Persoonsgegevens lijkt de enige oplossing gelegen te zijn in een wetswijziging. In die wetswijziging zouden de omstandigheden waaronder en voorwaarden waarop het testen op alcohol- en drugs toelaatbaar zou zijn moeten worden verwerkt, waarbij het doel van veiligheid binnen de onderneming voorop zou moeten staan. In specifieke gevallen moet het testen op alcohol- en drugs immers tot de mogelijkheden behoren. In dat kader is allereerst van belang dat de betreffende werkgever kan aantonen dat hij een te respecteren (veiligheids-)belang heeft dat zijn werknemers niet onder invloed van alcohol of drugs hun werkzaamheden verrichten. De werkgever zal voorafgaand aan het afnemen van de tests een duidelijk beleid moeten hebben opgesteld waarin voldoende waarborgen zijn opgenomen om de persoonlijke levenssfeer van de werknemers te beschermen. In dit kader zal in ieder geval binnen de onderneming sprake moeten zijn van een goed informatie- en preventiebeleid en voldoende mogelijkheden voor begeleiding en behandeling van alcohol- en drugs problematiek. Voorts zou onderdeel van het beleid moeten zijn dat de test wordt afgenomen door een persoon die buiten de directe gezagsverhouding van de werknemer staat en op wie een geheimhoudingsplicht rust, zoals de bedrijfsarts. In het kader van de verplicht af te sluiten arboconvenanten met de Arbodienst zouden hierover concrete afspraken moeten worden gemaakt. Ook anderszins zou het afnemen van de testen met zoveel mogelijk waarborgen omkleed moeten worden. Hierbij kan worden gedacht aan het uitgangspunt dat altijd het minst verregaande middel, bijvoorbeeld de blaastest, moet worden gekozen. Tevens dient het doel van het beleid kenbaar te zijn, waarbij duidelijk moet worden afgebakend wanneer alcohol- en drugstesten mogen worden afgenomen. Hierbij dient een duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen het steekproefsgewijs testen en het testen in geval van een concrete verdenking. Voorts zullen de sancties in het beleid moeten worden opgenomen alsmede de wijze waarop met de verkregen gegevens wordt omgegaan. Ten slotte dient de instemming van de ondernemingsraad te zijn verkregen.

4. Art. 88 AVG: een gemiste kans?

Per 25 mei 2018 wordt de AVG van kracht. In art. 88 van de AVG is geregeld dat lidstaten nadere regels kunnen vaststellen ter bescherming van de rechten en vrijheden met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens van werknemers in het kader van de arbeidsverhouding. Deze bepaling biedt kansen voor de wetgever om de hiervoor genoemde wetswijziging door te voeren. Echter, uit de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (de Uitvoeringswet) – waarvan het wetsvoorstel tot op heden enkel ter consultatie is voorgelegd – volgt dat er *“geen behoefte bestaat om gebruik te maken van de ruimte die deze bepaling aan het lidstatelijk recht biedt.”* Met andere woorden, de wetgever lijkt geen gebruik te willen gaan maken van de mogelijkheid om voor de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de arbeidsverhouding nadere regels te stellen. Dit is wat mij betreft een gemiste kans. De wetgever zou mijns inziens van de in de AVG gegeven mogelijkheid om nadere regels te stellen voor verwerkingen in het kader van de arbeidsverhouding gebruik moeten maken om de inzet van alcohol- en drugstesten binnen de arbeidsverhouding – in specifieke gevallen – toelaatbaar te maken.