

Spagaat tussen privacy en

Duurzame inzetbaarheid is inmiddels niet meer weg te denken uit de huidige arbo-praktijk. Vanuit de diverse invalshoeken en specialismen wordt geprobeerd om de steeds ouder wordende arbeidspopulatie op een gezonde manier aan het werk te houden. De AVG dreigt echter roet in het eten te gooien.

tekst Pascal Willems

Duurzame inzetbaarheid is geen juridisch of wettelijk begrip. De wetgeving verplicht werkgevers niet expliciet om werknemer duurzaam inzetbaar te houden. Veelal wordt het wettelijk kader afgeleid van het goed werkgeverschap en het goed werknemerschap, in combinatie met de verplichting van werkgevers om te zorgen voor gezonde arbeidsomstandigheden. In veel cao's is echter wel concreet aandacht voor duurzame inzetbaarheid. Zo is er in de CAO VVT aandacht voor de duurzame inzetbaarheid van medewerkers in de zorg, al zijn de afspraken nog niet heel concreet uitgewerkt. Maar wat verstaan we nu precies onder 'duurzame inzetbaarheid'?

Definitie

Onder duurzame inzetbaarheid wordt verstaan "... dat werknemers in hun arbeidsleven doorlopend over daadwerkelijk realiseerbare mogelijkheden alsmede over de voorwaarden beschikken om in huidig en toekomstig werk met behoud van gezondheid en welzijn te (blijven) functioneren." Wat in deze definitie meteen opvalt, is dat duurzame inzetbaarheid dus betrekking heeft op

de gezondheid en het welzijn van medewerkers. En dat zijn nu precies onderwerpen waar werkgevers zich volgens de Autoriteit Persoonsgegevens niet mee mogen bemoeien zonder tussenkomst van een bedrijfsarts.

Dialogoog

Uit veel cao's waarin duurzame inzetbaarheid aan bod komt, blijkt dat het voeren van een dialoog over de gezondheid en het welzijn van de werknemer in relatie tot het werk op basis van gelijkwaardigheid de basis vormt. De Autoriteit Persoonsgegevens is echter van mening dat van een gelijkwaardige dialoog tussen werkgever en werknemer eigenlijk nooit sprake kan zijn vanwege de gezagsverhouding. Een nogal onge nuanceserde stelling die in de praktijk regelmatig mank gaat. Maar wel een stelling op basis waarvan de Autoriteit privacybeleid toetst.

Geen uitzondering

Volgens de Autoriteit Persoonsgegevens volgt uit artikel 30 AVG dat werkgevers geen persoonsgegevens over de gezondheid van werknemers mogen "verwerken", tenzij deze gegevens noodzakelijk

zijn met het oog op de re-integratie of de goede uitvoering van wettelijke of cao-aanspraken van de werkgever die afhankelijk zijn van de gezondheidstoestand van de werknemer. In de eerste uitzondering moet er dus sprake zijn van een voorafgaande ziekmelding gevolgd door re-integratie, terwijl er in het tweede geval in de wet of cao nadrukkelijk een "aanspraak" moet zijn voor de werknemer op een bepaling rondom duurzame inzetbaarheid. In veel cao's ontbreken echter concrete rechten en plichten rondom duurzame inzetbaarheid en is er juist gekozen om de randvoorwaarden voor de open dialoog tussen werkgever en werknemer te creëren. Door het ontbreken van concrete rechten en plichten voor werkgever of werknemer om met elkaar in gesprek te gaan over de duurzame inzetbaarheid van de werknemer, zal de Autoriteit Persoonsgegevens naar verwachting oordelen dat er geen grond is voor de werkgever om daadwerkelijk gezondheidsgegevens van de werknemer te verwerken ten behoeve van diens duurzame inzetbaarheid. Met andere woorden: van de cao moet de werkgever met de werknemer in gesprek over duurzame inzetbaarheid, maar van de AVG (Autoriteit Persoonsgegevens) mag de werkgever dat niet. Daarmee wordt de deur naar de dialoog in het slot geïmponeerd.

Noodzakelijk

Maar zelfs als er wel een grondslag zou zijn, is de kans groot dat de Autoriteit Persoonsgegevens van mening is dat de informatie via de band van de bedrijfsarts moet lopen, omdat die kan bepalen welke informatie noodzakelijk is voor het doel. In dat geval zou een gesprek over duurzame inzetbaarheid dus pas kunnen plaatsvinden nadat een

Van de cao moet de werkgever met de werknemer in gesprek over duurzame inzetbaarheid, maar van de AVG (AP) mag hij dat niet

duurzame inzetbaarheid



De open dialoog, zo noodzakelijk in het kader van duurzame inzetbaarheid, is feitelijk onmogelijk als we de visie van de AP zouden volgen

bedrijfsarts de beperkingen in kaart heeft gebracht. Dit belemmert niet alleen de open dialoog, maar zorgt ook voor een toename van kosten en vertraging van de dialoog door het tekort aan bedrijfsartsen. Maar bovendien zal dit remmend werken op de bereidheid van werkgevers om zich echt in te zetten voor de duurzame inzetbaarheid van werknemers. De Autoriteit Persoonsgegevens schiet daarmee als privacypolitie in de voet van de werknemers wier belangen zij juist wil beschermen. De sleutel tot het heropenen van de dialoog tussen werkgever en werknemer

over duurzame inzetbaarheid ligt dus in handen van de Autoriteit Persoonsgegevens en de sociale partners die de cao's afsluiten.

Samenvattend

Wat mogen werkgevers en professionals dus doen als zij een werknemer willen begeleiden in het kader van duurzame inzetbaarheid? Het lastige is dat de huidige regelgeving daar geen antwoord op heeft, simpelweg omdat het niet (goed) is geregeld. Maar kijken we naar de interpretatie van de Autoriteit Persoonsgegevens rondom de privacy van de zieke

werknemer en trekken we die lijn door naar duurzame inzetbaarheid, dan is de voorzichtige conclusie dat het verwerken van gezondheidsgegevens in het kader van duurzame inzetbaarheid niet zou mogen. Tenzij de informatie afkomstig is van de bedrijfsarts en de werknemer uit vrije wil heeft meegewerkt aan het onderzoek door de bedrijfsarts en het terugkoppelen van de beperkingen en mogelijkheden aan de werkgever. De open dialoog die zo noodzakelijk is in het kader van duurzame inzetbaarheid, is daardoor feitelijk onmogelijk als we de visie van de Autoriteit Persoonsgegevens zouden volgen. De meest verdedigbare oplossing blijf dan toch dat de werknemer vrijwillig en met nadrukkelijke toestemming de bedrijfsarts vraagt om werkgever en werknemer te adviseren over de beperkingen waar de werkgever in het kader van de duurzame inzetbaarheid van de werknemer rekening mee dient te houden. «

Pascal Willems is advocaat en eigenaar van WVO advocaten.